

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE PIONEIRO
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO**

CLÁUDIA HAAS AMARAL

**DIREITO À MORADIA COMO MÍNIMO FUNDAMENTAL À
GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA**

**JACAREZINHO-PR
2009**

CLÁUDIA HAAS AMARAL

**DIREITO À MORADIA COMO MÍNIMO FUNDAMENTAL À
GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA**

Dissertação apresentada para obtenção
do título de mestre no Programa de
Mestrado em Ciência Jurídica da
Faculdade Estadual de Direito do Norte
Pioneiro.

Orientadora: Prof^a. Dra. Hildegard
Taggesell Giostri.

**JACAREZINHO-PR
2009**

TERMO DE APROVAÇÃO**CLÁUDIA HAAS AMARAL****Direito à moradia como mínimo fundamental à garantia da dignidade humana**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de mestre no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOP, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: _____
Prof^a. Dra. Hildegard Taggesell Giostri

2º. componente: _____

3º. componente: _____

Data da defesa:

Jacarezinho, ____/____/____.

*Todo dia o sol da manhã
Vem e lhes desafia
Traz do sonho pro mundo
Quem já não o queria
Palafitas, trapiches, farrapos
Filhos da mesma agonia
E a cidade que tem braços abertos
Num cartão postal
Com os punhos fechados na vida real
Lhes nega oportunidades
Mostra a face dura do mal...*

(Herbert Vianna)

RESUMO

O Direito Civil inicialmente apresentou-se como um direito que ressaltava a propriedade colocando-a acima dos direitos individuais da pessoa humana, afinal, a propriedade sempre foi alvo de discussões e desavenças históricas, objeto de desejo e de bem-estar. Com as revoluções históricas, levantou-se a bandeira de que o homem possui direitos fundamentais inerentes à sua existência, que nascem com ele, portanto, prioritários, acima do direito à propriedade. No período pós-Guerra, as Declarações de Direitos reconheceram os direitos inerentes à pessoa humana, seguidas pelas Constituições de diversos países, que igualmente consideraram que o direito à propriedade deve ser assegurado quando não compromete o direito dos seres humanos. Embora tais direitos estejam assegurados aos cidadãos nos ordenamentos jurídicos dos países, a desigualdade econômica da realidade local entrava o direito à moradia. Possuir um teto para morar, se proteger das intempéries e ter momentos de privacidade é essencial para o desenvolvimento do indivíduo. Contudo, contemporaneamente, a grande concentração de pessoas nas cidades pressupõe equilíbrio entre patrimônio mínimo e desenvolvimento sustentável, adequar a moradia de todas as pessoas dentro dos padrões que o Direito Ambiental preleciona, não há como dissociar urbanização e meio ambiente, pois o homem é peça integrante deste cenário, não ator principal, por isso deve seguir regras. Ao Poder Público cabe assegurar o direito à moradia, como direito fundamental social, uma necessidade básica dos seres humanos. Deve dispor de recursos necessários para efetivar esse direito aos cidadãos, organizando seu orçamento para que consiga efetivar o direito à moradia, fundamentando-se no conceito de mínimo existencial e relativizando a reserva do possível, a qual pressupõe que o Estado deve ter primeiro os recursos para depois executar determinadas obras. Por ser direito essencial à sobrevivência da pessoa humana, este conceito não deve ser invocado. O Brasil tem buscado formas ao longo do tempo para assegurar o direito à moradia, por meio da Constituição Federal de 1988 e leis como a da Impenhorabilidade do Bem de Família; Estatuto da Cidade; normas no Código Civil sobre função social da propriedade; financiamentos e pacotes habitacionais, a exemplo do mais recente anunciado pelo Governo Lula em 25 de março de 2009. Ainda há o papel do juiz, pessoa preparada para determinar a execução deste direito quando há omissão do Poder Público, que deve decidir usando seus conhecimentos de modo a nunca desviar o foco da dignidade da pessoa humana, que é o que se busca proteger no direito à moradia.

Palavras-chave: Moradia, dignidade do ser humano, constitucionalização do Direito Civil, patrimônio mínimo, direito fundamental social, propriedade.

ABSTRACT

The Civil Law originally presented as a property right which highlighted placing it above the individual rights of human beings, after all, the property has always been the subject of discussions and history disagreements, object of desire and welfare. With the historic revolutions, it is the flag that man has fundamental rights inherent in its existence, being born with it, therefore, priority, above the right to property. In the post-War, the Declarations of Rights recognized the rights inherent in the human person, followed by the constitutions of various countries, also found that the right to property must be secured when not undermine the right of human beings. While these rights are guaranteed to citizens in the legal systems of countries, the local reality of economic inequality hampers the right to housing. Having a shelter to live, to protect the environment and have moments of privacy is essential for the development of the individual. However, contemporaneously, the large concentration of people in cities requires minimum balance between heritage and sustainable development of housing suitable for all persons within the standards that the Environmental Law lecture, we can not dissociate urbanization and environment, because the man is part of this scenario, not main actor, so you should follow rules. When the government lays the right to housing as a fundamental social right, a basic need of human beings. Must have necessary resources to accomplish this right to citizens, organizing your budget to achieve the effective right to housing, it is based on concept of existential and minimum relative to book as possible, which requires that the state must first have the resources to run after certain works. Being right essential to the survival of the human person should not be invoked. Brazil has sought ways over time to ensure the right to housing through the 1988 Federal Constitution and laws such as the Well of confiscation Family, the City Statute, the Civil Code rules on the social function of ownership, financing and housing package, and the latest example of the Lula government announced on March 25, 2009. Although the role of judge, someone prepared to determine the implementation of this right when there is failure of the government, which must decide using their knowledge to never divert the focus of human dignity, which is what search is protected in law to housing.

Keywords: House, dignity of human being, constitutionalization of Civil Law, minimum heritage, fundamental social rights, property.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
 CAPÍTULO I - DIGNIDADE HUMANA E PATRIMÔNIO MÍNIMO... 12	
1. PATRIMÔNIO MÍNIMO E MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A DIGNIDADE HUMANA	12
1.1. Reserva do possível – atuação estatal para a efetivação de direitos.....	32
 CAPÍTULO II – CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE..... 50	
2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO.....	50
2.1. Locke e Duguit: o legado liberal de propriedade aprimorado pelo conceito de função social.....	60
2.2. Função social da propriedade privada na perspectiva contemporânea.....	71
 CAPÍTULO III - EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA..... 76	
3. MORADIA AO ALCANCE DE TODOS.....	76
3.1. Análise do artigo 6º. da Constituição Federal de 1988.....	80
3.2. Dos programas habitacionais do governo brasileiro ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) - a distribuição equitativa das moradias no espaço urbano contemporâneo	84
3.3. Lei nº. 8.009/90 de Impenhorabilidade do Bem de Família.....	91
3.4. Síntese de pesquisas nacionais que indicam a situação dos brasileiros em relação à moradia.....	98
3.5. Breves considerações sobre o pacote habitacional 2009 anunciado pelo governo brasileiro em data de 25.03.2009.....	101

CAPÍTULO IV - DIREITO À MORADIA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS 111

4. AS GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À MORADIA..... 111

4.1. Emancipação do homem e da natureza frente à necessidade de ocupar um lugar no mundo..... 121

CAPÍTULO V - INTERESSE PÚBLICO X INTERESSE PRIVADO PARA EFETIVAR O DIREITO À MORADIA..... 129

5. IMPERATIVIDADE DOS VALORES CONSTITUCIONAIS 129

5.1. O direito de propriedade no ordenamento constitucional brasileiro..... 132

5.2. Comprometimento do Poder Judiciário ante os direitos fundamentais sociais para efetivar o direito à moradia 138

5.3. Direito à moradia: uma questão atemporal 150

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 165

REFERÊNCIAS..... 169

INTRODUÇÃO

O termo moradia será utilizado no presente estudo com o mesmo sentido do termo habitação, pois ambos têm o sentido do verbo morar, permanecer no local, exercer o direito de ficar no local, de viver, de morar. Para fins da presente pesquisa, a interpretação será sempre buscando o direito pessoal que presume a proteção do indivíduo sob um teto, para abrigar a si e a sua família das intempéries, e onde terá os seus momentos de privacidade.

Portanto, para exprimir esse direito fundamental do ser humano, será utilizado tanto o vocábulo moradia quanto o vocábulo habitação.

O capítulo 1 explica a fundamentalidade do direito à moradia, apresentando conceitos como patrimônio mínimo, reserva do possível e mínimo existencial com parâmetros para o Poder Público determinar a consecução ou não de obras destinadas à moradia, defendendo-se que tais limites não podem afetar a dignidade da pessoa humana, que é o princípio constitucional que rege o direito à habitação.

A parte 1.1 refere-se ao tema da efetividade do Estado ao prestar o direito à moradia, pois existe um princípio chamado “reserva do possível” que pode ser invocado pelo Estado para não realizar obras que sejam muito onerosas e que comprometam o orçamento público, que será utilizado para outras obras. Relativizar este princípio faz-se urgente quanto se trata de direitos fundamentais da pessoa humana. Os operadores do Direito têm a difícil tarefa de sopesar o que é fundamental à sobrevivência do indivíduo e que merece ser cobrado do Poder Público em forma de recursos disponíveis antes mesmo de determinar a execução de certas obras.

O Capítulo 2 inicia com considerações sobre a constitucionalização do Direito Privado, uma nova ordem jurídica inaugurada com o advento do Estado Liberal que, juntamente com os estudos de teóricos iluministas e juristas preocupados com o reconhecimento do homem, criatura com anseios não só materiais, mas também morais, que se viu desamparada diante de um mundo que valorizava o ter e não o ser.

A parte 2.1 explica os conceitos de propriedade idealizados por Locke e Duguit, pois o primeiro influenciou definitivamente o Estado liberal com o seu conceito de propriedade associado ao trabalho, ao passo que o segundo aperfeiçoou a teoria liberal ao defender que a propriedade possui uma função social.

Tomando como ponto de partida os dois filósofos acima mencionados, a parte 2.2 analisa a função social da propriedade privada na perspectiva contemporânea, comparando as transformações que o direito de propriedade passou com o decorrer do tempo, até o reconhecimento definitivo de sua função social, nos dias atuais, já que para se manter uma propriedade, o indivíduo precisa preencher requisitos que correspondam ao interesse da coletividade e não somente interesses particulares.

O capítulo 3 sintetiza a efetivação do direito à moradia, demonstrando meios legais de se obter a efetivação desse direito, iniciando pelo 3.1, que analisa o artigo 6º. da Constituição Federal de 1988, que prevê o direito à moradia como um direito social, apontando o que o Estado brasileiro tem feito para aprimorar sua legislação em relação ao direito à moradia.

A parte 3.2 enumera programas habitacionais implantados pelo Governo Brasileiro e analisa o Estatuto da Cidade, que é uma lei de 2001 editada com a função inovadora e urgente de adaptar a legislação às modificações surgidas no cenário habitacional das cidades.

A parte 3.3 explica a Lei de Impenhorabilidade do Bem de Família que é uma das tentativas de se proteger o imóvel dos seres humanos, para preservar sua dignidade, merecendo a lei elogios por traduzir uma preocupação que é individual, mas que tem reflexos sociais negativos quando uma pessoa tem o seu patrimônio arrancado de si.

A parte 3.4 aponta pesquisas nacionais sobre o direito à moradia, demonstrando a realidade do Brasil com relação à habitação, com muitos brasileiros vivendo em situações precaríssimas, o que gera problemas na saúde pública, demandando assim gastos públicos que seriam desnecessários se fossem resolvidos já na raiz do problema.

A parte 3.5 apresenta o que há de mais novo de política pública no Brasil em relação à habitação: o pacote habitacional anunciado pelo governo federal brasileiro, gestão Luiz Inácio Lula da Silva em data de 25.03.2009, intitulado “Minha casa, minha vida”, que promete a construção de 1 milhão de casas até o ano de 2010. Os beneficiados serão cidadãos com renda mensal de até 10 (dez) salários mínimos. Eles terão direito a financiamentos acessíveis à sua condição econômica com baixas prestações que não comprometam mais que 10% de sua renda mensal.

Por ser uma medida muito recente e ainda em fase de implantação, somente está demonstrada de forma ilustrativa, mas trata-se de um projeto de suma relevância para resolver mesmo que moderadamente, o problema habitacional do país.

O capítulo 4 trata da relação existente entre direito à moradia e direitos humanos fundamentais, explicando a divisão dos direitos humanos em gerações, baseadas no Direito Natural de liberdade e autonomia do indivíduo; no Socialismo fundado na igualdade de todos os seres humanos, no qual o direito à moradia se enquadra e que também depende de prestação estatal, e nos direitos reconhecidos após as Guerras Mundiais baseados na solidariedade, autodeterminação dos povos e preocupações ambientais que dependem de atuação tanto de particulares quanto do Poder Público.

A parte 4.1 questiona a necessidade do homem em ocupar um lugar no mundo, pois ao nascer, o ser humano deve ter um lugar para fixar suas raízes, algo assim como acontece com as árvores, e desenvolver-se juntamente com sua família. A preocupação ambiental, uma necessidade contemporânea se faz presente e reconhece que o homem é apenas mais uma figura integrante do cenário da natureza, e não mais o seu ator principal como foi no passado. Doutrinas sobre o conceito de justiça foram citadas para se verificar qual é o conceito ideal de justiça para o indivíduo, concluindo-se que a moradia está no rol das necessidades básicas essenciais do indivíduo porque sem ela não há como ele crescer de forma saudável, e sua ausência gera problemas sociais e morais à pessoa.

O capítulo 5 explica a hipótese do interesse público prevalecendo sobre o interesse privado, porque no direito fundamental à moradia, o próprio ordenamento constitucional previu a necessidade de a propriedade atender à função social, onde o coletivo merece atendimento para evitar abusos e desigualdade social, evitando que uma sociedade conviva com a absurda e triste realidade de umas pessoas terem tão pouco enquanto outras têm até demais.

A parte 5.2 trata do comprometimento do juiz para concretizar os direitos fundamentais sociais em especial no direito à moradia, pois este operador do Direito, ao ser provocado, tem o dever de adaptar o orçamento disponível não tirando os olhos dele e adaptando à realidade social de modo que se busque o fim do Direito que é a paz social. Buscou-se fazer uma análise do que parece ser realmente importante neste profissional do Direito, que é o uso da prudência do filósofo estagirita (Aristóteles – natural de Estagira), quando o juiz toma sua decisão, de modo a não causar prejuízos e prevalecendo o interesse social dentro dos limites da proporcionalidade.

A parte 5.3 faz uma breve síntese do que foi analisado ao longo da pesquisa para demonstrar a evolução do direito à moradia, porque desde que o homem passou a necessitar de um lugar fixo para morar, os conflitos sobre a propriedade persistem, porque as necessidades humanas de produzir, de se proteger e de perpetuar a espécie são atributos essenciais da espécie humana, que mesmo que inconscientemente, cobra do Estado, o qual já não pode se eximir do dever de garantir direitos fundamentais aos seus cidadãos, pois esse é o lema do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO I

DIGNIDADE HUMANA E PATRIMÔNIO MÍNIMO

1. PATRIMÔNIO MÍNIMO E MÍNIMO EXISTENCIAL COMO PRESSUPOSTO PARA A DIGNIDADE HUMANA

Quando uma pessoa nasce, ela deve ter o seu lugar no mundo. Não há justiça alguma quando um ser humano é concebido e não possui um teto para se proteger da chuva, do calor e do frio. Até os animais precisam de proteção para se abrigar e criar sua prole. E o que se dizer então da dignidade, que é um conceito amplo, mas facilmente entendido até pelas mentes mais modestas e menos estudiosas, pois imediatamente associado ao bem-estar humano, a uma vida livre de sofrimentos e de angústias. Na ausência de um teto, de um lugar para se proteger, subentende-se a ausência de dignidade, portanto, a marginalização.

Está perfeitamente claro que a ausência de um teto é um dos principais fatores que fazem com que a pessoa humana viva à margem da sociedade, com chances praticamente nulas de desenvolvimento e evolução, gerando sérios problemas sociais que são combatidos pela humanidade, como a violência e a criminalidade.

Por que é importante para o indivíduo possuir um teto? Pode-se colocar a importância de se ter uma moradia no mesmo patamar da importância de se alimentar e ter acesso à saúde? A resposta parece ser afirmativa, pois a ausência da moradia marginaliza o indivíduo, como já refletido anteriormente, e a busca pela paz social é consenso em toda a humanidade.

O ser humano possui necessidades fisiológicas e também privacidade para realizá-las, e elas demandam um local adequado para serem satisfeitas, de modo que a ausência de moradia gera consequências graves à própria formação moral do indivíduo, que se for criança não tem maturidade para entender as diferenças às quais se submete desde o seu nascimento e tenderá assim a caminhar para o caminho do inconformismo que gera a violência e a revolta.

Tomando emprestado um estudo utilizado no ramo da Administração, tem-se a *teoria de Maslow*¹ (Maslow foi um psicólogo que escreveu teorias sobre motivação e personalidade, nas décadas de 1950-1980). Segundo esta teoria, admite-se a existência de uma pirâmide com hierarquia de necessidades, e a base dessa pirâmide são as necessidades fisiológicas, que consistem na sobrevivência do indivíduo e na preservação da espécie: alimentação, sono, repouso, abrigo, etc. Em segundo lugar, vêm as necessidades de segurança, que incluem a busca da proteção contra a ameaça, a fuga e o perigo; em terceiro, estão as necessidades sociais – de associação, aceitação, de participação, troca de afeto, amizade e amor; em seguida, as necessidades de estima, constituídas pela afirmação própria, pela auto-confiança, pela necessidade de respeito e reconhecimento; e, por fim, no ápice da pirâmide, as necessidades de auto-realização, que é a possibilidade da pessoa se desenvolver continuamente. As duas primeiras necessidades que compõem esta pirâmide são as que mais se encaixam no tema “moradia”. A primeira, porque envolve uma necessidade de se abrigar, e a segunda porque constitui a necessidade do homem de se proteger, e como já foi dito, a ausência desses fatores tidos como básicos pode causar sérias sequelas na vida humana, e, não é difícil imaginar as consequências que podem ocorrer quando sequer as necessidades primárias do ser humano podem ser supridas.

Quanto ao conceito de dignidade humana, é complexo, mas comporta definição de cunho filosófico, especialmente com raízes fundadas no cristianismo, e no cunho jurídico. O primeiro sentido, filosófico, inicia-se com a afirmação, segundo HANNAH ARENDT², que o homem é o único ser que é capaz de comunicar consigo mesmo e com outros seres semelhantes, pois é com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano.

¹SERRANO, Daniel Portillo. **Teoria de Maslow**. 02.07.2000. Disponível em <http://www.portaldomarketing.com.br/Artigos/maslow.htm>. Acesso em 18.03.2009.

² ARENDT, Hannah. **A condição humana** (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1999. p. 188.

FÁBIO COMPARATO explica o sentido filosófico da dignidade humana na medida em que ela se traduz em uma soma de características inerentes ao homem:

Para definir a especificidade ontológica do ser humano, sobre a qual fundar a sua dignidade no mundo, a antropologia filosófica hodierna vai aos poucos estabelecendo um largo consenso sobre algumas características próprias do homem, a saber: a liberdade como fonte da vida ética, a autoconsciência, a sociabilidade, a historicidade e a unicidade existencial do ser humano.³

A dignidade do homem consiste em ser, essencialmente, uma pessoa no mundo, pois para o autor acima citado, o homem é um ser com valor ético superior aos demais, é um ser essencialmente moral com comportamento consciente e racional sujeito a juízo sobre o bem e o mal⁴. O fato de que cada pessoa se apresenta como um ente único e rigorosamente insubstituível no mundo demonstra que existe uma unicidade existencial que é inalienável.

Outro ponto que reforça a ontologia da pessoa humana é a experiência da arte. A manifestação artística, sob as mais variadas formas, é outra característica essencial da espécie humana, representada pela pintura, música, literatura, pelas artes em geral, que traduzem os mais variados tipos de sentimento e expressam as mais diversas impressões sobre a vida, não apenas no plano individual, mas também nas esferas coletivas, muitas vezes de um povo inteiro ou até mesmo de toda a humanidade que se vê retratada e interpelada ante a genialidade dessas formas privilegiadas de expressão, próprias do homem.

Contudo, não obstante as variadas virtudes do homem, em sua racionalidade, ele ora inclina-se para o bem, ora para o mal, entendendo alguns filósofos que o ser humano possui inclinação natural para a maldade⁵.

³ COMPARATO, Fábio Konder. "Fundamento dos Direitos Humanos". **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/artigos>. p. 14.

⁴ Op. cit., p. 15.

⁵ Kant e Hobbes são defensores desse pensamento sobre a maldade naturalmente existente no ser humano.

Por isso que, em condições desfavoráveis, em que a dignidade humana é atingida, é comum que a pessoa se incline para a violência e a marginalidade.

Mas paralelamente ao conceito de dignidade humana que historicamente comporta diversas definições, caminha o desequilíbrio que promove a negação da totalidade humana, ou seja, nos planos social, econômico e jurídico, a história demonstra que o antropocentrismo seleciona alguns e descarta muitos, porque embora ele se centralize efetivamente no homem, valoriza a capacidade do homem de realizar, de cumprir suas obrigações e de conquistar patrimônios e ser sujeito de direitos. Não são todos os homens que conseguem alcançar todas essas virtudes.

Estas são as anotações de SILVA⁶, que ainda esclarece que patrimônio mínimo se estabelece em duas bases, a primeira que pode ser entendida como um instrumento jurídico que possibilita a construção de um conjunto de bens economicamente relevantes, e a segunda que se estabelece com os instrumentos que propiciam a tutela jurisdicional rompendo com o caráter individualista e competitivo, cedendo lugar para a complexidade e solidariedade nas relações humanas, defendendo-se este patrimônio diante dos mecanismos de uma economia movimentada pela racionalidade capitalista.

Por sua vez, MORAES⁷ explica que a dignidade é o critério que distingue os seres humanos dos demais seres, porque essa é uma qualidade própria comum unicamente aos seres humanos. E a autora prossegue informando que o cristianismo foi o precursor do conceito de dignidade humana, idéia essa que fez com que Santo Tomás de Aquino observasse a dignidade humana sob dois prismas diferentes, de que a dignidade é inerente ao homem, como espécie, e que ela existe só no homem, enquanto indivíduo, e passa a residir na alma de cada ser

⁶ Op. cit., p. 202-204.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. "O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo". In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p. 112.

humano, ou seja, a natureza humana reside no exercício da razão, e por meio dela, se espera sua submissão às leis naturais emanadas da autoridade divina⁸.

O conceito filosófico de dignidade humana ganha novos contornos quando se passa a associar o valor do homem com valores patrimoniais, e pensadores como HOBBS, LOCKE E KANT⁹ procuraram mesclar conceitos como Estado, identidade, valor, moral, respeito, lei e fim do homem ao conceito de dignidade, mas sempre admitindo que as leis devem ser voltadas para a dignidade humana.

A segunda forma de expressão de dignidade humana pode ser entendida em seu sentido jurídico, e explica-se pelo fato de que o Direito enuncia tal princípio e as leis trazem em seus textos a determinação de se respeitar a dignidade humana. Constituições, tratados internacionais e leis infraconstitucionais preceituam o referido conceito como o fim do Direito, e há um consenso universal sobre isso. A Declaração Universal dos Direitos Humanos proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1948, após as atrocidades cometidas pela Segunda Guerra Mundial, enunciava em seu artigo 1º.: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Em seguida, várias outras cartas de Direitos passaram a adotar a expressão “dignidade” em seus textos, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia de Nice, assinada em 2000, que no artigo 1º. prevê: “Dignidade do ser humano. A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”.

Outro exemplo é a Constituição da Alemanha, chamada LF (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, a qual foi citada por JÖRG NEUNER¹⁰, explicando que a dignidade no Direito Alemão está sendo violada quando há injustiça, e que a dignidade não pode ser violada apenas pela ação do

⁸ MORAES, op. cit., p. 113.

⁹ MORAES, op. cit., p. 114.

¹⁰ NEUNER, Jörg. “O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental”. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p. 112.

Estado, mas, também, por cidadãos individuais, e o combate a essa violação é uma constante preocupação da Lei Fundamental alemã porque ela busca materializar os direitos que protege, refutando ao máximo critérios formais e positivistas que não podem ser atendidos na prática.

No âmbito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 enuncia no seu artigo 1º.:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O texto constitucional brasileiro consagrou definitivamente tal princípio, que passou a ser utilizado como argumento para inúmeros estudos sobre direitos fundamentais e efetivação deles, dentre os quais a presente pesquisa se insere.

O conceito de dignidade, que se iniciou com *nuances* cristãs, atualmente recebe tratamento constitucional e fundamenta inúmeras leis, estando, inclusive, no preâmbulo de tratados internacionais (lembrando que o preâmbulo é uma prévia do texto que segue a lei e nele se expõem os fundamentos que levaram à escolha daquele texto), ou seja, o tema “dignidade” fundamenta diversos diplomas legais e fixou-se como critério indispensável para se atingir os fins do Direito.

SARLET analisa que a dignidade humana é a base para os direitos fundamentais:

A dignidade humana funciona como uma fonte jurídico-positiva para os direitos fundamentais, o que lhes possibilita coerência e unidade. Dá-lhes uma noção de sistema. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, assim entendida como valor axiológico, serve como uma espécie de “lei geral” para os direitos fundamentais, que são especificações da dignidade da pessoa humana.¹¹

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998. p. 115.

A dignidade da pessoa humana, pois, serve como mola de propulsão da intangibilidade da vida do homem, dela defluindo o respeito à integridade física e psíquica das pessoas, a admissão da existência de pressupostos materiais (patrimoniais, inclusive) mínimos para que se possa viver e o respeito pelas condições fundamentais de liberdade e igualdade. Por isso que ao interpretar direitos humanos, o intérprete da lei, o operador do Direito deve afastar toda norma que esteja incompatível com o ordenamento constitucional, que recepcionou princípios inicialmente delineados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Quanto ao mínimo que um homem precisa para uma vida digna, são inúmeros os estudos que propõem a co-relação entre dignidade e um mínimo de patrimônio que lhe permita tal dignidade, a exemplo de RICARDO LOBO TORRES, citado por GUERRA e EMERIQUE¹², que acentua o direito à alimentação, à saúde e educação, e pode-se acrescentar, também, o direito à moradia. Embora não sendo originariamente fundamentais, adquirem o *status* daqueles no que concerne à parcela mínima sem a qual a pessoa não sobrevive.

Já LUÍS BARROSO¹³, também citado pelos autores acima, argumenta que dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica que, embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer validade jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana. É aí que se torna imprescindível materializar os princípios constitucionais que permitam atender aos anseios e necessidades reais do indivíduo, seguindo o raciocínio defendido por SCHIER¹⁴, caracterizado como filtragem constitucional.

¹² GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. "O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial". **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, nº. 9 - Dezembro de 2006. <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>. Acesso em: 13.03.09. p. 383.

¹³ GUERRA e EMERIQUE, op. cit., p. 383.

¹⁴ Op. cit, p. 03.

Paralelamente ao conceito de dignidade, faz-se necessário traçar algumas considerações sobre o conceito de justiça, mencionado anteriormente, de que não há nenhuma justiça se um ser humano vem ao mundo e não tem um teto para se proteger da chuva e do frio.

Com relação aos direitos sociais, nos quais o direito à moradia se inclui, o melhor conceito de justiça é o adotado por CHAÏM PERELMAN¹⁵, que classifica a concepção de justiça em seis, sendo que, embora não haja para o filósofo como eleger um melhor critério, serão aqui expostas as seis concepções para melhor entendimento do direito fundamental social, aqui estudado, e como ele pode se encaixar no melhor critério de justiça para justificar a sua concretização:

1) Igualdade absoluta (a cada qual a mesma coisa): significa que todas as pessoas hão de ser tratadas da mesma forma, sem levar em conta as diferenças que as distinguem. Logo, tratar-se-ia, do mesmo jeito, independentemente das condições ou situações fáticas particulares, um idoso e um jovem; um rico e um pobre; sendo que este conceito de justiça não se aplica aqui no direito à moradia porque como o próprio doutrinador afirma, o único ser perfeitamente justo seria a morte, inexorável e universal, que acontece para todos. Ela não leva em conta as diferenças materiais e morais de cada pessoa.

2) Igualdade distributiva (a cada qual segundo seus méritos), cuja concepção prevê um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, qual seja, ao mérito da pessoa. Nota-se nitidamente nesta concepção a retomada, ainda que indireta, do pensamento aristotélico, arrimado numa "meritocracia", na qual, como critério material de distribuição de justiça, se valoriza o mérito do ser humano. O que vale é o esforço, a causa da ação, e não o seu simples resultado.

3) Igualdade comutativa (a cada qual segundo suas obras), cujo critério de distribuição propugna, assim como o critério do mérito, por um tratamento geométrico, contudo, ao contrário da "meritocracia", este aqui só considera os resultados da ação, deixando, assim, de ser moral. Segundo esse critério dos

¹⁵ PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996. p. 09-14.

resultados, poder-se-ia justificar o pagamento do salário dos operários, por hora ou por peça; bem como os exames e concursos de seleção de candidatos.

4) Igualdade de caridade (a cada qual segundo suas necessidades), que é o que interessa ao presente estudo. É o critério que visa abrandar os sofrimentos decorrentes da impossibilidade em que o homem se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. Seria uma concepção de caridade, que para não se tornar inviável, haveria de se nortear por regras formais. Como exemplo de aplicação deste critério, aponta-se a legislação social e trabalhista que surgiu logo após o auge da Revolução Industrial do século XIX e do apogeu do liberalismo econômico.

Para prosseguir o raciocínio, é válido, ainda que sinteticamente, analisar a teoria da justiça de JOHN RAWLS¹⁶, que analisa a justiça como equidade, através da noção (por ele mesmo mais tarde reformulada, visando mitigar as invariáveis críticas dirigidas à sua teoria da "posição original" do pacto social), de "*overlapping consensus*" (em livre tradução, "superposição consensual"), que busca uma síntese da noção aristotélica de justiça, centrada na igualdade¹⁷, e a noção kantiana¹⁸ (mirada na busca da autonomia por meio da liberdade).

Segundo Rawls, a escolha das pessoas, seja por um modelo neoliberal, seja por um modelo social-democrata, passaria, para ganhar foros de universalidade, pelo crivo de uma justificação pública, que é exatamente a noção de superposição consensual, acima citada. Em Rawls, a prioridade justa é o bem, vale dizer, a equidade ("*fairness*") e não o útil, ao contrário do que apregoavam os

¹⁶ RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003. p. 55-66.

¹⁷ Aristóteles observava que é necessário existir certa semelhança entre os seres aos quais se aplica a justiça. (PERELMAN, op.cit., p. 17).

¹⁸ Para Kant, o direito é "o conjunto das condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de um outro segundo uma lei universal da liberdade". O que Kant visa é o ideal do direito, ao qual qualquer legislação deve se adequar para ser considerada justa. (BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait, 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997. p. 71.

utilitaristas econômicos, como Jeremias Bentham e Stuart Mill¹⁹. Para que tal sociedade justa se torne exequível, mister se faz que a mesma esteja bem ordenada, do ponto de vista jurídico e político. Rawls despreza aquele aforismo de que "a decisão é boa, na medida em que é útil para a maioria da sociedade."

Portanto, tal critério da caridade da quarta concepção de justiça de Chaïm Perelman foi o que mais se adequou aos ideais dos Estados social-democratas, que criticando Rawls e os demais adeptos do neo-liberalismo, bradam por um "*Welfare State*" (Estado-Previdência ou do Bem-Estar Social), com um projeto de Estado intervencionista e garantidor dos direitos sociais, assunto esse que está sendo analisado no caso em tela. A concepção neo-liberal, de origem rawlsiana, vai paulatinamente sendo reconstruída, a se guiar em busca de um "Estado-Mínimo" até romper, de vez, com o neo-liberalismo clássico, e propugnar pelo que ficou conhecido como "comunitarismo"²⁰, que refuta os princípios de justiça extraídos apenas pela razão, independentemente do tempo e do lugar, abstraindo-se, assim, quaisquer elementos empíricos, por considerar na sociedade moderna globalizante algo utópico e impossível de ser colocado em prática.

¹⁹ Para Bentham o cidadão deveria obedecer ao Estado na medida em que a felicidade geral viria como sua contribuição (obediência). Esta felicidade geral ou interesse da comunidade em geral, seria como "uma equação" hedonista, isto é, uma soma dos prazeres e dores dos indivíduos. Assim, a teoria do direito natural é substituída pela teoria da utilidade, e o principal significado dessa transformação é a passagem de um mundo fictício para o mundo dos fatos (real). É no mundo empírico, afirma Bentham, que é possível a verificação de uma ação ou instituição, sua utilidade ou não. O direito de livre discussão na crítica é constituída pelo que é necessário em primeiro plano. A diferença para Bentham na sua exegese é a definição exata do termo "felicidade", para Stuart Mill o prazer não se restringe ao quantitativo do comensurável pela duração e intensidade. Ainda este quantitativo dos prazeres inferiores e superiores estão presentes não apenas no racionalismo à maneira de Bentham, mas as percepções da alma humana realçada pelo romantismo. O fundamental é a afirmação da capacidade do ser humano de exercer a liberdade, escolhendo e decidindo entre o bem e o mal. (**Revista Âmbito Jurídico**. "Ética utilitarista de Jeremy Bentham". <http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/155.pdf>). Acesso em: 02.04.2009.

²⁰ Para os comunitaristas, só é possível o estabelecimento de leis e regras para as instituições a partir de uma análise da tradição da comunidade e da moral efetivada por essa comunidade para a identificação de valores que podem ser aceitos por todos. Os padrões de justiça e os princípios devem estar fundados na forma de vida e tradições das sociedades em particular, consequentemente poderá ocorrer uma variação de contexto para contexto. Os princípios não são universais e ficam restritos aos limites de determinada comunidade. Compartilham dessa doutrina autores como Enrique Dussel, Alasdair Macintyre, Charles Taylor e Michael Walzer.

Nesta fórmula de justiça, para aferir as necessidades humanas, serão consideradas as essenciais, conforme se tenta explicar no presente capítulo, o ser humano possui necessidades primárias que devem ser atendidas sob risco de ele perecer, e a habitação é uma necessidade primária, essencial, cuja ausência acarreta riscos à integridade do homem e de seus familiares, causando problemas na sua formação moral e social.

Para Perelman, não se deve levar em conta necessidades cuja existência seja difícil de detectar ou de controlar, e as necessidades básicas deverão ser detectadas por meio de critérios puramente formais, utilizando-se da estatística, por meio de números, nos quais não se devem incluir necessidades mais refinadas do ser humano, porque a justiça tende a abstrair os elementos que não são comuns a vários seres em seus traços particulares. A caridade, segundo o autor, é satisfazer os desejos do próximo considerando o elemento psicológico, individual, e, por isso, a aplicação da fórmula “a cada qual segundo suas necessidades” deverá ser baseada em critérios de hierarquia entre as necessidades essenciais, de modo que se conheçam aquelas que serão satisfeitas em primeiro lugar, bem como determinar o preço que custará a sua satisfação, sendo que é essa operação que conduzirá à definição de “mínimo vital”.

O presente argumento gera polêmicas porque o ser humano é complexo em suas necessidades. Elas variam de acordo com fatores extrínsecos e intrínsecos à qualidade de ser humano, entretanto, o direito à moradia é reconhecido como fundamental, sua ausência agride a pessoa humana em sua dignidade, formação moral e social, e por isso tal direito não pode ser alvo de argumentos que visem diminuir sua essencialidade.

5) Igualdade aristocrática (a cada qual segundo sua posição): É um critério aristocrático de distribuição formal de justiça, consistindo em tratar as pessoas de acordo com a categoria à qual pertençam. Traduz-se num critério antiuniversalista, e altamente discriminatório, dando-se como exemplos clássicos as diferenças de tratamento dispensadas a brancos e negros, nacionais e estrangeiros, livres e escravos, e assim por diante, já que a História mostra o

tratamento dispensado aos indivíduos de classes sociais diversas. Tal critério tem por caráter a natureza social e o cunho hereditário das pessoas, independentemente, destarte, da vontade do indivíduo, sendo ardorosamente defendida pelos detentores do poder e pelas maiorias intolerantes.

6) Igualdade formal (a cada qual segundo o que a lei lhe atribui): Tal critério remete à velha parêmia romana de "*suum cuique tribuere*", vale dizer, dar a cada um o que é seu. Ser justo é atribuir a cada qual o que lhe cabe, que, em sentido jurídico, é aquilo que a lei lhe atribui. Ser justo é aplicar as leis do país; daí decorrendo que, a depender de cada legislação, existirá um critério particular de distribuição de justiça. O filósofo afirma, categoricamente, que a injustiça apenas florescerá na distorção da aplicação das regras jurídicas de cada sistema.

DUPRÉEL²¹ concebe este critério como de "justiça estática", posto que almeja a manutenção do *status quo*, de índole conservadora, servível como fator de fixidez. Considera, assim, os outros cinco critérios, acima explicitados, como de "justiça dinâmica", progressista e concebível como fator de transformação. Este critério, apesar de nominalmente "formal", implica uma fórmula material de distribuição da justiça, a se confundir com a própria idéia de "justiça formal", fundada num viés absolutamente legalista, ou, melhor dizendo, positivista jurídico.

Tal critério, em suma, há de preponderar sobre as demais fórmulas de distribuição material de justiça. Entretanto, Perelman alerta que todos esses critérios não são auto-excludentes, mas sim, complementares. Assim, o filósofo não invalida os outros cinco critérios, que, segundo o mesmo, seriam coexistentes, e no caso em apreço, colocaria em evidência o direito à habitação nos moldes do quarto critério de justiça, e é por tal motivo que, no exato instante em que afirma a coexistência dos critérios, mostra a possibilidade de ocorrência de contraposição entre os mesmos, em uma situação concreta.

Para tanto, ele aponta três possíveis atitudes a serem tomadas:

a) Declarar que tais critérios não possuem qualquer vínculo conceitual, buscando-se, assim, a distinção dos seus diferentes sentidos;

²¹ *Apud* PERELMAN, p. 49-61.

b) Ou não adotar nenhum dos critérios, ou escolher, dentre as seis concepções, apenas e tão só uma delas; e,

c) Pesquisar o que há de comum entre as diferentes concepções de justiça, mesclando-as.

Perelman aponta a terceira opção como a melhor de todas, posto que nem a primeira e nem a segunda atitudes são sustentáveis. A primeira porque se negaria a evidente existência dos demais critérios, que são reais e concretos. A segunda por ser absolutamente inadmissível considerar apenas uma das formas de "justiça concreta" como a única realmente justa.

É necessário se talhar uma fórmula de justiça que exsurja de um acordo unânime. A noção de justiça consiste, por certo, na aplicação da idéia de igualdade, porém como um elemento indeterminado, ou seja, que possibilite o levantamento e discussão de suas divergências. De tal elemento variável, numa pluralidade de determinações, é que advirão as mais opostas fórmulas de justiça, até que se chegue a um ideal de limite, sendo justiça a igualdade, não absoluta, mas a parcial, como algo possível de execução prática.

Ser justo é tratar a todos de forma igual, contudo tendo em mente a idéia de "limite", em contraposição às possibilidades de realização de tais critérios de distribuição do que seja justo. É a noção de "categorias essenciais" de Perelman, pela qual a justiça implica o tratamento igual dos seres que são iguais em dadas circunstâncias. Só é realizável a justiça desde que haja identidade comum entre os indivíduos à que a mesma é aplicada.

Tal conceito perelmaniano serviu para aplacar a ira dos defensores de cada tipo de critério de distribuição de justiça, contudo se percebe que um novo problema surge, consistente em se saber como deverá ser o tratamento entre os membros de uma mesma categoria essencial. Perelman argumenta que, tomando como vetor variável ("elemento indeterminado") cada fórmula concreta de justiça, será neste campo de ação que o desacordo se instalará. Vale dizer: dentro das diversas categorias essenciais, haverá de existir um tratamento igual entre as pessoas que sejam iguais em certo ponto de vista.

Em síntese, Perelman traça uma definição de justiça formal (abstrata), como um princípio de ação, segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma.

Por sua vez, ZAGREBELSKY²² analisa o conceito de justiça associando-o ao advento do constitucionalismo. Na opinião do autor, o perigo do Estado portador de uma ética totalitária não se combate eliminando a dimensão da perseguição de princípios de justiça. Isso se evita, de maneira mais eficaz, com a consagração de um constitucionalismo pluralista, onde a lei expresse as possíveis combinações entre esses princípios colimados na Constituição, afastando a redução da justiça à lei.

Esta busca dos princípios de justiça é concebida por Zagrebelsky como expressão de quatro tendências jurídicas atuais:

a) a oposição à força desagregadora dos direitos individuais, que impeça o paradoxo da liberdade, ou seja, que a liberdade máxima não se transforme em máxima opressão;

b) a recuperação pelo Estado de competências políticas na economia, para frear o princípio do mercado “oniregulador”;

c) a troca de relação entre o homem e o meio ambiente, como consequência, em primeiro lugar, da perda de capacidade da natureza de viver e de se regenerar por si mesma;

d) a desconfiança do homem frente ao homem, o estabelecimento da dúvida sobre a vontade subjetiva, como geradora de direitos, dúvida essa que não objetiva negar os direitos, senão buscar uma defesa contra seus aspectos negativos.

A pluralidade de princípios e de valores objetivados na Constituição justifica o tratamento não-formalista ou não-hierárquico dos fenômenos jurídicos. Mesclam-se aqui as idéias de ponderação, de proporcionalidade e de otimização. Uma relatividade ética que não significa não se ter, do mundo, uma concepção de

²² ZAGREBELSKI, Gustavo. **A Justiça Constitucional - Natureza e limites do uso judiciário da Constituição**. Tradução livre de Anderson Vichinkeski Teixeira. p. 40-47.

forma objetiva, mas sim que a superveniência do mundo é condição necessária para a realização do próprio projeto ético.

Tanto o conceito de Perelman quanto o de Zagrebelsky levam à conclusão que a justiça é, então, o que a lei disser, recusando qualquer objetividade ao conceito de valor. E por tal motivo que o operador do Direito deve estar atento às diferentes necessidades regionais, aos fatores externos que podem afetar a aplicação da lei que eventualmente ele mesmo editou, enfim, às divergências que irão aparecer ao longo do tempo e para qual a lei deve estar adaptada.

Diante da necessidade de se aferir um mínimo de patrimônio que faça a pessoa se sentir completada em suas necessidades básicas, faz-se importante mencionar os conceitos de *mínimo existencial* e de *reserva do possível*, sendo que o primeiro tem origem no Direito Tributário, e é usado para medir a capacidade contributiva do cidadão e sua necessidade de utilizar ou não o serviço público e, no caso específico da moradia, para verificar a imunidade tributária em relação ao IPTU (Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana). O mínimo existencial é traduzido por TORRES²³ como duas dimensões, uma ligada à liberdade negativa, que no Direito Tributário impede o exercício do poder tributário por parte do Estado, em razão da situação econômica da pessoa; e outra ligada à liberdade positiva, representada pelos serviços públicos dirigidos diretamente à manutenção da liberdade da pessoa. Para o autor, sem o mínimo necessário à existência, a possibilidade de sobrevivência do homem cessa e essas condições iniciais da liberdade desaparecem, porque a dignidade humana e as condições materiais de existência têm que ser mínimas, e não podem estar abaixo do mínimo.

Muitas necessidades básicas do cidadão só podem ser atendidas pelo Estado, a exemplo do atendimento de necessidades básicas como educação, saúde, habitação, que deve ser prestado pelo Estado para quem não pode adquirir esses bens e serviços por recursos próprios. Surge, então, a obrigação do Estado de gerir os recursos que recebe da sociedade, de modo a permitir o alcance de todos os cidadãos a tais necessidades básicas. O mínimo existencial gera direito

²³ TORRES, Ricardo Lobo. "Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais". **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, nº. 177, p. 29-49, jul-set-1989.

público subjetivo aos seus beneficiários pelas limitações positivas e negativas à liberdade.

Para exercer a liberdade que o Estado assegura aos cidadãos, é necessário que dê condições para que ela seja exercida. Se a Constituição Federal assegura o direito à moradia, presume que todos os cidadãos possuem uma casa. E é por meio dos direitos fundamentais sociais que o indivíduo poderá exercer essas liberdades sobre a sua propriedade, tendo um mínimo dentro do conceito de mínimo existencial garantido pelo Estado. Por isso a importância de um país que adota uma carta cidadã e democrática, como o Brasil, efetivar os direitos que garante aos seus cidadãos, e isso se faz assegurando direitos fundamentais sociais, como no caso da moradia e, de um modo ou de outro, seja exercendo liberdades negativas sobre os seus bens (direito de inviolabilidade do domicílio, por exemplo), seja exercendo suas capacidades sobre o bem que lhe é garantido (direito de usufruir de sua moradia dentro dos limites estabelecidos pelo Estado). E quanto mais desigual é a sociedade, maior é a necessidade do Estado de assegurar tais direitos sociais aos que sequer alcançaram o direito de moradia, objeto da presente pesquisa, sob pena de grande parte de a população estar excluída de direitos fundamentais.

Para efetivar o mínimo existencial, o Estado deve considerar as variações regionais do país e combinar aspectos econômicos, culturais, sociais, políticos para alcançar o desenvolvimento dos cidadãos.

Paralelamente ao conceito de mínimo existencial, o conceito de reserva do possível se traduz como as prestações positivas outorgadas pelo Estado por meio de suas políticas públicas e sociais, e tem a ver não com liberdades, mas com o dever do Estado de prestação para proteção dos direitos econômicos e sociais e, também, para a seguridade social, e depende da situação econômica do país e da riqueza nacional, ligado à política social e econômica do país, na conformidade da disposição orçamentária que o poder público deve disponibilizar para assegurar os direitos da população. A reserva do possível guarda relação entre o aspecto prestacional do Estado e a necessidade dos particulares, e é importante ser mencionada no presente estudo, porque não resta dúvida de que o Estado é

responsável pela prestação de serviços essenciais a uma vida digna dos cidadãos, ao mesmo tempo em que esbarra em dificuldades práticas para viabilizar tais serviços.

Para CELSO ANTÔNIO PACHECO FIORILLO, citado por PERES²⁴, é correto utilizar a expressão *piso mínimo normativo* para definir as condições sem as quais o homem não pode viver dignamente, e elas estão enumeradas no artigo 6º. da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos sociais à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Pode-se sem dúvida incluir a habitação como mínimo normativo, pois sem um teto para se proteger das intempéries e para preservar sua intimidade não há que se falar em dignidade humana.

O mínimo necessário à sobrevivência do ser humano, no ensinamento de FACHIN²⁵, traduz-se em uma “habitação” considerada no aspecto amplo, não podendo prescindir de um mínimo de conforto e de bem-estar, proporcionado pelos móveis, utensílios, pertencas e benfeitorias que integram a moradia. O autor referido menciona que decisões jurisprudenciais recentes, firmando o ideal de dignidade da pessoa humana, têm entendido que se deve manter na residência mais que o suficiente para fazê-la habitável, admitindo como impenhoráveis utensílios como aparelho de som e de televisão, em nítida tentativa de assegurar o bem-estar humano e a fundada na necessidade humana de se possuir privacidade e prazer, para não olvidar a importante contribuição hedonista²⁶ que os gregos

²⁴ PERES, Pedro Pereira dos Santos. “O direito à educação e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, nº. 417, 28 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5633>. Acesso em: 16.03.2009.

²⁵ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. p. 149-153.

²⁶ Definição de *Hedonismo*: Do grego hedone que significa “prazer”. É uma teoria ou doutrina filosófico-moral que afirma ser o prazer individual e imediato o supremo bem da vida humana. Surgiu na Grécia, na época pós-socrática, e um dos maiores defensores da doutrina foi Aristipo de Cirene. O hedonismo moderno procura fundamentar-se numa concepção mais ampla de prazer entendida como felicidade para o maior número de pessoas, o que representa um atrativo para a vida contemporânea, tão repleta de desigualdades, procurar libertar-se da dor, e garantir momentos de prazer traz implícita uma nuance hedonista.

deixaram para a presente geração, e que também pode ser incluída na definição de dignidade da pessoa humana: o lado que dá prazer ao indivíduo e faz com que sua vida seja menos dolorosa. Não uma vida regada a prazer, exclusivamente, mas no sentido de amenizar as agruras que a vida por vezes reserva a cada um.

O autor acima mencionado escreveu a obra intitulada “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, buscando definir o mínimo para o indivíduo viver com dignidade e incluir nesse mínimo a moradia, explicando que o mínimo é um conceito complexo porque, num sentido estrito²⁷, até pode ser a menor quantidade que preserva as características de algo, e que tal definição parece ser a adotada nos textos legais, a exemplo do salário mínimo nacional do artigo 7º. da Constituição Federal de 1988²⁸, contudo, trazendo essa definição constitucional para a realidade, constata-se que a complexidade que marca o cenário jurídico e social do país possui espaço e tempo variáveis, o que dificulta a aferição correta do mínimo necessário para uma vida humana livre de privações materiais.

O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, de FACHIN, leva em conta o fenômeno jurídico da repersonalização do Direito Civil, que evoca a primazia do homem sobre os bens materiais, no qual se defende o caráter instrumental (meio) da esfera patrimonial em relação à pessoa (fim).²⁹

Existem itens em que o mínimo não é suficiente, como por exemplo, na educação, na qual se exige aperfeiçoamento e qualificação, sob pena de o mínimo ser inócuo e não atingir os objetivos buscados e, nesse caso, mínimo não pode ser entendido como sinônimo de básico. Da mesma forma, o mínimo de um módulo rural (artigo 6º. do Estatuto da Terra – Lei 4.504, de 1964) não

²⁷ FACHIN, op. cit, p. 295.

²⁸ Artigo 7º., IV CF. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...).

²⁹ Op. cit., p. 176.

corresponde ao ideal e deve ser combatido, pois está abaixo do esperado para concretizar o adequado uso da terra.

É em estudos pretéritos que se localiza a base para a busca pelo razoável, para o mínimo ideal a ser buscado que garante as necessidades básicas do homem. Para entender a evolução histórica das necessidades humanas, encontra-se em MARX³⁰ o estudo que distinguia três camadas dentro da sociedade: àquela que estava embaixo de tudo, ele denominou de *condições naturais de produção de uma sociedade*, e na qual se inseriam os recursos naturais preexistentes à própria sociedade, como o tipo de vegetação, as matérias-primas, as riquezas do solo, entre outros, e formavam uma espécie de muro de arrimo na fundação de uma sociedade. O filósofo estabelece claras restrições quanto ao tipo de produção possível, e consequentemente, quanto ao tipo de sociedade e de cultura que podem florescer em determinado lugar. A segunda camada, idealizada por Marx, é formada pelas *forças de produção* de uma sociedade, e é representada pela força de trabalho do próprio homem, mas, também, pelas ferramentas, máquinas e equipamentos chamados *meios de produção*. E à terceira camada Marx denominou *relações de produção*, representadas por quem detém os meios de produção numa sociedade e pela forma como o trabalho é organizado no interior da sociedade.

Na filosofia marxista, a sociedade é comparada a um edifício no qual as fundações, a infra-estrutura, seriam representadas pelas forças econômicas, enquanto o edifício em si, a superestrutura, representaria as idéias, os costumes, e as instituições (políticas, religiosas, jurídicas).

O chamado *modo de produção marxista* determina quais as relações políticas e ideológicas que podem existir numa sociedade. O denominado *materialismo histórico* de Marx se encaixa nas presentes reflexões, quando se constata que os valores variam de acordo com variações de tempo e lugar,

³⁰ MARX, Karl. **O Manifesto Comunista**. Rio de Janeiro: Contraponto. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1998. p. 24.

pretendendo explicar a história das sociedades humanas em todas as épocas, por meio de fatos materiais, essencialmente econômicos e técnicos. O mínimo é variável e depende de fatores que foram apontados por Marx como fundamentais na evolução da sociedade, por dependerem, de acordo com seus apontamentos, da economia vigente.

Concordando com os ensinamentos de Marx, entende-se que o ser humano é fruto de sua época, portanto, suas necessidades também variam de acordo com o tempo em que vive.

Para o mínimo ideal à pessoa humana, têm-se os preceitos de Marx sobre variação das necessidades de acordo com a época, e poder-se-ia acrescentar também *nuances* da ética aristotélica, no que ela ensina ser necessário viver de acordo com o razoável, quando o filósofo grego chama a atenção para um “meio-termo de ouro”³¹, alertando que não se deve ser nem covarde nem audacioso, mas corajoso; nem avarento nem extravagante, mas generoso. No que se refere à alimentação, item esse que mais se relaciona com a moradia ideal do presente estudo, a resposta à pergunta “o que se precisa para viver uma boa vida” está na filosofia de Aristóteles, a qual advertia que comer de menos é perigoso, e comer demais também. Já para Platão, do mesmo modo, um indivíduo saudável e harmônico mostra equilíbrio e moderação, e um Estado justo se caracteriza pelo fato de cada um conhecer o seu lugar no todo. Ambos refletem a preocupação com o equilíbrio para se alcançar uma boa vida.

O equilíbrio é a base fundamental para a ética aristotélica e platônica, pois, segundo tais filósofos, é por meio dele que se chegará à felicidade.

Conclui-se que alcançar o mínimo significa buscar o concreto, o razoável, o que pode ser alcançado, o justo, mas não olvidando da adaptação ao mundo contemporâneo, pois ele é um conceito amplo e aberto que permite adaptações, sendo difícil de ser mensurado, e é em busca desse mínimo - adaptado à realidade atual - que o presente estudo se propõe a caminhar.

³¹ GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. Trad. João Azenha Jr. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995. p. 131.

1.1. Reserva do possível – atuação estatal para a efetivação de direitos

Quando se planejam políticas públicas que, em essência, veiculam o atendimento aos direitos sociais, esbarra-se na escassez de bens materiais que, no meio econômico, representa um problema a ser resolvido mediante a alocação de recursos e, também, pela seletividade.

Na interpretação das normas tendentes a implementar tais direitos, reserva do possível pode ser definida como o fato de que, embora haja direitos sociais reconhecidos nas normas nacionais ou internacionais a que o Brasil tenha aderido, apenas dentro das possibilidades orçamentárias e financeiras pode o Estado financiá-los.

No estudo da reserva do possível, podem-se distinguir duas espécies, a fática e a jurídica. A primeira refere-se aos limites dos recursos públicos disponíveis ao passo que a reserva do possível jurídica relaciona-se com a necessária ponderação que deve ser feita em relação a todos os princípios em jogo, para decidir-se qual decisão tomar no caso concreto.

Em relação a esse mecanismo de pesos e contrapesos, assevera CONTE:

Entre essas duas reservas do possível – a fática e a jurídica – deve caminhar o administrador público na busca para tornar sua ação a mais eficiente possível. Observados os limites materiais e as imposições jurídicas, deve o administrador ponderar dentre as diversas alternativas possíveis aquela que promove o melhor custo-benefício. Nesse ‘balanço entre bônus e ônus’, entram não apenas os recursos financeiros em si, mas toda a gama de interesses coletivos e individuais afetados pela ação administrativa.³²

³² CONTE, Francisco. **Eficiência e democracia.** Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=243076>. Acesso em: 10.06.2009.

FACHIN³³ sugere que a via processual adequada para se buscar o direito material fundado no patrimônio mínimo é por meio da exceção de estado de necessidade social, dedutível mediante simples petição ou decretável de ofício pelo juiz, quando notórias e evidenciadas as circunstâncias do referido estado de necessidade.

O autor acima ainda explica que a idéia de exceção simplifica os contornos processuais do instituto, estando o conceito de justiça, de que tal meio processual contém, ligado ao fenômeno jurídico a serviço da vida, pois tal situação patrimonial possui nova conotação, nova perspectiva, voltada para valores não-patrimoniais, valores estes que se preocupam com a dignidade da pessoa humana e sua personalidade, voltada para os direitos sociais e para a justiça distributiva³⁴.

No artigo 170 da Constituição Federal de 1988³⁵, a justiça social aparece fundamentando a atividade econômica do país, de modo que a Constituição Federal é reguladora da atividade econômica que afeta diretamente o contrato, que por sua vez, requer seja atendido em sua função social.

FACHIN³⁶ prossegue sua análise esclarecendo que, da mesma forma que a nova ordem jurídica apresenta novas *nuances* para o Direito Privado e para a ordem econômica do país, também amplia o conceito de estado de necessidade, o que passa a caber em negócios celebrados fora daquele estado de perigo, de vício, típicos dos contratos realizados no referido estado, admitindo-se aqui o reconhecimento do estado de necessidade nas situações de conformidade com a justiça social, e não quando se está em conflitos com a justiça. Na nova perspectiva, o estado de necessidade já está evidenciado quando surge conflito

³³ Op. cit, p. 179.

³⁴ Idem, p. 182.

³⁵ Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...).

³⁶ Ibidem, p. 182.

de interesses, porque já se enxerga um perigo, quando não se dá condição para a sobrevivência digna.

O autor acima defende a ampliação do reconhecimento do estado de necessidade para que não seja aplicado somente a vícios negociais e direcionados à guarida de coisas ou bens, do formal para o social, porque essa é a função do Direito, que deve estar calcado em princípios constitucionais que garantem respeito à vida. A sugestão de se ampliar o âmbito de reconhecimento do estado de necessidade corresponde exatamente aos interesses aqui buscados, ou seja, de se garantir um mínimo que faça o indivíduo garantir sua vida com dignidade.

Por ser um direito social, o direito à moradia pode ser classificado como pertencente ao ramo das normas constitucionais auto-aplicáveis, porque não cabe ao Poder Executivo deixar de elaborar as políticas públicas a ele relacionadas. São as chamadas políticas públicas constitucionais vinculativas³⁷, que relativizam o poder discricionário do administrador público, que não pode se eximir de efetivar obras relacionadas aos direitos sociais.

Em caso de descumprimento na elaboração das políticas públicas acima referidas, instrumentos de tutela devem ser utilizados, num primeiro momento de modo extrajudicial e, se ineficazes, com a determinação do Poder Judiciário que exerce papel fundamental para efetivar os direitos sociais, não de modo executor, nem elaborando as políticas públicas, mas, sim, zelando para que sejam efetivadas de acordo com disposição constitucional, por meio do Ministério Público (responsável por tutelar interesses indisponíveis), o qual deduzirá a pretensão perante o Poder Judiciário.

O juiz, ao determinar a efetivação de uma obra que garanta o mínimo necessário para um indivíduo viver com dignidade, deve levar em conta o caso concreto, mas está amparado pela evolução do Direito, pois não deve mais haver o apego a conceitos retrógrados relacionados à previsão orçamentária. A doutrina

³⁷ GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Políticas públicas e direitos sociais**. Anais do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Belo Horizonte: CONPEDI, 2007. p. 6895-6914.

vem admitindo que para o conceito de “reserva do possível”, aquele limite material e jurídico de disponibilidade financeira ao qual se submete o Poder Público, no adimplemento de obrigações, deve-se prezar pela adoção do critério da razoabilidade no caso concreto, bem como, adotar prazos flexíveis que permitam a adequação do orçamento para a concretização dos direitos sociais.

O entendimento sobre a prioridade de se conceder o direito ao cidadão de ter suas necessidades básicas atendidas remonta à concepção de justiça de PERELMAN³⁸, na sua quarta concepção, ou seja, de que justiça é dar a cada qual segundo suas necessidades, porque propõe que se busque a determinação das necessidades essenciais dos seres humanos, consideradas estas, a partir de uma pesquisa psicológica de prioridades, dentro de uma grade hierárquica, chamada de “mínimo vital”.

Tal critério levará em conta as exigências do organismo em geral, contudo não as necessidades mais refinadas e particulares, formando a “justiça social” que leva em conta as necessidades básicas de todo ser humano. É nessa direção que o operador do Direito deve olhar, quando da aplicação da norma com o fim de fazer a justiça, atendendo aos anseios da população.

Adaptar a realidade social ao limite permitido pela reserva do possível faz-se mister quando se trata de direitos fundamentais relacionados, e, no caso em apreço, à habitação. A evolução do Direito e os próprios preceitos constitucionais admitem e até mesmo exigem certa margem de criatividade por parte dos três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), no que tange a concretizar direitos sociais e a relativizar a reserva do possível, não dela se eximindo, mas adaptando-a à realidade.

Uma nova conotação de reserva do possível faz-se necessária, no que ela representa uma limitação, sendo imperativo passar a permitir ajustes e adaptações.

³⁸ Op. cit., p. 10.

GONÇALVES preleciona que as desigualdades entre os países podem ser determinantes para a adoção de políticas públicas baseadas na reserva do possível e adaptadas à realidade local:

Assim, a reserva do possível é um limite realmente existente, mas que não deve ser visto no Brasil do mesmo modo que nos países centrais, os quais possuem distribuição de renda menos assimétrica, políticas públicas mais universalizadas e controles sociais (não-jurisditionais) mais efetivos. Em consequência, a margem de manobra do Judiciário, no exercício do controle em exame, é bem mais larga no nosso país (sem que evidentemente seja absoluta).³⁹

É importante ressaltar que em países como o Brasil, a necessidade de efetivar direitos fundamentais sociais é maior, por haver maior desigualdade, por isso nas ações do Estado o conceito de “reserva do possível” deve ser relativizado.

É nessa linha de pensamento que o Ministro Celso de Mello decidiu pelo arquivamento de Medida Cautelar na APDF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, por perda superveniente de objeto, tecendo considerações acerca da reserva do possível. O que se decidia nessa Ação era o veto presidencial a um artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2003 (Lei 10.707/03), que afastava a imposição constitucional que estabelece percentuais mínimos para aplicação de verbas públicas em gastos com o sistema de saúde, sendo que a perda do objeto se deu porque, após a propositura da APDF, o Poder Executivo voltou atrás e enviou um Projeto de Lei (que mais tarde foi transformado na Lei acima mencionada), o qual reproduziu o preceito vetado, fazendo com que a disposição constitucional fosse mantida na íntegra quanto aos patamares de vinculação de receita destinada à saúde:

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e 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

³⁹ GONÇALVES, op. cit, p. 16.

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 processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).⁴⁰

Conclui-se do julgado acima que o Estado não pode invocar a cláusula da reserva do possível para se exonerar de suas obrigações constitucionais, e no caso do julgado acima, quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulidade ou até mesmo aniquilação de direitos constitucionais fundamentais.

Por outro lado, o impacto que eventualmente uma obra pode causar no orçamento pode ser muito oneroso, portanto, a razoabilidade é um critério muito importante a ser observado quando o julgador determina a consecução de uma obra, de um serviço ou de uma despesa pública.

RAWLS⁴¹ assinalava que ao postularmos a prioridade dos direitos e liberdades básicos, pressupomos a existência de condições razoavelmente favoráveis, ou seja, nesse caso, a questão econômica deve ser considerada. E aponta, ainda, que além da econômica, são as condições históricas e sociais que devem ser favoráveis a ponto de possibilitar o Estado a criar instituições políticas eficientes que forneçam o campo de ação adequado para o exercício dessas liberdades, o que significa que os obstáculos a um governo constitucional, caso eles existam, emanam sobretudo da cultura política e de interesses efetivamente existentes, e não, por exemplo, de uma falta de recursos econômicos, ou de educação, ou das muitas habilidades necessárias para dirigir um regime democrático. O argumento de John Rawls segue exatamente o que se pretendeu demonstrar nas linhas anteriores, ou seja, que o Estado deve garantir meios de

⁴⁰ "Revista Interesse Público". Porto Alegre: Notadez, maio 2004. Disponível em: <http://www.interessepublico.com.br>. Acesso em: 21.03.2009.

⁴¹ Op. cit., p. 66.

assegurar o direito à moradia do cidadão, primando pela questão social que a ausência do referido direito envolve.

As decisões jurisprudenciais referentes à cláusula da reserva do possível estão sendo cada vez mais frequentes no sentido de relativizá-la, pois cada vez mais os Tribunais estão reconhecendo o previsto no artigo 3º. da Constituição Federal de 1988⁴², que é uma norma-objetivo do Estado.

SCAFF, citando ALEXY e SEN, preleciona que para a consecução dos objetivos do Estado, não é necessário que sejam disponibilizados todos os recursos públicos, pois os direitos fundamentais sociais podem ser efetivados em prestações. O que importa é que tais direitos sejam garantidos, a ponto dos cidadãos poderem exercer suas liberdades e capacidades:

Mas é imprescindível que sejam disponibilizados recursos públicos suficientes, de forma proporcional aos problemas encontrados e de forma progressiva no tempo, de modo a que as deficiências para o exercício das liberdades jurídicas seja sanado através do pleno exercício das liberdades reais (Robert Alexy), ou, por outras palavras, para o exercício pleno das capacidades de cada indivíduo ou coletividade de indivíduos. (Amartya Sen).⁴³

É premissa, no cenário jurídico brasileiro, inaugurado com a Constituição Federal de 1988, que a atribuição prioritária do Poder Público passa a ser, no Estado brasileiro, a de garantir condições básicas para o alcance da igualdade social entre todos os grupos, classes e regiões do país, pelo princípio da solidariedade e da isonomia (traçados no artigo 3º. da Constituição Federal de 1988).

⁴² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
 II - garantir o desenvolvimento nacional;
 III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
 IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴³ SCAFF, Fernando Facury. "Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos". In PIRES, Adilson Rodrigues e TORRES, Heleno Taveira (org.) **Princípios de Direito Financeiro e Tributário. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. s/l: Ed. Renovar, s/d. p. 129

Em outras palavras, torna-se inegável que, na consecução dos citados objetivos, a análise jurídica não se prende, tão-somente, a atos circunstanciados a momentos temporais e políticos determinados, como ocorre com a produção legislativa, datada no tempo e no espaço. Diversamente, o que se verifica na prática é a fiscalização, com vistas aos fins constitucionalmente determinados, de atuações continuadas, por parte, principalmente, dos órgãos administrativos, no exercício do poder de governo.

Entra-se com este tema no chamado campo das “políticas públicas”, que em apertada síntese pode ser tratado como “conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”.

No atual panorama jurídico brasileiro, defende-se que “o juízo de constitucionalidade, nessa matéria, tem por objeto o confronto de tais políticas, não só com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade de governo, mas, também, com as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade.

A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal tem sido atento à sabida advertência que traz consigo a seguinte obviedade a respeito da chamada norma constitucional programática, entendida como a que define programas estatais, com vistas ao alcance dos fins constitucionalmente traçados:

Medicamento imprescindível à manutenção da vida da pessoa humana. A saúde é direito de todos e dever do Poder Público, a quem a Constituição encarrega de prover os meios suficientes para garanti-la aos necessitados, inclusive fornecendo os medicamentos recomendados pelos avanços da Medicina que não estejam classificados como excepcionais, adquiridos mediante verbas repartidas pela União com os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios.

“O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado

brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (STF, 2ª Turma, RE 271286/AgR/RS, Min. Celso Melo).(sem grifos no original).

Em outro precedente, a Suprema Corte decidiu que:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (artigo 5o, caput), ou fazer prevalecer, contra essa expressa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entende-se que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só possível opção: o respeito indeclinável à vida.⁴⁴

Embora certos direitos não correspondam a deveres jurídicos específicos, poderão ensejar a consecução de uma prestação determinada, caso somente exista um instrumento eficiente para consecução daquele fim: o Estado, os Poderes Públicos e o legislador estão vinculados a proteger o direito fundamental do ser humano, no domínio das prestações existenciais mínimas, escolhendo uma ou mais formas de efetivar esse direito.

De toda maneira, a obediência aos parâmetros constitucionais, quer quanto aos fins, quer quanto aos meios, do atingimento da plena eficácia dos direitos fundamentais – destacadamente os direitos sociais e econômicos, que demandam atividade contínua dos Poderes Públicos com vistas aos objetivos constitucionais, deve ser fiscalizada pelo Poder Judiciário, principalmente por força do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que prevê a impossibilidade de o Judiciário deixar de apreciar lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito.

Não se permite desatenção, no implemento dos direitos constitucionais fundamentais, a questão de seus custos financeiros, pois ao intérprete da Constituição não é permitido interpretá-la abstraindo-se da problemática sociológica, cultural e política que a contorna.

⁴⁴ Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS. Ministro Relator Celso de Mello.

Assim, abre-se a discussão quanto aos limites possíveis de concretização das normas constitucionais. No caso citado acima, trata-se de direito à saúde, em particular para o repasse de parcela de verba orçamentária para os serviços públicos de saúde, que analisado sob o prisma da “reserva do possível”, notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), o adimplemento, pelo Poder Público, lhe é imposto e exigido, para que o Estado o promova por meio de prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. O direito à moradia deve ser entendido no mesmo âmbito do direito à saúde, pois é direito fundamental social, que demanda prestação estatal.

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira do ente estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir (considerada a limitação material referida), a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Entretanto, cumpre advertir que a cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, 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.

A atenção dada aos direitos fundamentais sociais deve ser justificada baseando-se na dignidade humana e no critério de justiça que se busca, no qual se incluem a solidariedade e a isonomia, mesmo que se afirme que há toda uma preocupação econômica com a efetivação dos direitos sociais e econômicos, e que a limitação dos recursos públicos é um verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

O argumento de que a “reserva do possível” é óbice a avanços na viabilização de direitos sociais, aliado ao argumento de preocupação econômica, só é admissível se efetivamente provado que o prejuízo da maioria se fará presente, e não deve ser incentivado o uso do referido argumento para obstar atendimento aos direitos fundamentais. É o Poder Judiciário que deverá atentar para esse fato ao decidir e determinar a execução de certas obras, mas evitar acatar o argumento econômico, porque o Estado tem obrigação de manter uma quantia orçamentária para tais fins.

A Constituição Federal brasileira não depende do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais. Ao contrário, o orçamento, ou as receitas, é que, a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado.

É o que deixa transparecer a decisão⁴⁵ proferida no caso escolhido como paradigma de estudo, a qual merece ser transcrita na íntegra por ilustrar perfeitamente os argumentos acima defendidos:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E 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 PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da

⁴⁵ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9. Proced.: Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. Argte.(s): Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Adv.(a/s): Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho e outro(a/s). Argdo.(a/s): Presidente da República. Adv.(a/s): Advogado-Geral da União. Julg. 29/04/2004. Publ.DJ 04/05/2004. Disponível em: P-00012. http://www.idisa.org.br/site/idisalegis/visualiza_conteudo.php?sub=157&cont=1880&cat=24. Acesso em 31.03.2009.

República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº. 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º. do art. 59 da Lei nº. 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº. 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º. - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº. 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº. 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º. O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59 § 3º. Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.'" (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional

em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: "DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das 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 reside, 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 político-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. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela

coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, 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. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a "reserva do possível". Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a

razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. 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 irreduzível 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. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência

têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004. Ministro CELSO DE MELLO Relator". (sem grifos no original).

É até desnecessário acentuar-se (considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais) que os elementos componentes do mencionado binômio - razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado - devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante que a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam o voto, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo, porque se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de eximir-se da obrigação, comprometerão 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 irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo.

Quando isso for constatado, justificar-se-á, até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, de modo a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado, pois cabe a ele ser o guardião da Constituição brasileira.

A "reserva do possível" não pode acarretar a ineficácia do direito. Ainda assim, chama atenção o caso concreto, porque não obstante toda a gama de argumentos a defender os direitos fundamentais do cidadão, todavia, no caso da saúde, por exemplo, ainda foi dado espaço para discutir a abrangência da cláusula da "reserva do possível" para tal direito, o que beira uma ousadia indevida e protelatória.

Os operadores do Direito devem estar em constante alerta para combater argumentos efusivos e desperdício de tempo, ao discutir a aplicação de normas que deveriam corresponder adequadamente aos interesses e necessidades da

população, porque, no caso brasileiro, entende-se que o mínimo essencial dos direitos seria a garantia à saúde, à educação básica e à moradia, pontos nos quais não se poderia chegar a cogitar de descumprimento "justificado" da Constituição Federal, por questões de orçamento ou de falta de caixa.

A essencialidade do Direito é muito grande, assim como a urgência do Direito fundamental que se questiona, a ponto de ser incogitável sua análise concreta à luz de discussões técnico-orçamentárias, que apenas acabam protelando o direito do cidadão. É permitido analisar orçamentos, contudo, no momento de decidir a aplicação dos recursos, o interesse da coletividade deve estar acima dos interesses individuais e a solução a ser encontrada deve caminhar sempre em direção aos direitos sociais, econômicos e culturais, pois esta é a ordem constitucional.

Há um domínio, o dos direitos fundamentais sociais, os chamados direitos de segunda geração, dos quais não pode se eximir o Estado, que deve destinar reservas a eles, a exemplo dos direitos à saúde e à moradia.

CAPÍTULO II

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O Direito Civil consagrou idéias centradas na tutela patrimonial, com neutralidade valorativa, seguindo assim uma linha positivista.

O mundo jurídico era dividido em Direito Público e Direito Privado. O Direito passou ora por momentos em que o interesse privado prevalecia sobre o interesse público, ora por momentos em que o público predominava sobre o privado.

O Direito Privado era reservado às relações familiares, ligado ao Direito Consuetudinário e ao Direito Canônico, sendo que a propriedade privada não se submetia às intervenções estatais.

É importante ressaltar, entretanto, que os romanos consideravam a propriedade privada, num primeiro momento, como direito absoluto, *erga omnes*, mas, num segundo momento, admitiam intervenções relativas a interesse público e a interesse privado de vizinhos, prevendo a perda da propriedade por abandono ou por confisco penal, de modo que o Direito Romano, de certo modo, reconheceu a dicotomia público e privado.

A supremacia do interesse público sobre os interesses privados e o bem comum é um traço marcante no pensamento de Aristóteles, haja vista que este entende que “na ordem da natureza, o Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte”. Considera o bem comum como o fim do Estado e da sociedade, que deve ser garantido pela Constituição⁴⁶.

⁴⁶ ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988. p.13.

Esse pensamento político e social refletiu nas codificações de normas, inspirando diversos diplomas legais desde a Antiguidade, como em Roma no *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, em passagem do *Digesto*, onde se refere que a vontade das partes tem força para modificar as normas de Direito Privado, mas não pode derogar normas de Direito Público⁴⁷, que sucedeu o direito da Grécia Antiga, no qual público e privado conviviam harmoniosamente, numa espécie de interpenetração.

Na Idade Média, os detentores do poder eram os que possuíam propriedades, ou seja, os senhores feudais, cujo poder transcendia as suas propriedades e permitia-lhes intervir no próprio Estado, ao instituir tributos e regras próprias dentro de seus feudos, ao passo que no Código de Napoleão, eminentemente burguês, fruto do Estado Moderno pós-Revolução Francesa, prevaleceu a ideologia da classe socioeconômica que havia conquistado o poder (na sistematização feita por DOMAT⁴⁸, que delimitou o conteúdo daquele Código), essa ideologia que paulatinamente influenciou as demais codificações ocorridas no século XIX e, ainda, no século XX.

Com esse trabalho de sistematização, passa-se a identificar o Direito Civil com as normas estabelecidas nos Códigos, as quais guardavam a pretensão de regular as relações entre as pessoas do ponto de vista privado, delimitando o Direito Civil como o espaço de liberdade individual, no qual não se admitia interferência estatal. A classe burguesa do Estado Moderno tinha como valor principal a propriedade territorial, e a liberdade contratual o seu instrumento de transferência de riqueza. Como a burguesia liderava o pensamento dominante,

⁴⁷ *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (Digesto, 38, 2, 14) e *privatorum conventio iuri publico non derogat* (Digesto, 45, 50, 17).

⁴⁸ MORAES, Maria Celina B. "A caminho de um direito civil constitucional". **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, ano 17, p.21-22, jul./set. 1993.

"Entende-se tradicionalmente por Direito Civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no *Code* e que, em seguida, viria a ser adotada pelas codificações do século XIX."

conceitos como liberdade contratual e propriedade absoluta se fixaram como essenciais nas relações jurídicas e refletiram nos sistemas políticos e sociais que posteriormente se formaram.

Nesse contexto, o individualismo passa a ser um valor prestigiado e a noção de liberdade diferiu da liberdade antiga da *polis* grega, onde os cidadãos participavam do processo de decisão política e da coletividade, ao passo que na liberdade moderna ao indivíduo é permitido decidir livremente e sem qualquer intervenção estatal sobre todos os assuntos que lhe dizem respeito.

ENGELS⁴⁹ assinala que na lenda de fundação de Roma, a primeira colonização do local foi feita por cem *gens* latinas, ou seja, espécies de tribos formadas por entes familiares e não-familiares. A *gens* era uma forma desenvolvida da unidade social e possuía leis próprias, regulando internamente direitos de herança, de matrimônio e de propriedade, sendo este último um direito de posse comum das terras. Ensina que se atribui a Rômulo, fundador de Roma, a primeira divisão de terras entre indivíduos.

Com a imigração de estrangeiros a Roma, houve excesso de pessoas que, embora pessoalmente livres, já que podiam possuir terras, pagavam impostos e estavam sujeitos ao serviço militar, eram excluídos dos direitos públicos, pois não podiam se beneficiar da distribuição de terras públicas distribuídas pelo Estado.

Essa nova ordem política que vigorou em Roma com o surgimento da *plebe* criou uma nova distribuição de riqueza, dividindo as propriedades conforme a renda mínima da classe à qual o indivíduo pertencia e, por isso, os patrícios, detendo o maior poder aquisitivo, absorveram aos poucos toda a propriedade rural dos camponeses, que estavam arruinados pelo serviço militar, e passaram a cultivar a propriedade juntamente com os escravos, formando assim os latifúndios, traduzidos pela distribuição desigual de terras que por muito tempo imperou no Direito Privado.

⁴⁹ ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Escala, 2004. p. 129.

Quando a burguesia, com seu poder de negociar livremente e sua vontade de participação política, passou a ditar os interesses políticos, dentro de um Estado liberal e pouco intervencionista, o próprio legislador se viu levado a editar as normas de acordo com os interesses da maioria, numa “armadilha ideológica”, assim chamada por EUGÊNIO FACCHINI NETO, quando explica que:

O legislador pode afastar suas responsabilidades, alegando que não elabora regras voltadas a casos particulares. As normas são genéricas, abstratas, e voltadas ao futuro. Ele não pretende prejudicar ou favorecer quem quer que seja, pois legisla para sujeitos abstratos e desconhecidos. O juiz, por sua vez, também pode afastar sua responsabilidade diante da decisão por ele dada ao caso concreto, pois tal solução não seria fruto de sua vontade, já que ele simplesmente estaria aplicando a solução preestabelecida pelo ordenamento jurídico. O ordenamento jurídico, assim, funcionaria de forma supostamente neutra e asséptica, não buscando atingir ninguém em particular.⁵⁰

As linhas acima procuram explicar como se fixaram as raízes das instituições do Direito Civil, albergadas nos Códigos que se desenvolveram na modernidade, estruturas de base do Direito Privado fundadas em noções como sujeito de direito, direito subjetivo e relação jurídica, criações próprias daquele momento histórico e que ainda são a forma como se externam no mundo do Direito as relações entre as pessoas, entendidas como situações protegidas pelo Direito e, assim, relevantes juridicamente.

Essas construções constituem a forma com que a pessoa passa a figurar como sujeito nas relações que envolviam os três pilares sobre os quais se assenta o Direito Privado: a família, o contrato e a propriedade.

O que vem sendo entendido por Direito Civil nos últimos dois séculos, em sua concepção tradicional, é aquele Direito formulado no Código Napoleônico.

Entretanto essa relação se inverteu no momento em que o Estado retomou o intervencionismo impulsionado pelo constitucionalismo social, surgido no período pós-guerra, pois o Estado se reapropriou do espaço conquistado pelos burgueses, num ato de promoção da igualdade social, preocupando-se também

⁵⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p. 23.

com as restrições aos direitos individuais que não são mais absolutos, mas recebem limitações.

Dentro desta nova concepção, surgem os chamados “direitos de solidariedade”, e a autonomia da vontade passa a ser relativizada, acentuando-se a preocupação com a proteção da dignidade da pessoa humana.

Direito Privado e Direito Público tentam conviver harmoniosamente, o primeiro resguardando as relações privadas entre os indivíduos, primando pela igualdade e liberdade, e o segundo regulando o interesse geral.

ZAGREBELSKY parte do pressuposto de que a compreensão da idéia de Constituição é mais importante do que a própria Constituição em si mesma. Como exemplo, o autor cita as Constituições da Inglaterra e de Israel, que não são escritas, mas apenas supostas, fazendo a seguinte reflexão: “o que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim sempre pressuposto”.⁵¹

A posição construtivista do autor acima citado parte da ideia de que, da concepção de soberania estatal, entendida como primazia e unidade da esfera política *stricto sensu*, típica do século XIX, o Direito atual passa a se caracterizar pela soberania da Constituição. Na feição atual, a tarefa política primordial não é a de estabelecer um projeto predeterminado, mas sim a de tornar efetivas as condições de vida em comum numa sociedade pluralista e multicultural. Segundo o constitucionalista italiano citado, do Estado de Direito do século XIX, com hegemonia do Estado, caminha-se para o Estado Constitucional, com hegemonia da Constituição.

Porém, para essa nova ordem, é necessário que a aplicação desses princípios constitucionais se liberte de modelos rígidos. Utiliza, dessa maneira, a imagem de *ductilidade* constitucional, ou de uma concepção dogmática fluida, assentadas em um pluralismo intrínseco, que exerceria o papel de único metavalor absoluto do sistema jurídico. A convivência entre os princípios, através de prudentes soluções cumulativas, combinatórias e compensatórias, seria a aspiração desse novo Estado Constitucional.

⁵¹ ZAGREBELSKY, op. cit., p.09.

O Estado constitucional, contudo, pressupõe um esvaziamento da função liberal da lei, como norma que sistematiza e ajusta o conflito entre autoridade e liberdade. O princípio da constitucionalidade é o que deve assumir esse papel, além de assegurar o objetivo de unidade do ordenamento. A Constituição transcende a importância da lei.

Essa unificação, contudo, não pode ser feita de maneira hierárquica, mecânica e silogística, sob pena de retorno ao reducionismo meramente legalista. Tal unidade, para Zagrebelsky, somente é possível em se tendo em conta a própria separação entre os distintos aspectos que compõem o direito do século XX: a separação entre direitos e lei.

A dupla característica da constitucionalização dos direitos, na visão de Zagrebelsky, parte de duas grandes concepções da sociedade: o humanismo leigo e o humanismo cristão.

O humanismo leigo é a tradição liberal e moderna. Funda-se na vontade individual, antiescolástica, no individualismo subjetivista, que pressupõe uma ordem de direitos em aberto e inacabada.

Ao contrário, na tradição antiga, cristã, tomasiana, a razão universal prevalece sobre a vontade. O aspecto objetivo do dever é condicionante dos direitos subjetivos. Perfeição sobre progresso, justiça sobre liberdade. A despeito de afirmar que o marxismo não contém uma doutrina construtiva dos direitos, entende Zagrebelsky que todo socialismo coincide, em seus grandes anseios, com o ideal cristão.

A confluência desses dois grandes horizontes, liberdade e justiça, aponta para o primeiro objetivo, que é a determinação de um princípio visando à configuração do ideal de realização de direitos efetivos à justiça (no plano abstrato), enquanto que o segundo é a fixação, mediante normas constitucionais, de princípios de justiça material, destinados a informar todo o ordenamento jurídico.

Esta tendência material do Estado constitucional significa que ele é chamado não só a impedir, como, também, a promover. Estabelecendo a rousseauiana distinção entre a vontade geral e a mera soma das vontades

individuais, o constitucionalismo contemporâneo forma suas bases para permitir que uma ordem objetiva de ideias de justiça seja efetivamente realizada.

A presença visível da intervenção estatal no Direito Privado aparece nas legislações e Códigos de normas do novo sistema, quando se prima pelo bem-estar da coletividade e com uma visão voltada para o futuro, numa tentativa de transformação da sociedade, com normas programáticas e objetivos a alcançar⁵² e, eventualmente, uma única lei pode trazer aspectos de Direito Privado, Processual, Administrativo, havendo na legislação brasileira o exemplo do Código de Defesa do Consumidor, que traz todos os aspectos acima.

FACCHINI NETO⁵³ enumera três conseqüências do intervencionismo estatal que diversos países (dentre eles o Brasil) experimentaram a partir da implantação do modelo do *Welfare State*: 1) *publicização* do Direito Privado, já que o Estado passa a intervir imperativamente em áreas antes reservadas às vontades privadas; 2) *constitucionalização* de certos princípios e institutos fundamentais do Direito Privado, como família, propriedade e contrato; 3) *fragmentação* do Direito Privado (antes concentrada nos códigos, a matéria privada passa, agora, a ser regulada por leis especiais denominadas estatutos).

⁵² Constituição Federal de 1988: Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁵³ Op. cit., p. 31.

CARLOS ALBERTO BITTAR e CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO
ensinam que:

O predomínio do social é elemento de fundo, nas assim denominadas “democracias sociais”. A “opção pelos pobres”, que serviu de bandeira para a ruptura com o militarismo, inseriu-se nessa filosofia, em que se substitui o “Estado individualista” pelo “social”, destinado à obtenção de justiça social.⁵⁴

Nesse sentido, os supracitados doutrinadores explicam que o Estado de Direito passa a ser o “Estado de Justiça”, com valores descritos no texto constitucional, sendo que no Brasil, com relação ao plano privado, o texto constitucional reflete o progresso obtido pela sociedade brasileira, seguindo a linha das legislações dos países mais desenvolvidos dentro da tradição romano-cristã.

Os BITTAR prosseguem explanando que:

O destaque dos direitos sociais impregnará o direito privado de conotações próprias, eliminando os resquícios ainda existentes do individualismo e do formalismo jurídico, para submeter o Estado brasileiro a uma ordem baseada em valores reais e atuais, em que a justiça social é o fim último da norma, equilibrando-se mais os diferentes interesses por elas regidos, à luz de uma ação estatal efetiva, inclusive com a instituição de prestações positivas e concretas por parte do Poder Público para a fruição pela sociedade dos direitos assegurados.⁵⁵

E os autores acima citados não olvidam a questão da função social da propriedade como um dos caminhos para se alcançar a justiça social, salientando que o legislador constituinte brasileiro reconheceu o Estado como garantidor dos direitos privados de uma parcela da sociedade que não tem condições de se manter com recursos próprios. Esses regulamentos são aplicados quando há oposição de interesses, pois as máximas do Direito Natural “viver honestamente”;

⁵⁴ BITTAR, Carlos Alberto e BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito Civil Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

⁵⁵ Op. cit., p. 27.

“dar a cada um o que é seu” e “não lesar o próximo” (*honeste vivere, suum cuique tribuere et neminem laedere*) são os maiores valores da humanidade, e são oponíveis até mesmo ao próprio ordenamento estatal, que deve direcionar suas normas para uma convivência pacífica entre o ente público e o ente privado:

Assim é que mecanismos especiais de controle e fiscalização por parte do Estado serão postos à disposição dos necessitados e dos lesados na órbita jurídico-privada; a institutos clássicos de defesa e de interesses individuais juntar-se-ão outros de caráter coletivo, com o reconhecimento de direitos a entidades e a sindicatos; aos instrumentos tradicionais de postulação e de garantia de direitos outros se acrescentarão, permitindo a interferência de particulares no processo legislativo e, mesmo, judicial; da função social da propriedade, e nos limites traçados em seu contexto, poderá obter-se distribuição mais equitativa das riquezas, sanando-se injustiças no uso de terras e em outros planos, e outros reflexos daí decorrentes.⁵⁶

Já não faz mais sentido a estagnação das relações jurídicas. O Direito Privado busca uma estabilidade em sintonia com atos transformadores que visem a pacificação social, num compromisso com a coletividade, acentuando o pluralismo e a diversidade como valores típicos do sistema atual, pois a identidade cultural dos indivíduos deve ser preservada e respeitada juntamente com seus direitos privados.

Com a constitucionalização do Direito Civil, valores constitucionais migram para o âmbito privado, sendo que conceitos como família, propriedade e contrato passam a ser interesse também da coletividade, portanto regulados pelas cartas constitucionais, a exemplo da Constituição Federal de 1988⁵⁷, dando início ao que se chamou de *repersonalização do Direito Civil*, ou *despatrimonialização do Direito Civil*, pois ao se preocupar com os interesses particulares dos indivíduos, coloca o ser humano no centro do interesse do Direito Civil, deixando o patrimônio de ser o

⁵⁶ BITTAR, op. cit., p. 27-28.

⁵⁷ Constituição Federal do Brasil de 1988:

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

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

centro das preocupações do Direito Privado, numa escala de hierarquia na qual o homem passa a ocupar o centro de interesses, sobrepondo-se ao interesse econômico.

Inúmeras foram as tentativas de levar para o âmbito público as questões privadas, de modo que o público resolvesse todas as questões. Em sua obra *Utopia*, THOMAS MORE⁵⁸ idealiza a moradia ideal, em que cada casa tem duas portas, uma que dá para a rua e outra para a horta e jardim, portas essas que se abrem facilmente com um ligeiro toque e se fecham da mesma forma, deixando entrar o primeiro que chegar, e como não há nada que constitua uma propriedade privada, essas casas trocam de habitantes, por meio de sorteio, a cada dez anos, sendo que todos cultivam árvores frutíferas, legumes e flores, competindo entre si para ver quem possui horta e jardim melhor cultivados, e tal ocupação vem em benefício de todos os cidadãos.

Na República de Utopia, nada é privado, e o que conta é o bem público, haja vista que, conforme o autor, em outros lugares, cada um deve cuidar de si próprio, pois, por mais próspero que seja o Estado, poderá morrer de fome se não o fizer, se não levar em conta os seus próprios interesses e não os do povo e os dos outros. Em Utopia, como tudo pertence a todos, qualquer cidadão está seguro de que não lhe faltará nada, desde que os celeiros públicos estejam repletos, pois há distribuição de mercadorias em grande escala, sendo tudo projetado tanto para o cidadão que trabalhou no passado, e hoje está inválido, quanto para o cidadão que está em atividade.

Contudo, a História demonstra que há uma série de fatores que impedem que o público seja o único responsável pela garantia da felicidade dos cidadãos, e por tal motivo, tanto as experiências em que o interesse público prevalece sobre o interesse privado, quanto as que o interesse privado prevalece sobre o interesse público necessitaram ser revistas, considerando que o suprimento da necessidade básica do indivíduo se inicia pela preservação da dignidade da pessoa humana,

⁵⁸ MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. Ciro Mioranza. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal São Paulo: Ed. Escala, s/d. p. 55 e 108.

direito esse que o poder público pode oferecer, mas sempre obedecendo a critérios de ordem privada.

SILVA explica que não se deve mais utilizar a ideia de contrato entre o ser humano e o meio ambiente com as premissas contratuais clássicas, porque a pessoa humana atual faz parte do fluxo da vida, superando-se o antropocentrismo do Direito, mas jamais afastando a dignidade da pessoa humana e tendo em vista as dificuldades que o indivíduo tem de viver conforme a natureza:

O direito clássico é um dos últimos bastiões que permite ao humanista clássico se entrincheirar e de lá afirmar a desconexão dos valores humanos frente à natureza. Este arquiteto das dicotomias reducionistas propaga a superioridade “divina” do homem e com isto procura legitimar a dominação e a apropriação. Não é por outra razão que o direito clássico é o direito do controle, da apropriação e da dominação – um direito de regulação e não de emancipação.⁵⁹

De todo o acima exposto, extrai-se que o Direito preserva o humanismo, admitindo a exclusão da ideia de patrimonialismo exacerbado, pois o homem deve ser priorizado. Contudo, no mundo atual surge uma nova preocupação que diz respeito à ordem ambiental, num conjunto de integração entre homem e natureza e, agindo assim, o homem favorece a si mesmo e constrói uma vida com dignidade, numa constante luta que convida público e privado a se engajarem.

2.1. Locke e Duguit: o legado liberal de propriedade aprimorado pelo conceito de função social

Para compreender a moradia no seu aspecto de direito fundamental, inicialmente merece destaque a noção de propriedade idealizada por John Locke.

Sobre a teoria liberal, cumpre ressaltar que no pensamento político de Hobbes e de Rousseau, a propriedade privada não é um direito natural, mas civil.

⁵⁹ SILVA, José Robson. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002. p. 207-205.

Significa que, mesmo que no estado de natureza (em Hobbes) e no estado de sociedade (em Rousseau) os indivíduos se apossassem de terras e bens, essa posse é o mesmo que nada, pois não existem leis para garanti-la. A propriedade privada é, portanto, um efeito do contrato social e um decreto do soberano. Essa teoria, porém, não era suficiente para a burguesia em ascensão. Embora o capitalismo estivesse em via de consolidação e o poder econômico da burguesia fosse evidente, o regime político permanecia monárquico, prevalecendo o poderio político e o prestígio social da nobreza. Para enfrentá-los em igualdade de condições, a burguesia precisava de uma teoria que lhe desse uma legitimidade tão grande ou maior do que o sangue e a hereditariedade davam à realeza e à nobreza. Essa teoria será a da propriedade privada como direito natural e sua primeira formulação coerente foi a idealizada pelo filósofo inglês John Locke, no final do século XVII e início do século XVIII.

Locke parte da definição do direito natural como direito à vida, à liberdade e aos bens necessários para a conservação de ambas. Esses bens são conseguidos pelo trabalho.

O filósofo associou à idéia de propriedade privada a utilização e exploração da terra por meio do trabalho, sendo este o elemento configurador da propriedade, pois “a extensão de terra que um homem lavra, planta, melhora, cultiva, cujos produtos usa, constitui a sua propriedade. Pelo trabalho, por assim dizer, separa-a do comum”.⁶⁰

Portanto, a propriedade, para Locke, é limitada no interesse de terceiros, visto que não se poderia apropriar de extensão maior de terra do que se pudesse utilizar, e que fornecesse o necessário à subsistência.

Entende-se que a propriedade, considerada como um direito inerente ao estado de natureza, seria também um direito limitado no interesse do Estado, que requer a restrição das liberdades individuais para a preservação da convivência harmônica em sociedade; há uma “troca” das liberdades inerentes ao estado de

⁶⁰ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Coleção A obra-prima de cada autor. Trad. Alex Marins. São Paulo, SP: Ed. Martin Claret, 2009. p.30.

natureza pelas vantagens da vida em sociedade, regida pelas leis do Estado, conforme se depreende das seguintes passagens de sua obra:

Encontrando-se agora em novo estado, no qual poderá gozar de muitas vantagens resultantes do trabalho, auxílio e sociedade de terceiros na mesma comunidade, tanto como proteção contra a força total dela, terá de renunciar igualmente a grande parte da liberdade natural de prover a si mesmo conforme o exigirem o bem, a prosperidade e a segurança da sociedade, o que é não só necessário mas justo, desde que os outros membros da sociedade assim também fazem.⁶¹

É absoluta, ilimitada e exclusiva a propriedade fixada através de leis do Estado, de tal forma que o poder soberano não dispõe de capacidade para nela intervir, contra o interesse de seu titular. LOCKE expõe esta posição ao afirmar que “(...) o poder supremo não pode tirar a qualquer homem parte da sua propriedade sem consentimento dele (...).⁶²

Para o filósofo, a verdadeira essência da propriedade consiste em ser um direito natural, de cunho individual, indispensável ao homem enquanto membro da sociedade, instituída pelo Estado, pois é anterior ao próprio surgimento do Estado, é uma prerrogativa do homem já no estado de natureza.

A principal característica da obra de John Locke, no que tange à propriedade, são as teorias essencialmente capitalistas coexistindo com idéias aparentemente comunistas, pois Locke foi o precursor da teoria do valor do trabalho, ao afirmar que o valor de um produto depende do trabalho nele empregado, sendo que posteriormente essas teorias foram melhor elaboradas por Marx e David Ricardo.

Enquanto os escolásticos defendiam a teoria do valor do trabalho contrapondo-se aos judeus, Ricardo a defendia em oposição aos grandes proprietários rurais, e Marx em combate aos capitalistas, enquanto que Locke a defendia sem visar classe alguma, embora se diga que, ironicamente, a utilizava para defender os interesses da burguesia ascendente, em detrimento da monarquia.

⁶¹ Op, cit.p. 93.

⁶² Idem, p.94-95.

Partindo da premissa de que o homem é seu próprio proprietário, aquilo que ele trabalhou é também sua propriedade, oponível a todos os demais. Nas palavras de LOCKE:

Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lho forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõe-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele. Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens. Uma vez que esse trabalho é propriedade exclusiva do trabalhador, nenhum outro homem tem direito ao que foi agregado, pelo menos quando houver bastante e também de boa qualidade em comum para os demais.⁶³

Mais especificamente, para Locke, o fundamento da propriedade está no próprio homem, em sua capacidade de transformar em seu benefício o mundo externo, com sua energia pessoal.

O cerne do conceito de propriedade em Locke é que ela é um direito natural, ou seja, já existia no estado de natureza. Com essa concepção, refuta, mesmo que sem mencioná-las diretamente, duas outras teorias: a doutrina de Hobbes e a de Pufendorf.

Ambos os filósofos acima negam a propriedade como um direito natural. Para Hobbes, só a vida é direito natural, e o direito de propriedade com eficácia *erga omnes* só nasceu com o direito positivo. Já Pufendorf defendia o direito de propriedade como um direito natural convencional, categoria entre o direito natural e o direito positivo, que consistia num produto da sociedade natural fundado na vontade. "O momento da emergência da propriedade estava entre o estado natural e o estado civil: era o momento do direito convencional, nascido de acordos recíprocos".

As teorias de Hobbes e de Pufendorf não condiziam com os interesses defendidos por Locke. Na defesa da alta burguesia, Locke protegia quem já tinha

⁶³ Ibidem, p. 30.

propriedade ou meios de adquiri-la, lutando contra a espoliação arbitrária pelo soberano, a qual era justificada por Hobbes.

Pufendorf, por sua vez, ao exigir a concordância de todos os que participaram do contrato social, acaba inevitavelmente levando à existência do Estado. No estado de natureza, defendido por Locke, os "outros" são todos os homens, o que torna a concordância impossível. Se a origem e o fundamento da propriedade estão no estado de natureza, a vontade do soberano e de todos os demais tem valor meramente declaratório de um direito já constituído.

A doutrina de Locke era, também, incompatível com a doutrina da ocupação, pois enquanto esta última pressupunha uma *res nullius*, a primeira defendia que as coisas no estado de natureza eram *res communes*, ou seja, "a situação original do estado de natureza se caracterizava não mais pela ausência da propriedade, mas pela sua universalidade".⁶⁴

Para LOCKE, a aquisição da propriedade individual não se dava mediante apropriação, mas por individuação:

Deus, que deu o mundo aos homens em comum, deu-lhes também a razão, para que se servissem dele para o maior benefício de sua vida e de suas conveniências. A terra e tudo o que ela contém foi dada aos homens para o sustento e o conforto de sua existência. (...) O trabalho de removê-los daquele estado comum em que estavam fixou meu direito de propriedade sobre eles.⁶⁵

Locke também refutava a teoria da ocupação porque esta atendia a uma sociedade agrícola e estática, condizente com a aristocracia rural que tinha por base econômica a terra, em detrimento da burguesia em expansão. Mencionava o direito dos homens de ter quanto ouro e prata quisessem, nitidamente procurando beneficiar interesses burgueses.

Na filosofia política de Locke a propriedade aparece como destaque, sendo a principal razão para a instituição do governo civil, o fim principal da união

⁶⁴ BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Brasília: UnB, 1997. p. 193.

⁶⁵ Op. cit., p. 29 e 31.

dos homens em comunidades. Era tão grande a importância conferida à propriedade que chegava ao ponto de apenas considerar cidadão o proprietário.

Nem mesmo ele considerava o direito de propriedade como o único direito natural, embora seja evidente que o via em um patamar superior aos demais. Locke utiliza o termo propriedade para designar também a vida e a liberdade.

A propriedade para Locke tinha feições absolutas. Nem mesmo a taxaçoão ele admitia sem o consentimento dos contribuintes. LOCKE afirma que nenhum governo pode tirar toda ou parte da propriedade de seus súditos sem o seu consentimento.⁶⁶ Justifica dizendo:

Se alguém se arrojar o poder de lançar impostos sobre o povo, baseado na própria autoridade sem a autorização do povo, estaria violando a lei fundamental da propriedade e subverteria o objetivo do governo; porque, que direito teria o cidadão sobre aquilo que outrem puder tomar para si, quando lhe aprouver?⁶⁷

Aparentemente, Locke estabelece limites ao direito de propriedade. Um primeiro limite consiste em uma obrigação moral em relação aos demais, pela qual se deve deixar aos outros o suficiente para sobreviverem. Mas, de fato, isso não implica em limite algum, pois inúmeras vezes ele se refere às vastas extensões territoriais e alega que há terra suficiente para todos.

Outro suposto limite diz respeito a não se apropriar daquilo que não se pode gozar. Mais uma vez a advertência torna-se inócua, pois, de acordo com sua teoria, com o surgimento da moeda isso não consiste mais em problema algum, pois esta não é perecível e pode ser acumulada e guardada indefinidamente.

Uma terceira limitação se refere ao papel do trabalho na aquisição de propriedade. À primeira vista, pode parecer que a legitimidade da apreensão se adstringe àquilo que o trabalho do seu corpo pode executar.

⁶⁶ Ibidem, p. 94.

⁶⁷ Ibidem, p. 96.

Todavia, LOCKE admitia a alienação do trabalho, como ficou claro na passagem descrita a seguir:

Nos terrenos comunitários, que assim se mantêm por pacto, vemos que a tomada de qualquer parte do que é comum, alterando o estado original de natureza, que dá início à propriedade, sem o que o comum nenhuma utilidade teria. E a tomada desta ou daquela parte não depende do consentimento expresso de todos os membros da comunidade. Assim o capim que o meu cavalo pastou, a turfa que o criado cortou, o minério que extraí em qualquer lugar onde a ele tenho direito em comum com os outros, tornaram-se minha propriedade sem a adjudicação ou o consentimento de ninguém. O trabalho que era meu, retirando-os do estado comum em que se encontravam, fixou a minha propriedade sobre eles.⁶⁸

Locke conseguiu, com sua teoria, fazer do trabalho o legitimador da propriedade privada enquanto direito natural. E justifica sua análise comparando o direito de propriedade e o trabalho com passagens bíblicas: para o filósofo, Deus é um artífice, um obreiro, arquiteto e engenheiro que fez uma obra: o mundo. Este, como obra do trabalhador divino, a ele pertence. É seu domínio e sua propriedade. Deus criou o homem à sua imagem e semelhança, deu-lhe o mundo para que nele reinasse e, ao expulsá-lo do Paraíso, não lhe retirou o domínio do mundo, mas lhe disse que o teria com o suor de seu rosto. Por todos esses motivos, Deus instituiu, no momento da criação do mundo e do homem, o direito à propriedade privada como fruto legítimo do trabalho. Por isso, de origem divina, ela é um direito natural.⁶⁹

O Estado existe a partir do contrato social. Tem as funções que Hobbes lhe atribui, mas sua principal finalidade é garantir o direito natural da propriedade. Dessa maneira, a burguesia se vê inteiramente legitimada perante a realeza e a nobreza e, mais do que isso, surge como superior a elas, uma vez que o burguês acredita que é proprietário graças ao seu próprio trabalho, enquanto reis e nobres são parasitas da sociedade.

O burguês não se reconhece apenas como superior social e moralmente aos nobres, mas também como superior aos pobres. De fato, se Deus fez todos os

⁶⁸ Ibidem, p. 31.

⁶⁹ Ibidem, p. 29-32.

homens iguais, se a todos deu a missão de trabalhar e a todos concedeu o direito à propriedade privada, então, os pobres, isto é, os trabalhadores que não conseguem tornar-se proprietários privados, são culpados por sua condição inferior. São pobres, não são proprietários e são obrigados a trabalhar para outros seja porque são perdulários, gastando o salário em vez de acumulá-lo para adquirir propriedades, seja porque são preguiçosos e não trabalham o suficiente para conseguir uma propriedade.

Na teoria liberal, a função do Estado é a de garantir o direito natural de propriedade, por meio das leis e do uso legal da violência (exército e polícia), sem interferir na vida econômica, pois, não tendo instituído a propriedade, o Estado não tem poder para nela interferir. O Estado deve respeitar a liberdade econômica dos proprietários privados, deixando que façam as regras e as normas das atividades econômicas.

Havendo uma sociedade civil formada pelos proprietários privados, que são os que estabelecem as regras e as normas da vida econômica ou do mercado, o Estado tem a função de arbitrar, por meio das leis e da força, os conflitos da sociedade civil.

O Estado tem o direito de legislar, permitir e proibir tudo quanto pertença à esfera da vida pública, mas não tem o direito de intervir sobre a consciência dos governados. Ele deve garantir a liberdade de consciência, isto é, a liberdade de pensamento de todos os governados e só poderá exercer censura nos casos em que se emitam opiniões sediciosas que ponham em risco o próprio Estado.

Na Inglaterra, o liberalismo se consolida em 1688, com a chamada Revolução Gloriosa. No restante da Europa, somente se materializa após a Revolução Francesa de 1789. Nos Estados Unidos, consolida-se em 1776, com a luta pela independência.

É importante fazer alusões à teoria do Estado Liberal, e em especial sobre a propriedade em Locke, para perceber que atualmente, com a valorização da pessoa humana, já não mais assiste razão à teoria liberal. Contudo, o legado de Locke, ao recomendar que o homem deve trabalhar a terra e torná-la produtiva persiste no ordenamento jurídico de vários países, em especial na Constituição

Federal de 1988, quando prevê a função social da propriedade. E o tema toma dimensões ainda maiores quando se trata de moradia, de um mínimo necessário para a pessoa humana viver, porque, ao mesmo tempo em que o mínimo está relacionado à capacidade das pessoas, de conquistar um teto por meio do seu esforço próprio, para proteger a si e sua família, o que pressupõe a formação e a educação do cidadão, não se pode olvidar que o mínimo é um direito fundamental que de todo ser humano, independentemente de sua formação. Como compatibilizar tais fatores é um desafio que se impõe à sociedade e ao governo, pois ambos possuem suas responsabilidades dentro de sua esfera de atuação.

Uma tentativa de aperfeiçoar a teoria liberal de propriedade de Locke pode ser atribuída a DUGUIT ⁷⁰, que em sua obra procurou demonstrar que o sistema jurídico é de cunho individualista, baseado no direito adequado para regular as situações sociais de cunho coletivo ao lado de necessidades individuais. Ele modificou definitivamente o entendimento da propriedade ao considerá-la não um direito subjetivo de caráter individual, mas uma função social, elucidando definitivamente o conceito de função social que passou a ser adotado pelas Constituições que vieram em seguida.

Para o filósofo, a propriedade deixou de ser somente um direito subjetivo do indivíduo para se converter em função social, pois implica ao seu detentor a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social.

Para Duguit, a propriedade é marcada por dupla função: a primeira, de satisfazer as necessidades particulares de seu possuidor, e a segunda, de satisfazer as necessidades sociais da coletividade. Enquanto membro da sociedade, o Estado contemporâneo apresenta um paradigma mais realista, não apenas voltado para interesses individualistas, e sim para as funções que o indivíduo deve desempenhar enquanto membro da sociedade, enquanto parte de um todo.

⁷⁰ DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Del Derecho – Publico y Privado**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s/d. 268 p.

O que DUGUIT pretende não é um retorno às formas coletivistas ou a implantação de qualquer forma de socialismo, mas a conciliação da satisfação dos interesses individuais do proprietário com os interesses da coletividade, razão pela qual a condição de proprietário é caracterizada como um poder-dever, ou seja, o poder de fazer uso de seus bens e riquezas conforme seus interesses e necessidades, e o dever de adequar tal uso aos interesses e necessidades da sociedade na qual está inserido.

A propriedade não é um direito subjetivo do proprietário, mas a função social do detentor da riqueza.

É nítida a influência de Duguit no conceito de função social de propriedade, pois para ele a propriedade perde o seu caráter absoluto e intangível para tornar-se uma situação objetiva, constituída, antes de tudo, de deveres impostos aos proprietários, cuja manutenção da propriedade está condicionada à satisfação de tais deveres. O direito positivo não protege o pretendido direito subjetivo do proprietário, porém, garante a liberdade do possuidor de uma riqueza para cumprir a função social que lhe incumbe pelo fato dessa posse.

Diante disso, a tendência contemporânea do Direito é para a socialização da propriedade, entretanto, sem a supressão da propriedade individual.

No Brasil, a teoria da função social da propriedade privada idealizada por Duguit tem especial relevância, por ter sido inserida na Constituição Federal de 1988 com o *status* de princípio constitucional fundamental em seu artigo 5º, XXIII, e como princípio ordenador da economia brasileira em seu artigo 170.

O conceito de Duguit, que se veio ampliando com o tempo, é de franca limitação ao direito de propriedade: A propriedade é protegida pelo direito, mas ela não é um direito, é uma coisa. Uma realidade econômica e não uma realidade jurídica.

A função social da terra foi admiravelmente definida por Leon Duguit, ao sustentar que a propriedade não é um direito, mas uma função social. O proprietário ou possuidor da riqueza é vinculado a uma função ou dever social. Enquanto ele, detentor da propriedade, cumpre essa missão, seus atos devem ser protegidos. Não o cumprindo ou cumprindo mal ou de forma imperfeita; se não a

cultiva ou deixa que sua propriedade se arruine, torna legítima a intervenção do poder público para compeli-lo ao cumprimento de sua função social de proprietário, consiste em assegurar a utilização da riqueza conforme o seu destino.⁷¹

No ordenamento jurídico brasileiro, partindo de uma visão interdisciplinar, a propriedade, tradicionalmente vinculada a direito individual (artigo 5º., caput, CR), e por influência de DUGUIT condicionada à sua função social (artigos 5º, XXI e XXIII; artigo 170; II e III da Constituição Federal de 1988), transcende essas categorizações para ganhar contornos de função ambiental (artigos 170, V; 182, § 2º, I do Estatuto da Cidade). E como parecem estar assim dimensionadas, a propriedade e a posse vinculam-se aos direitos fundamentais, pois molduram a dignidade da pessoa humana, e passam então a integrar o avançado elenco da chamada tutela das gerações futuras.

A transição do Estado liberal para o chamado Estado social é bem explicada nas palavras de SARMENTO:

Apesar dos progressos que o advento dos direitos liberais representou para a Humanidade, a realidade mostrava a sua insuficiência para assegurar a dignidade humana; a industrialização, realizada sob o signo do *laissez faire, laissez passer*, acentua o quadro de exploração do homem pelo homem, problema que o Estado liberal absenteísta não tinha como resolver. Assim, o Poder Público distancia-se da sua posição caracterizada pelo absenteísmo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica. O Estado liberal transforma-se no Estado social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão.⁷²

A necessidade de adaptação à realidade contemporânea foi a chave para que a função social se tornasse uma premissa a ser seguida, considerando que o homem possui a sua dignidade, e ela deve nortear as imposições do Estado para impedir a exploração humana e o uso inadequado dos recursos naturais.

⁷¹ DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón**. Trad. Castelhana. Buenos Aires: Editorial Francisco Beltrán, 1992. 231 p.

⁷² SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. p. 31.

2.2. Função social da propriedade privada na perspectiva contemporânea

As construções teóricas a respeito da propriedade foram idealizadas pelos pensadores e consolidadas nos ordenamentos jurídicos das sociedades. Portanto, imprescindível remeter-se aos ensinamentos teóricos dos principais filósofos que discorreram sobre a questão da propriedade privada.

ARISTÓTELES⁷³ entendia a propriedade privada como um domínio privado, mas que deveria ser utilizado em prol do bem comum. As terras devem pertencer aos cidadãos, na sua noção de justiça, o justo é o meio-termo entre o individual e o coletivo, entre o público e o privado.

Segundo ROUSSEAU:

O primeiro que, cercando um terreno, se lembrou de dizer “*Isto é meu*” e encontrou pessoas bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinatos, misérias e horrores não teriam sido poupados ao gênero humano se aquele que, arrancando as estacas ou tapando o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: “Não escutem esse impostor! Vocês estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e que a terra não é de ninguém!”⁷⁴

O referido filósofo salienta que a propriedade privada se originou de grupos que se uniram próximos aos bosques e formaram em cada região uma nação particular, unida pelo mesmo gênero de vida, alimentos e especialmente pelo clima, não por leis e sim pelos costumes e caracteres. Da cultura de terras, seguiu-se sua partilha e, da propriedade, as primeiras regras de justiça, porque para dar a cada um o que é seu é preciso que cada um possa ter alguma coisa. Possuindo bens a perder, os homens passaram a olhar para o futuro, receando a represália dos males que pudessem causar a outrem.

⁷³ Op. cit., p. 85.

⁷⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Escala, s/d. p. 57.

E remete o autor à Grécia Antiga quando explica a origem do direito de propriedade:

Quando os antigos, diz Grotius, deram a Ceres o epíteto de legisladora e a uma festa celebrada em sua honra o nome de Tesmofórias, deram a entender com isso que a partilha das terras produziu uma nova espécie de direito, isto é, o direito de propriedade, diferente daquele que resulta da lei natural.⁷⁵

E ROUSSEAU⁷⁶ prossegue conjecturando que os talentos não eram os mesmos entre os homens, pois o mais forte, o mais engenhoso e o mais destro trabalhavam mais ou encontravam formas de desenvolver seu trabalho de modo mais ágil. Portanto, pessoas nessas categorias produziam mais, surgindo então a desigualdade que cada vez mais influenciou a sorte dos particulares.

Já HOBBS⁷⁷ preleciona que tanto os direitos como a propriedade surgem como consequência do Estado, pois, para ele, sem leis e sem governo os homens vivem em completa liberdade, numa constante luta de todos contra todos e, ao se organizar em sociedade civil, num pacto pelo qual os homens abrem mão de sua liberdade absoluta, visando à extinção de conflitos, surge o direito de propriedade, assim como Rousseau, quando explica o surgimento da propriedade privada a partir da união dos indivíduos em grupos.

Para LOCKE⁷⁸, estes direitos são inerentes ao homem no estado de natureza, e o Estado civil apenas é instituído com a intenção de protegê-los.

Mas foi DUGUIT⁷⁹ quem influenciou, definitivamente, a formação da concepção contemporânea de propriedade, sugerindo que a propriedade não é

⁷⁵ ROUSSEAU, op. cit., p. 66.

⁷⁶ Idem, p. 66.

⁷⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Ed. Abril Cultura, 1979. p. 419 (Coleção Os Pensadores).

⁷⁸ Op. cit., p. 30.

um direito subjetivo, mas uma função social; o proprietário não tem um direito, mas um poder-dever, um poder soberano no interesse do Estado. A noção de proprietário, por ele apontada, busca conciliar os interesses da coletividade com os interesses privados, satisfazendo as necessidades individuais e as necessidades da sociedade.

A constatação de que as necessidades humanas de propriedade são as mesmas, e que ao mesmo tempo em que é permitido ao homem trabalhar para adquirir sua propriedade, de igual maneira não deve fazê-lo em detrimento de outro que possua menores condições de adquiri-la, seja por fatores intrínsecos a ele, como uma falta natural de habilidade, seja por fatores extrínsecos, como o clima da região em que vive, o que lhe dificultaria desde o nascimento o acesso a uma alimentação adequada, tornando-o mais fraco.

Também as dificuldades de produzir em determinadas regiões, onde o clima é desfavorável, fizeram com que a partilha da propriedade fosse tanto a causa de guerras e conflitos, como a de regulamentação por leis pacíficas, numa tentativa de que a dignidade humana fosse alcançada em seus aspectos mais primários, tais quais possuir uma terra para produzir e alimentar sua família.

Conforme demonstrado acima, a discussão sobre a função social do direito de propriedade iniciou-se pelas questões agrárias. Não se estendia às relações entre proprietários e trabalhadores, nem aos recursos naturais, nem à propriedade urbana. Vale salientar que nos dias atuais, a necessidade de preservação ambiental, primando por um desenvolvimento sustentável, fez com que as limitações recaíssem sobre o meio ambiente, num nítido processo de evolução do conceito de função social, não mais se referindo exclusivamente ao direito de propriedade.⁸⁰

⁷⁹ DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones del Derecho – Público y Privado**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s/d.

⁸⁰ Art. 1228 do Código Civil: *“O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*
§ 1º 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”.

Pelo princípio da função social da propriedade, retira-se que somente será legítima a propriedade que atender aos fins coletivos. A propriedade individual voltada exclusivamente para os interesses individuais e egoísticos do proprietário não é mais concebida na ordem jurídica vigente.

As restrições impostas pelo Poder Público à propriedade privada têm a finalidade de melhor aproveitamento do objeto, para que toda a coletividade tire proveito dele. Tome-se como exemplo a desapropriação para fins de reforma agrária, na qual se tem uma necessidade de melhor distribuição de riqueza, a finalidade de se alcançar a justiça social, estimulando-se o cultivo e a produção, havendo o desenvolvimento agrário que refletirá na economia do país, ou seja, da coletividade.

CARLOS ALBERTO BITTAR e CARLOS ALBERTO BITTAR FILHO explicam a importância das limitações ao direito de propriedade, de modo que a função social de uma propriedade atinja o fim máximo do Direito, que é a justiça social:

As limitações surgem, então, como balizas institucionais ao exercício do direito em concreto, e não como negativas ao direito, por questão até de coerência lógica.

(...) Ao prever-se, por exemplo, a desapropriação para fins sociais ou em razão de interesses públicos, procura-se retirar o bem do acervo patrimonial privado para imprimir-lhe destinação que aproveite à coletividade. A tônica é o sacrifício do interesse particular ao geral.⁸¹

As limitações servem para permitir o aproveitamento do respectivo objeto pela coletividade, o direito deve ser conciliado aos interesses maiores da coletividade para que seja alcançada a justiça social.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal de 1988 trata da propriedade em duas acepções: como direito fundamental e como elemento da ordem econômica. No artigo 5º, que traz o rol dos direitos fundamentais do cidadão e da coletividade, a Constituição ao mesmo tempo em que garante o direito de propriedade, atribui a este uma função social.

⁸¹ Op. cit., p. 155.

A Constituição Federal de 1988 trata da função social da propriedade como garantia fundamental (art. 5º, XXIII); como princípio de ordem econômica (art. 170, III) e como política de desenvolvimento urbano (art. 182, § 2º)⁸², seguindo, essa última, a tendência de norma constitucional programática, conforme já explicado no capítulo 1, pois a política urbana se submete aos planos diretores das Municipalidades; há uma delimitação do âmbito desse conceito.

Para regulamentar essa norma, foi aprovada a Lei 10.257/2001, denominada “Estatuto da Cidade”, que serviu de instrumento de regulamentação dos artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988. A lei representa uma tentativa de redistribuir as propriedades urbanas imóveis, combatendo a especulação imobiliária e, principalmente, exigindo o cumprimento da função social da propriedade urbana, conforme disposição constitucional.

Merece proteção constitucional apenas a propriedade que efetivamente cumprir sua função social. Esta, portanto, constitui elemento integrante do conteúdo do direito de propriedade. Desta forma, o exercício de tal direito deve ser direcionado a fim de compatibilizá-lo com a utilidade social, buscando-se conciliar interesse individual e social, garantindo, ao mesmo tempo, a propriedade privada e a obtenção de vantagens para o proprietário, com o fito de promover o bem comum.

⁸² *Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;(...)

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

III - função social da propriedade.

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...)

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

CAPÍTULO III

EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

3. MORADIA AO ALCANCE DE TODOS

Pesquisadores do ramo da Arquitetura⁸³ tentaram idealizar um projeto de habitação social ideal, tomando como ponto de partida a análise de que, no Brasil, o problema da habitação se tornou motivo de preocupação a partir do século XIX, com o êxodo rural, já que as cidades não possuíam estrutura para acomodar tantas pessoas vindas do campo. Tais deficiências estruturais levaram os indivíduos a se aglomerar em cortiços, nos quais eram submetidas a condições precárias de higiene e de moral, ante a falta de cômodos adequados, o que resultava em aglomeração de pessoas, onde todos os membros de uma mesma família, e até mesmo de outras, repartiam os mesmos cômodos, expondo-se a doenças, a promiscuidade e causando sérios problemas sanitários.

ROMANELLI⁸⁴ segue o raciocínio acima ao narrar que depois da segunda metade do século XIX, com a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão após a Revolução Francesa, é que o direito à moradia passa a ser preocupação do Estado brasileiro. Antes disso, ele se preocupava com a sua economia baseada na agricultura e na utilização da mão-de-obra escrava. Os escravos utilizavam habitações coletivas, de modo que o problema da moradia restringia-se à esfera privada, sendo que referido problema também era visto como de saúde pública, objetivando diminuir as más condições de higiene.

Os cortiços acima descritos eram chamados de “habitações proletárias”, porque tinham em comum a ocupação de seus residentes: operários das fábricas que saíram do campo para tentar uma vida melhor nas cidades, levando consigo

⁸³PALERMO, Carolina; MORAIS, Gabriela; COSTA, Marianne e FELIPE, Carolina. “Habitação social: uma visão projetual”. **IV Colóquio de Pesquisas em Habitação “Coordenação Modular e Mutabilidade”** 14 e 15 de agosto de 2007, Escola de Arquitetura da UFMG.

⁸⁴ ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. 2. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2007. p. 27.

seus familiares. Eles surgiram em torno das grandes indústrias, que tinham interesse que seus operários morassem próximo às suas sedes, o que ocasionou o aparecimento das vilas, inicialmente nas grandes cidades brasileiras como Rio de Janeiro e São Paulo. Importante mencionar que as indústrias mais organizadas fundaram vilas especiais para seus empregados, lhes dando condições adequadas de habitação, à exceção da maioria das indústrias que, nestes casos, contribuíram para o agravamento do problema habitacional o qual persiste até os dias de hoje.

Os profissionais de arquitetura, anteriormente descritos, chegaram à conclusão que as estratégias para a habitação social ideal são: a revisão e atualização do conceito de casa mínima; o projeto evolutivo; a multifuncionalidade e o rigor dimensional⁸⁵.

É verdade que ao adaptar um conceito mínimo de moradia para grande parcela da população que possui baixa renda, deve ser levado em conta o fato de que aquelas pessoas não terão condições de suportar custos com a manutenção de sua moradia, de modo que o conceito de mínimo deve também ser associado ao conceito de durabilidade e de sustentabilidade, jamais olvidando do aspecto ambiental, que deve acompanhar todo e qualquer projeto dos dias atuais. Obras malfeitas podem causar sérios impactos ambientais, a exemplo das construções feitas nos morros que desabam com o excesso de chuvas; outro exemplo são as reformas, as quais poderiam ser evitadas se a obra inicial fosse bem acabada.

Aspectos como a sociabilidade também não podem ser esquecidos, haja vista que a moradia ideal engloba critérios sociais, pois o homem se relaciona com os demais, se comunica por meio da fala, e necessita tanto de momentos privativos como de momentos de reunião, não podendo a sua moradia permanecer no plano da proteção contra o mau tempo, apenas. A busca pela qualidade de vida é intensa e por meio dela é que o ser humano terá garantida a sua dignidade. Há um constante conflito entre homem e espaço, mas com os

⁸⁵ PALERMO; MORAIS; COSTA E FELIPE, op. cit., p. 01.

devidos ajustes e adaptações, aquele deve ser minimizado, o que demanda esforços tanto do poder público quanto da sociedade.

ROMANELLI explica que o melhor exemplo da interação entre homem e sociedade se deu na Grécia Antiga, pois para ele, o conceito de habitação atual corrompeu a essência do morar, do construir, e tornou o homem objeto, sem essência, sem dignidade, com um caráter comercial e desvinculado da noção de cuidar:

É na polis grega que a dimensão política do urbano foi melhor desenvolvida. Aqui o conceito de urbano não se refere apenas a uma localização geográfica e a peculiaridades arquitetônicas, mas também a uma prática política exercida em conjunto por seus cidadãos, por aqueles que participam da gestão da vida pública.⁸⁶

O tamanho de uma casa não é fator indispensável a garantir uma excelente qualidade de vida, nem é ele o fato preponderante a efetivar uma vida digna, principalmente ao se considerar a distribuição de espaços nas cidades. Por isso se indicou a multifuncionalidade e o rigor dimensional, que significa uma moradia que atenda aos anseios do indivíduo dentro dos padrões coerentes da sociedade contemporânea.

Urbanistas⁸⁷ apontam a extinção do BNH (Banco Nacional de Habitação), na década de 80, como uma perda considerável, pois ele era o órgão responsável pela política habitacional do país.

Lamentavelmente, com a concentração de pessoas nas cidades, o problema se agravou, e o Ministério das Cidades levou quase 20 anos para ser criado, até se que adotassem políticas habitacionais novamente. Portanto, houve um período longo de estagnação em relação à habitação no Brasil.

⁸⁶ Op. cit., p. 27.

⁸⁷ HARDT, Carlos, coordenador do curso de Arquitetura da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), e PINHO, Raul, diretor executivo da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip) Trata Brasil, citados por Paola Carriel, In: **Jornal Gazeta do Povo**. "País tem um terço de moradias inadequadas", Curitiba, 22.1.2008, p. 11.

Cabe destacar ainda que as maiores cidades do Brasil convivem com a intolerância em relação às pessoas desabrigadas, e tal problema social reflete negativamente no cotidiano da população, que, acostumada com o cenário, passa a não perceber a barbárie que se passa diante de seus olhos. O maior exemplo está na cidade de São Paulo, na qual SAKAMOTO denuncia o descaso com a população sem-teto, a tentativa do Poder Público em simplesmente aboli-los do cenário urbano:

São Paulo está se aprimorando na arquitetura da exclusão. O tema não é exatamente novo e ocupou espaço na mídia quando o então prefeito José Serra resolveu implantar no complexo viário da avenida Paulista, a mais conhecida e importante da cidade, as chamadas rampas antimendigo - grandes blocos de concreto que impedem o povo de rua de montar sua casinha imaginária para se proteger do tempo e do mundo. E proteger, dessa forma, a “gente de bem” que estaria sendo assaltada durante as longas pausas dos congestionamentos. Há muitos anos, o vão formado pela rua Teodoro Sampaio sobre a rua Mateus Grou, no bairro de Pinheiros, era residência de sem-teto. A associação de amigos da rua construiu rampas para enxotá-los de lá. Tempos atrás, vi que o mesmo aconteceu na rua João Moura, no trecho sob a avenida Paulo VI/Sumaré. Implantaram canteiros de flores para mandar as pessoas para longe de lá. Se as flores plantadas lá soubessem o que custou sua chegada murchariam de vergonha. O interessante é que alguém, que provavelmente morava ali ou se indignou com isso, pixou o muro em frente com um lembrete incômodo: “Aqui morava gente”. Reformas já foram feitas no Centro de São Paulo para tirar ou vazar a marquise de prédios. Ganha um doce se alguém adivinhar para quê...⁸⁸

O que o autor acima denomina de “arquitetura da exclusão” passa a ser vista de modo tão pacífico pela sociedade em geral que, acostumada com a falta de solução dos problemas, aceita que eles sejam encobertos. O autor referido indica como uma das soluções uma reforma urbana que viesse a aproveitar imóveis desocupados para destinar a quem não possui um teto, bem como, a adoção de políticas públicas para o tratamento de dependentes químicos, porque

⁸⁸ SAKAMOTO, Leonardo. “Como expulsar drogados, mendigos e outros estorvos”. **Blog do Sakamoto**. Disponível em: <http://colunistas.ig.com.br/sakamoto/2009/06/>. 24.06.2009. Acesso em 10.07.09.

para esses, muitos ainda não perceberam que, mais do que um problema da sociedade, se trata de um problema de saúde pública, normalmente tratado de forma repressiva e não preventiva pelo Poder Público.

A falta de planejamento para os problemas que assolam a sociedade no que diz respeito à moradia faz com que Poder Público e população se acomodem diante dos fatos e forma um cenário favorável à proliferação da criminalidade, violência e exclusão. O acesso de todos à educação incentivaria o cidadão a discutir soluções reais para garantir o acesso de todos à cidadania, para que todos possam viver pacificamente no espaço urbano, que é de todos.

3.1. Análise do artigo 6º. da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 visa promulgar e criar uma legislação que beneficie, proteja e facilite o direito à moradia, e isso está previsto em seu artigo 6º.⁸⁹.

O dispositivo apontado inclui o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais. Contudo, merece atenção (no que tange à decretação de inconstitucionalidade de leis contraditórias ao direito fundamental à moradia), para leis que sejam contrárias ao já conquistado direito, como por exemplo, aquelas que tratem de financiamentos ou locação, e que, eventualmente, tornem tais contratos muito onerosos para uma das partes contratantes. As leis devem guardar lógica com o sistema todo, numa interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, o que deve ser levado em conta é que neste caso, da moradia, o sistema jurídico gira em torno do interesse coletivo.

⁸⁹ Art. 6º 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.

Refuta-se toda e qualquer legislação editada com a finalidade de embaraçar o direito à moradia, ou que dificulte o exercício deste direito, nas suas mais variadas formas, bem como que venha a retroceder nas conquistas em relação a tal direito, porque ao Estado se impõe um dever de garantir e efetivar este direito.

Do exposto acima, se discute a possibilidade de responsabilizar o Estado por omissão, quando ele não age de acordo com o sistema anteriormente descrito, diante da dificuldade de se aferir quem é o verdadeiro culpado, ou se houve desvio do mandamento constitucional no momento da edição da lei, ou ilegalidade no momento do cumprimento da obrigação por parte do agente público, pois a omissão no dever funcional pode ser legislativa, administrativa ou mesmo judiciária⁹⁰.

A ideia de responsabilização do Estado surge devido ao fato de que conquistas já alcançadas pela legislação brasileira, no tocante à moradia, não podem jamais ser embaraçadas por legislação posterior. Somente serão admissíveis normas que dêem continuidade à proteção e facilitação da moradia, que incentivem o exercício de tal direito por todos os cidadãos. A norma em desacordo com o sistema deve ser refutada conforme o que analisa MARIA HELENA DINIZ⁹¹, que o sistema normativo apresentará incoerência lógica se houver divórcio entre suas normas no que atina ao processo de sua elaboração ou ao seu conteúdo empírico. Assim, o processo hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*) deverá determinar sua inconstitucionalidade, pois só será válida a norma inferior se estiver em harmonia com a do escalão superior. O sistema apresentará unidade se as várias normas forem conformes à norma-origem, ou seja, se estiverem de acordo com a Constituição Federal.

O ensinamento da jurista citada é claro no sentido de se fazer a interpretação sistemática e preservando direitos já conquistados, numa nítida

⁹⁰ SOUZA, op. cit., p. 255.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. p. 133.

demonstração de reconhecimento de um direito fundamental social, que é o direito do ser humano a um teto, a um lar onde possa proteger a si e a sua família.

O caminho processual a ser buscado, no caso de o Estado se omitir na preservação desse direito, conforme descrito acima, é por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, desde que comprovado o comportamento omissivo constitucional, nos moldes já explicados, inclusive se resolvendo, para a parte lesada, em perdas e danos.

O direito à moradia deve estar em conformidade com o preceito constitucional e demanda mobilização do Poder Público para ações de planejamento urbano e de moradia e, para isso, faz-se necessário adotar ações que incentivem a geração de trabalho e de renda. Também é preciso que o governo tenha acesso a informações que o auxiliem na tomada de decisão, com relação a investimentos públicos de cunho social, os quais devem ser feitos de acordo com a realidade local, ressaltando que o Direito deve ser aplicado dentro de uma visão sistemática por estar a questão social carente de investimentos e de aplicação correta dos recursos financeiros.

Outro aspecto do direito fundamental à moradia se apresenta no plano defensivo, no direito negativo apontado por ALEXY⁹², que divide o direito à moradia em duas condições simultâneas: negativa (defensiva) e positiva (prestacional), sendo que o primeiro se refere a um comportamento em geral omissivo do Estado, pelo fato de não interferir na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental e ainda, lembrar que se tratam de normas de aplicabilidade imediata e plena eficácia, pois independem de concretização legislativa. O direito fundamental social à moradia, no seu aspecto defensivo ou negativo, depende apenas da abstenção do poder estatal de nele intervir, pois possui plena eficácia, não precisando de concretização legislativa. Ele está diretamente associado aos termos “respeitar” e “proteger”, como por exemplo, proteger a propriedade da invasão de terceiros, e é o Estado que tem o

⁹² *Apud* SARLET, op. cit., p. 10.

dever jurídico de não permitir prejuízo à moradia das pessoas, impedindo toda e qualquer violação a esse direito.

Já o aspecto positivo ou prestacional do direito à moradia traduz-se como o direito a prestações por parte do Estado, quando este deverá viabilizar o acesso a tal direito, incluindo tanto prestações de cunho normativo, como a elaboração de leis que venham consolidar o direito em questão, como na forma de prestações materiais, sendo que ambas as formas vinculam o Poder Público e, conforme se verificará a seguir, tornam o Estado responsável por efetivar o direito à moradia.

Este posicionamento é o de INGO SARLET⁹³, que defende que o direito à moradia possui os dois aspectos, e que ambos possuem a finalidade de implementar a igualdade e a liberdade material que irão garantir a dignidade humana. O direito à moradia terá, então, a condição de direito de defesa quando for negativo, e de direito prestacional quando for positivo.

O referido autor prossegue seu posicionamento argumentando que os direitos fundamentais positivos prestacionais assumem habitualmente a feição de normas carentes de concretização legislativa, não obstante o previsto no artigo 5º., § 1º. da Constituição Federal de 1988⁹⁴, pois dependem de atividades materiais, assim, se permanecerem no plano normativo não serão efetivados. Ressalte-se que a aplicação imediata, a que se refere o dispositivo acima citado está prevista para todos os direitos fundamentais, contudo, é absolutamente pertinente o posicionamento do doutrinador acima referido, porque o direito à moradia depende de atos concretos do Poder Público, e o alcance das normas constitucionais dependerá do exame do caso concreto e da norma em exame. E sendo assim, tais direitos são passíveis de exigibilidade integral em juízo, de modo que os juízes devem estar preparados para aplicar os preceitos constitucionais para fins de concretizarem os direitos prestacionais por via interpretativa.

⁹³ Op. cit., p. 10.

⁹⁴ § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Em se tratando de direitos de defesa, conforme o artigo 5º. § 1º. da Constituição Federal, não se aplicam a eles os argumentos normalmente utilizados contra a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações, como por exemplo a carência de recursos ou a ausência de legitimação dos tribunais para definir seu conteúdo ou alcance da prestação, o que torna mais fácil para os Juízes a aferição da sua eficácia. Por outro lado, em se tratando dos direitos prestacionais, já existe a necessidade de o operador do direito estar preparado para determinar a prestação do direito, o cumprimento da lei conforme as peculiaridades do caso concreto.

Tanto no aspecto de direito negativo quanto de direito positivo, o direito fundamental social à moradia tem por finalidade a dignidade da pessoa humana, portanto, há uma difícil tarefa de se compatibilizar ambos os aspectos, analisando a viabilidade de uma ou de outra restrição que, em qualquer caso, deverá observar necessariamente a interpretação tópico-sistemática e os critérios do princípio da proporcionalidade para verificar a ponderação dos bens ou interesses, mas sempre tendo em vista a preservação da dignidade da pessoa humana como fator primeiro a balizar a aplicação da norma ao caso concreto.

3.2. Dos programas habitacionais do governo brasileiro ao Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/01) - a distribuição equitativa das moradias no espaço urbano contemporâneo

Diante das deficiências estruturais das cidades e da necessidade de distribuição da população no território nacional, no Brasil se adotaram políticas e programas governamentais para tentar amenizar o problema. Na República Velha (1910-1914 – Presidente Rodrigues Alves), políticas governamentais voltadas ao saneamento foram instituídas.

Por virtude do Governo Vargas que se implantou política habitacional significativa, face ao aumento da industrialização e o deslocamento do centro dinâmico da economia para a área urbana, o que provocou aumento da demanda

por moradia nas cidades. Por tal razão, o Estado criou, por meio do Decreto-lei nº. 4508, de 23.07.1942, os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs) dentro do sistema de Previdência Social daquele período, o que mais tarde influenciou um sistema previdenciário mais ativo no âmbito habitacional.

Em meados de 1946 (ainda no Governo Vargas), cria-se por meio do Decreto-lei 9077, de 06.09.1946, 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. Para ROMANELLI⁹⁵, como o Estado era de “bem-estar social”, muitos afirmaram que a FCP fora uma medida político-eleitoreira e meio de contrapor-se à penetração popular do Partido Comunista, sendo que as condições para obter financiamento eram obstáculos para grande parte da população de baixa renda.

PALERMO, MORAIS, COSTA e FELIPE⁹⁶ ensinam que o Brasil demorou para reconhecer direitos dos trabalhadores no tocante à moradia, pois foi somente no governo de Getúlio Vargas que se apresentaram programas de habitação com incentivos, e primando pelo aspecto social e moral da moradia:

Foi somente a partir da Era Vargas (Dec. 30) que o Estado reconhece que a produção de moradias para os trabalhadores, tinha características especiais, que a diferenciavam de outros bens de consumo, requerendo a intervenção governamental. O Estado então começa a incentivar a promoção de habitações individuais, com a recriação dos valores burgueses de valorização da família nuclear como unidade moral e a aquisição da casa própria como símbolo de progresso material. A habitação passa a não ser mais controlada pelo industrial, com o objetivo de fixar o operário, mas passa a ser objetivo do Estado, buscando promover um ambiente de convívio salubre, com a eliminação da habitação coletiva e a busca pelo barateamento da habitação para viabilização da casa própria, via propostas de dimensões mínimas, redução de adornos e introdução de novos materiais.

⁹⁵ Op. cit., p. 39.

⁹⁶ Op. cit., p. 04.

As autoras acima mencionadas ainda alertam para o surgimento das vilas nas cidades que, como já foi mencionado anteriormente, surgiram ao redor das indústrias para facilitar o deslocamento dos operários para o local de trabalho, e exerceram importante função no progresso das cidades brasileiras.

Com a Lei 1300, de 28.12.1950, que alterou a Lei do Inquilinato e vigorou até 31.12.1950, verificou-se um declínio dos programas habitacionais, sendo que em 1961 surgiu o Plano de Assistência Habitacional, cuja inovação principal foi a instituição da proporção entre a prestação do financiamento e o salário mínimo.

Para a seleção dos requerentes de moradia, exigia-se a estabilidade no emprego e o tempo de residência na localidade, o que, mais uma vez, excluiu grande parte da população de baixa renda.

Em 21.09.1964, por meio da Lei nº. 4380, foi criado o Banco Nacional de Habitação (BNH), o qual tinha como função realizar operações de crédito e gerir o 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 de água e esgoto. A lei também criou o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), que junto com o BNH buscava incentivar a indústria de construção civil, procurando influir positivamente nos demais setores da economia que estavam bastante estagnados.

ARAGÃO, citado por ROMANELLI, analisa o BNH como marco significativo na política pública habitacional brasileira:

O Banco Nacional de Habitação (BNH), criado em 1964 e extinto em 1986, e os sistemas por ele geridos – o Sistema Financeiro da Habitação, pela amplitude de competências, volume de recursos financeiros manipulados, número de localidades e quantidade de famílias alcançadas por sua atuação, a mais importante experiência de intervenção governamental, nos campos da habitação e obras urbanas complementares, em todos os países em desenvolvimento capitalista. Não é de se estranhar, pois, que a criação e evolução do BNH tenham sido, sempre, objeto de muita controvérsia, no *novel (sic)* de trabalhos acadêmicos e de artigos publicados em revistas de direitos sociais.⁹⁷

⁹⁷ ARAGÃO, José Maria. **Sistema Financeiro de Habitação**: uma análise sociojurídica da gênese, desenvolvimento e crise do sistema. 3. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2006. p. 39. Citado por ROMANELLI, p. 42.

O BNH pôde ser visto como um anteparo à luta de classes, pois se vivia o auge da Guerra Fria, com o conflito ideológico entre a direita e a esquerda, tentando-se incluir a operariado como classe proprietária.

Após o BNH, criou-se o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo para aumentar a captação de recursos originários da poupança privada, buscando-se proporcionar atendimento prioritário à população de baixa renda, financiando habitações e implantando infra-estrutura urbana.

E em 1988, a Constituição Federal incluiu capítulo específico (artigos 182 e 183) para a política urbana com previsão de uma série de instrumentos para a garantia, em cada município, da defesa da função social da propriedade e da democratização da gestão urbana.

A lei mais recente, que trata da política habitacional é o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, e surgiu com a proposta de conciliar a preocupação ambiental com a lotação das cidades, em especial as cidades grandes que sofrem com a falta de espaço, principalmente em seus grandes centros. Referida lei representa mais uma tentativa de alcançar os objetivos fundamentais da política urbana estabelecidos pelo artigo 182 da Constituição Federal de 1988, os quais se referem a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos seus habitantes, objetivos esses que estão diretamente condicionados à gestão municipal democrática.

Gestão democrática significa a implementação de metas para atingir os objetivos traçados no plano constitucional por meio dos planos diretores municipais, visando o bem-estar dos cidadãos, bem como promover cidades sem exclusões.

A participação dos cidadãos é uma constante no Estatuto da Cidade, haja vista que é na cidade que está a maior possibilidade de participação política dos indivíduos, pois historicamente, foi na *polis* grega que houve a maior valorização da participação popular e, hodiernamente, a dificuldade reside na concentração do poder nas mãos de pequenos grupos de cidadãos que se auto-denominam “elite”, excluindo a maior parte da população que se vê obrigada a suportar medidas de interesses que sequer são os seus.

Por isso a importância do Estatuto da Cidade, por se tratar de uma lei que mais do que permitir, incentiva que o cidadão discuta e participe da realidade local.

O artigo 3º. da referida lei determina a obrigação da União em implementar políticas adequadas para garantir direitos fundamentais sociais, em especial no inciso III, que trata de melhorias na moradia dos cidadãos, ressaltando novamente o dever estatal de garantir a moradia, reforçando mais uma vez o direito já reconhecido constitucionalmente, mas agora com diretrizes que convocam a entidade estatal, em todos os seus âmbitos, a promover tal direito, a saber:

Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

- I - legislar sobre normas gerais de direito urbanístico;
- II - legislar sobre normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em relação à política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional;
- III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
- IV - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;
- V - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

Também o Estatuto da Cidade disciplina os chamados *instrumentos de política urbana*, trazendo regramentos relacionados à gestão democrática: a *gestão orçamentária participativa* (artigo 4º., II, "f", esmiuçada no artigo 44); o plebiscito e o referendo (artigo 4º., II, "s") e os *estudos prévios de impacto de vizinhança (EIV)* e *de impacto ambiental (EIA)* (artigo 4º., VI), todos visando melhorias para a cidade, inclusive o parágrafo 3º. do artigo 4º. estabelece o chamado *controle social do dispêndio de recursos*, exigindo a participação da comunidade no controle da utilização dos instrumentos de política urbana que demandem o dispêndio de recursos públicos. A lei prevê também realização de audiências e debates na elaboração do plano diretor das cidades, ou seja, um

planejamento que siga o princípio democrático, no qual o poder pertence ao povo, com previsão de órgãos colegiados de política urbana, que podem ser formados por membros da sociedade civil, unicamente, ou mesclados com representantes do Poder Público.

O Estatuto da Cidade merece atenção na presente pesquisa para que seja compreendido como um dos caminhos para a efetivação do direito à moradia. Já foi visto que ele convoca as pessoas jurídicas de direito público a elaborar políticas públicas de melhorias para a habitação dos indivíduos; também foi visto que conta com a participação popular para uma cidade organizada e democrática.

Outra lei que merece atenção sobre o tema é o Estatuto do Idoso, Lei nº. 10.741/03. Ela prevê nos seus artigos 37 e 38 direitos de habitação específicos aos idosos, adequando a realidade à condição especial do idoso:

Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

§ 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

(...)

§ 3º As instituições que abrigarem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei.

Art. 38. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

I - reserva de 3% (três por cento) das unidades residenciais para atendimento aos idosos;

II - implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso;

III - eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade ao idoso;

IV - critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão.

Extraí-se de tudo isso que o indivíduo conta com um significativo instrumento de efetivação de um de seus direitos fundamentais, portanto, deve usufruir dos benefícios que a lei lhe fornece. Embora a desinformação e a falta de

conhecimento muitas vezes seja óbice para que o cidadão alcance a oportunidade que lhe é oferecida por meio de certas leis, não se pode deixar de ressaltar os méritos da legislação que é editada olhando para o futuro, que foi elaborada pensando nas futuras gerações e no bem-estar de todos os seres que habitam o planeta.

Conforme SOUZA⁹⁸, o dever obrigacional do Estado não significa que ele deva doar uma casa a cada indivíduo. São vários os aspectos que envolvem o direito à moradia quanto às normas legislativas, já que elas devem permitir o exercício do direito à moradia, bem como há a questão da intervenção estatal obrigatória para regulamentar as atividades também do setor privado que se refiram à política habitacional, como a regulamentação de uso e acesso à propriedade imobiliária prevista recentemente no Estatuto da Cidade.

Ainda, segundo o citado autor, há fatores que entravam o acesso do cidadão ao direito à moradia, tais como políticas governamentais e leis que se iniciam com uma promessa de atender aos anseios da população, mas, em seguida, se tornam angustiantes para seus destinatários. Aponta, como exemplo, a lei que criou o SFH – Sistema Financeiro de Habitação (Lei nº. 4380/64), que inicialmente visava possibilitar às classes menos favorecidas da sociedade brasileira o acesso à casa própria, com reajustes individuais de acordo com os índices que regeriam a categoria profissional de cada mutuário, prevendo que em nenhuma hipótese a prestação seria superior à equivalência salarial da categoria profissional do mutuário.

Com o passar do tempo, muitas entidades financeiras não deram integral cumprimento à norma estabelecida, alegando ser inexecutável o mandamento legal, o que ocasionou inúmeras demandas judiciais e gerou uma crise no sistema financeiro nacional. A culpa pode ter sido da legislação principal e das posteriores, que diante da padronização contratual imposta aos mutuários pelos agentes financeiros, entraram em contradição com o dirigismo estatal que regulava critérios de reajuste de prestações, inadimplemento, forma de execução do devedor, dentre outras, que colaboraram para o fracasso do sistema habitacional,

⁹⁸ Op. cit., p. 260-261.

numa clara demonstração do insucesso de certas leis e imposições estatais, que se tornaram um problema e não a solução para o problema social da moradia. Com base neste exemplo, o Estado deve ser cauteloso com relação ao referido problema, encontrando um meio-termo entre o assistencialismo e o intervencionismo.

3.3. Lei nº. 8.009/90 de Impenhorabilidade do Bem de Família

Diante da complexidade do tema “moradia”, e por se tratar de questão social que persiste ao longo do tempo, cumpre ressaltar que tal tema pode aparecer com novas matizes, a exemplo da impenhorabilidade do bem de família, reconhecida na Lei nº. 8.009/90⁹⁹.

A finalidade desta lei foi preservar o direito à moradia, reconhecido constitucionalmente, sendo mais um instrumento legal para assegurar a dignidade da pessoa humana.

A lei traz também inovação ao conceituar “bem de família”, estendendo a interpretação de “família” para toda entidade que se forme por meio de parentesco, documentado ou não, conforme evolução da sociedade, pois no mundo contemporâneo já não é regra a família nuclear constituída por pai, mãe e filho (s), havendo inúmeros relatos de família formada por mãe e filho (s); avó e neto(s); tio e sobrinho(s); pessoa solteira solitária que mora sozinha, e tantas outras combinações. Todas elas merecem o amparo da lei, de modo que mais que proteger o imóvel da penhora, a Lei nº. 8.009/90 inovou ao adaptar a realidade dos fatos à legislação, trazendo à tona a necessidade de preparação dos operadores

⁹⁹ Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

do Direito para decidir sobre o assunto, adaptando o seu conhecimento para atingir o fim da norma, que é a proteção da dignidade humana.

Não se deve afastar a repersonalização do Direito Civil que ensejou a edição da referida lei, pois uma nova visão do Direito Civil Constitucional se fez presente e a lei em questão é uma prova de que a dignidade da pessoa humana está acima do seu patrimônio, numa sociedade que necessita respeitar os valores de seus cidadãos, primando também pela solidariedade social e pelo princípio da isonomia.

FACHIN expõe sobre a dignidade da pessoa humana:

A dignidade da pessoa é princípio fundamental da República Federativa do Brasil. É o que chama de princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional. Tal princípio ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista no Direito. Aplica-se como leme a todo o ordenamento jurídico nacional compondo-lhe o sentido e fulminando de inconstitucionalidade todo preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.¹⁰⁰

A proteção do bem de família constante na lei nada mais é que a proteção do direito à moradia, seguindo a tendência de valorização da pessoa, bem como a solidariedade estampada no art. 3º, I, da Constituição Federal¹⁰¹.

A importância de se analisar o caso concreto toma corpo aqui, quando se considera a necessidade da proteção da moradia em face de outros interesses. O mais simples exemplo é o da impossibilidade de penhorar o imóvel que serve de moradia para o fiador e sua família, ainda que a penhora, nessas circunstâncias, tenha sido viabilizada pelo legislador ordinário¹⁰². Se existirem outros meios para

¹⁰⁰ Op. cit., p. 190.

¹⁰¹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária (...);

¹⁰² Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991).

garantir a dívida, não deve ser aplicado o dispositivo da lei que permite penhorar o imóvel do fiador locatício, porque a realidade dos fatos permite decisão em sentido contrário e que não se atenha à literalidade da lei.

O caso concreto é que indicará o caminho correto a ser tomado, e as decisões judiciais devem se orientar para o avanço na proteção dos direitos fundamentais sociais, não se permitindo retrocessos para direitos que já foram consolidados. O legislador infraconstitucional não pode desconstituir o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais, ainda mais se estas, para alcançar sua efetividade e pela eficácia, dependem das normas infraconstitucionais para serem aplicadas pelo Poder Público.

O caso concreto dá margem a decisões inovadoras como é o caso de decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que tem adotado a tese do patrimônio mínimo, aquele mesmo defendido por FACHIN e diversas vezes aqui mencionado, disposto na obra “Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, ao reconhecer que o imóvel em que reside pessoa solteira estaria protegido pela impenhorabilidade prevista na Lei nº 8.009/90.

Neste sentido, cumpre transcrever o teor da seguinte ementa:

PROCESSUAL - EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE - IMÓVEL - RESIDÊNCIA - DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO - LEI 8.009/90. - A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma

não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário”. (Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: ERESP 182223/SP (199901103606), 479073 EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL DATA DA DECISÃO: 06/02/2002. ORGÃO JULGADOR: - CORTE ESPECIAL RELATOR: MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. RELATOR ACÓRDÃO: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS.

FONTE: DJ DATA: 07/04/2003 PG: 00209 REVJUR VOL.: 00306 PG: 00083.

(Outras decisões no mesmo sentido: STJ - RESP 276004-SP (RSTJ 153/273, JBCC 191/215), RESP 57606-MG (RSTJ 81/306), RESP 159851-SP (LEXJTACSP 174/615), RESP 218377-ES (LEXSTJ 136/111, RDR 18/355, RSTJ 143/385).

Por certo é que, pelo que consta no artigo 226¹⁰³ da Constituição Federal, uma pessoa solteira não constituiria uma família, nos exatos termos do sentido legal. Um homem solteiro, como se sabe, não constitui uma entidade familiar decorrente de casamento ou união estável, mas o entendimento que deve prevalecer é o que se melhor se adapte à evolução da sociedade e às necessidades básicas do ser humano, como pessoa, no caso, o direito à moradia, a um teto, um lar para se fixar e dele não ser privado, seja um grupo de pessoas formando uma família ou uma pessoa sozinha.

Na hipótese da pessoa solteira não há, ademais, uma entidade monoparental, em que pai ou mãe e filhos dividem o mesmo teto, nem entidade nuclear, que são entidades formadas por ascendentes e descendentes que dividem o mesmo teto, nos exatos termos da lei; ou então entidades formadas por parentes que mantêm relação entre si caracterizadas pela afetividade, como já explicado anteriormente. Estaria, então, o julgador alterando o conceito de bem de família, ampliando o seu conceito para bem de residência da pessoa natural ou

¹⁰³ Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

bem do patrimônio mínimo, o que passou a ser perfeitamente aceitável diante da necessidade de despatrimonialização do Direito Privado. Pela ementa acima transcrita, compreendemos que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento atual pelo qual a impenhorabilidade do bem de família não visa proteger a família em si, mas, sim, a pessoa humana no aspecto da dignidade.

O objetivo da proteção legal é a pessoa humana, a premente necessidade do direito à moradia. Nesse contexto, valoriza-se a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, seguindo a já citada tendência de repersonalização do direito civil, na forma que melhor atende aos anseios atuais para preservar a dignidade do ser humano.

A 21ª Câmara Cível do TJRS negou pleito do Município de Santo Ângelo, em Apelação Cível, para proceder à execução de imóvel de uma idosa de 79 anos, por débito tributário de IPTU (Imposto sobre a propriedade territorial urbana).

A proteção ao idoso é assegurada pela Constituição Federal e efetivada pelo Estatuto do Idoso, decidiu o Colegiado:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. IPTU. IDOSA QUE PERCEBE POUCO MAIS DE UM SALÁRIO MÍNIMO. EXCESSO QUE NÃO EVIDENCIA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. MANUTENÇÃO DA ISENÇÃO PREVISTA NA LEI MUNICIPAL. LEI Nº 10.741/2003 - ESTATUTO DO IDOSO-. INDISPONIBILIDADE DO BEM QUE LHE SERVE DE MORADIA. PRESCRIÇÃO. Nada que não seja a citação válida é capaz de interromper a prescrição para cobrança do crédito tributário, cujo prazo deflagra na data do lançamento (art. 174, I e parágrafo único, inciso I, do CTN). Sendo mínimo o excesso, risível mesmo, pouco mais de alguns reais, deve ser mantida a isenção, cujo propósito é proteger os idosos e as viúvas. Com efeito, a menção ao salário mínimo é mera referência; o que importa, antes, é a qualidade do contribuinte e em causa a capacidade contributiva que não se evidencia por poucos reais a mais. Afinal, assegura a Carta da República, os impostos, sempre que possível, terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (CF- art. 145, parágrafo 1º). A Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), torna indisponível a moradia que serve ao idoso, e enquanto lhe servir, fica à salvo de qualquer ato que lhe empeça o uso e a fruição; assegurando o direito que tem à liberdade, à saúde, à cidadania, ao envelhecimento com dignidade, à vida, ou ao que lhe resta da vida. APELO PROVIDO EM PARTE. (Apelação Cível nº 70010592574, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 22/06/2005).

“A moradia que serve ao idoso é indisponível e, enquanto lhe servir, fica a salvo de qualquer ato que lhe impeça o uso e fruição, assegurando-lhe o direito à liberdade, à saúde, à cidadania, ao envelhecimento com dignidade, à vida, ou ao que lhe resta da vida”, manifestou o Desembargador Genaro José Baroni Borges, Relator da Apelação Cível interposta pelo Município de Santo Ângelo (Comarca de origem do processo).

A sessão de julgamento foi composta também pelos Desembargadores Francisco José Moesch e Marco Aurélio Heinz.

A sentença julgou procedentes os Embargos à Execução movidos pela idosa, com base em lei municipal que isenta do pagamento do IPTU os que recebem até um salário mínimo. A Câmara julgadora rechaçou a possibilidade de alienação do imóvel que serve de residência à idosa, mas reconheceu a legitimidade da dívida de 1998 a 2001, considerando prescritos os valores referentes a 1997. A isenção foi afastada pelo fato de a aposentada ter recebido pensão superior a um salário mínimo no período.

“O artigo 230 da Constituição Federal impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, à conta do momento em que se mostram carentes de recursos ou de possibilidades de consegui-los com seu trabalho”, mencionou o Desembargador Genaro. E a efetividade à verba constitucional, diz, foi editada a Lei nº 10.741/03 – Estatuto do Idoso. O magistrado brinda o disposto no art. 37: “O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.”

Salienta o Relator que a Lei assegura ao idoso o direito à moradia, e com esse propósito chega a lhe conferir prioridade na aquisição de imóvel, com critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria ou pensão. “Tenho, por tudo isso, indisponível a moradia que serve ao idoso.”

O Desembargador Francisco José Moesch observa que a impenhorabilidade de bem único é oponível salvo algumas exceções, entre elas a cobrança de impostos, predial ou territorial (art. 3º., inc. IV, da Lei nº. 8.009/90 –

conhecida como Lei Sarney). “Há conflito entre a matéria e o Estatuto do Idoso”, analisou. Ao decidir invocou, ao lado do Estatuto, o artigo 1º. da Constituição Federal, que estabelece como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, “vetor que se irradia a todos os outros princípios”, combinado com o artigo 6º., que elege como direito social a moradia.

A repersonalização do Direito patrimonial faz-se tão presente nos dias atuais e aparece em exemplos tão cotidianos que, conforme analisa FACHIN¹⁰⁴, opostamente à doutrina que insiste que o devedor pode oferecer o bem da sua família à penhora, alega que o devedor não pode abrir mão do direito da impenhorabilidade do bem de família, não pode renunciar a esse direito, por exemplo, quando o devedor citado nomeia o bem de família à penhora, ou se o exequente indica o bem de família à penhora, mesmo que o devedor concorde expressamente com a nomeação, o juiz deve reconhecer a impenhorabilidade de ofício, utilizando-se do seu senso de justiça social, que é o fim do Direito.

O que se pretende é proteger a propriedade baseando-se nas necessidades do ser humano que, muitas vezes, trabalha uma vida inteira para adquirir uma morada para sua família. Deve-se evitar que a lei seja rígida e o operador do Direito cego, a ponto de não perceber que se trata de um problema social a falta de um ambiente adequado para o ser humano se desenvolver juntamente com as pessoas que o acompanham, e das quais ele necessita para um crescimento saudável. O espírito da lei faz enxergar a realidade quando exclui da impenhorabilidade o bem de família apto a garantir dívida alimentar do Direito de Família, ou seja, em consonância com o fato de que se o devedor não se preocupa em alimentar a prole, também não tem motivo para ter preservada a sua moradia.

FACHIN¹⁰⁵ analisa a exceção acima, dentre outras, como a penhorabilidade do bem na cobrança de impostos, taxas e contribuições de melhoria devidas em função do imóvel familiar; a penhorabilidade na cobrança de créditos relativos a despesas condominiais e créditos relativos a multas por

¹⁰⁴ Op. cit., p. 159.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 163-164.

infração a regras da convenção; a penhorabilidade em função da execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real, e a penhorabilidade do imóvel do fiador em processo de execução decorrente de fiança concedida em contrato de locação, explicando que todas essas hipóteses devem ser apreciadas no caso concreto e em atenção a um princípio maior, que se orienta pelo interesse social de assegurar uma sobrevivência digna aos membros da família, realizando, em última instância, a dignidade da pessoa humana, ou seja, a lei pode ser relativizada diante do caso concreto.

É exatamente nesse sentido que a evolução do Direito deve seguir, e quando o caso concreto é analisado, aparece a importância de uma legislação sistemática que atenda aos anseios da população e, muito mais importante ainda, que proteja a dignidade da pessoa humana para garantir a finalidade do Direito que é a paz social.

3.4. Síntese de pesquisas nacionais que indicam a situação dos brasileiros em relação à moradia

A seguir, serão mostradas duas pesquisas sobre as condições de moradia no Brasil, a primeira foi realizada no ano de 2006 e a segunda, mais recente, no ano de 2007.

Pesquisa realizada pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) com números daquele mesmo ano, tendo como base a PNAD (pesquisa nacional por amostra de domicílios), no ano de 2006, concluiu que o *deficit* habitacional no país é de quase 8 milhões de moradias, de acordo com o Ministério das Cidades. A pesquisa foi realizada pela Fundação João Pinheiro¹⁰⁶, que serve como base para o Ministério das Cidades, e apontou a falta de um total de 7.934.719 moradias, número correspondente a 14,5% dos domicílios do país (total é de 54.610.413, segundo o instituto). Separadas as áreas urbana e rural, o

¹⁰⁶ Fundação João Pinheiro/Ministério das Cidades-2006.

déficit é um pouco mais elevado nesta última, correspondendo a 16,1% do total de domicílios. Na área urbana, corresponde a 14,1%.

Em São Paulo, por exemplo, faltam quase 1,5 milhões de casas ou apartamentos para atender a carência da população. O número corresponde a 11,7% do total de 12,593 milhões de moradias existentes no Estado, segundo a pesquisa.

O estudo separou as moradias em dois grupos: as que faltam para atender à população e aquelas consideradas inadequadas. Para definir o que é *deficit* habitacional, a pesquisa levou em conta vários indicadores, como coabitação familiar, ou seja, mais de uma família vivendo sob o mesmo teto, ou ainda o peso do aluguel na renda familiar, considerado em situação de famílias residentes em áreas urbanas, com renda média de até três salários mínimos, que estava mais de 30% comprometida com o pagamento do aluguel. Também entraram no cálculo de carência habitacional casas ou apartamentos alugados com adensamento excessivo, nos quais morava um número muito grande de pessoas.

No caso dos domicílios inadequados, a pesquisa levou em conta a falta de serviços como energia elétrica, abastecimento de água, rede de esgoto, falta de coleta de lixo e, ainda, a qualidade do material de cobertura das construções. Outro fator que caracterizou a residência como inadequada pelos pesquisadores era o fato de estar localizada em local indevido ou de não ter banheiro.

A precariedade de infraestrutura foi verificada em mais de 11,2 milhões de moradias no país, que representam 24,1% dos domicílios urbanos. Percentualmente, o problema apareceu mais presente nas regiões Norte, onde estava presente em 56,4% das moradias, Centro-Oeste (51,4%), e Nordeste (40,8%).

O levantamento também apontou em qual parcela da população a carência habitacional é maior, concluindo que a falta de moradia é proporcional à renda familiar. Mais de 90% das famílias que demandam uma nova moradia tinham renda média mensal de até três salários mínimos, o que justifica que as ações sejam voltadas para este segmento. Se forem consideradas as famílias da

faixa de renda imediatamente superior, entre três e cinco salários mínimos, o grupo representa quase a totalidade do *deficit* habitacional do país nas áreas urbanas, de acordo com o estudo.

Na análise por regiões do país, a carência de moradia na parcela de renda menor (até R\$ 1,3 mil) estava mais presente na região Nordeste, onde corresponde a 95% do *deficit* habitacional. Na região Norte, o percentual é de 91,2%; no Sudeste, 89,9%. No Centro-Oeste, a concentração do *deficit* habitacional nas famílias com renda até três salários mínimos chegava a 88,3% e no Sul, a 85,1%.

A pesquisa mais recente¹⁰⁷ realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), com base na Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) 2007, de Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com dados divulgados em data de 21 de outubro de 2008, demonstrou que ainda existem 54 milhões de brasileiros sem moradia adequada, o que significa quase 35% da população sem acesso a água encanada, esgotamento sanitário e com um número elevado de pessoas morando na mesma residência.

Contudo, a pesquisa trouxe uma boa notícia no que se refere ao acesso à água, pois no Brasil já são 91,3% dos municípios que recebem água por rede canalizada. Entretanto, com relação ao esgoto, mostrou que o Brasil ainda está em desvantagem, pois apenas 57,4% da população possui acesso à rede de esgotos.

De igual maneira, há que se frisar que o país possui graves problemas com relação ao adensamento excessivo, com mais de três pessoas dormindo no mesmo cômodo, sendo ainda o valor gasto com aluguel um problema grave, pois mais de cinco milhões de pessoas comprometem mais de 30% de sua renda com o pagamento da moradia e, por fim, o problema com a proliferação de assentamentos precários como as favelas, as quais, segundo a pesquisa referida, quase dobraram nos últimos quinze anos.

¹⁰⁷ CARRIEL, Paola. "País tem um terço de moradias inadequadas", **Jornal Gazeta do Povo**, Curitiba, 22.1.2008, p. 11.

Tais problemas, decorrentes das moradias inadequadas, trazem conseqüências muito grandes para áreas de saúde pública e para o meio ambiente. Programas do governo federal como o PAC (Programa de Aceleração do Crescimento), prometem investimentos significativos na área de saneamento, o que tornaria as moradias brasileiras mais adequadas. De igual maneira, melhorando o saneamento básico, o país ainda economizaria investimentos na área da saúde, pois um saneamento básico adequado previne doenças e, conseqüentemente, o número de internações em hospitais da rede pública de saúde.

As pesquisas aqui demonstradas apontam para a necessidade de se consolidar inúmeras ideias que surgem, na medida em que se estuda o assunto. A visão prática do tema faz perceber a urgência com que soluções sejam apresentadas, porque a questão social do Brasil e de outros países menos desenvolvidos faz com que seja apreciada academicamente sem se desenvolver planos de ação, e a desigualdade social gera problemas sérios que atingem também as camadas mais altas da sociedade, pois causa violência, epidemias e outros problemas que podem ser vistos e sentidos por todas as camadas sociais, gerando a filosofia da exclusão que obsta o exercício das liberdades da pessoa humana, impedindo o direito do cidadão de viver no espaço público.

3.5. Breves considerações sobre o pacote habitacional 2009 anunciado pelo governo brasileiro em data de 25.03.2009

O governo federal brasileiro anunciou em data de 25 de março de 2009, um pacote habitacional que prevê a construção de 1 milhão de moradias até o final do ano 2010. O plano habitacional se chama “Minha casa, minha vida” e prevê investimentos no valor de R\$ 34 bilhões. Com o subsídio ao financiamento da casa própria, o governo pretende amenizar dois graves problemas sociais do país: reduzir o *deficit* habitacional, estimado em 8 milhões de residências no país, e gerar 500.000 empregos no setor de construção civil, setor esse que foi

duramente atingido pela crise financeira pela qual o mundo atravessa desde o final do ano de 2008.

O referido pacote, que deverá ser direcionado à população de baixa renda, foi negociado pelo Poder Executivo com governadores e prefeitos de várias partes do país. O governo brasileiro quis saber quais as contribuições que Estados e Municípios poderiam oferecer e teria incentivado a disponibilização de áreas para construção das habitações, desde que estes entes apresentem planos e projetos. A União facilitará a liberação de recursos para efetivar o projeto habitacional no plano municipal e estadual.

O pacote da habitação, criado inicialmente para atender à camada da população de baixa renda, contempla outras faixas de renda e deverá conter medidas para atender até a classe média. O valor máximo dos imóveis que podem ser comprados com o saldo do FGTS do mutuário, atualmente em R\$ 350 mil, deve ser elevado. O valor mais provável, segundo técnicos, é de R\$ 500 mil.

O Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) aprovou um novo orçamento que destina um total de R\$ 4 bilhões para subsidiar este ano empréstimos habitacionais para os mutuários com renda entre três e seis salários mínimos (R\$ 1.395,00 a R\$ 2.790,00). No programa inteiro, que pretende construir 1 milhão de casas num prazo indeterminado, os subsídios do FGTS chegarão a R\$ 12 bilhões. Esses subsídios servem para baixar o juro e o valor da prestação da casa própria. No total, o FGTS aprovou um orçamento de R\$ 23 bilhões para financiamento da casa própria para as famílias com renda entre 3 e 10 salários mínimos (R\$ 1.395,00 a R\$ 4.650,00). Foi um acréscimo de R\$ 13 bilhões à proposta original. Além dos R\$ 4 bilhões de subsídios, haverá R\$ 19 bilhões para financiamentos com juros que variam de 5% a 8,6% ao ano. A previsão é que R\$ 4 bilhões sejam utilizados ainda este ano (2009), e o restante entre na proposta orçamentária do ano que vem (2010).

Em um discurso feito na cidade de Rondônia, no dia 12 de março de 2009, o Presidente brasileiro, Luiz Inácio Lula da Silva, afirmou que as prestações devem ser isentas de seguro de vida, o que baratearia o financiamento. Prosseguiu explicando que o pagamento do valor integral da parcela seria exigido

apenas depois da entrega das chaves. O Presidente brasileiro também antecipou que o padrão de juros do financiamento das moradias seria "totalmente diferente".

O pacote poderá incluir, ainda, redução de impostos para a construção civil. As casas a serem financiadas teriam padrões diferentes; o primeiro para quem ganha até três salários mínimos (R\$ 1.395,00) e o segundo para quem tem renda de até R\$ 4.650,00 (10 salários mínimos nacionais). O valor máximo do imóvel seria R\$ 130 mil. Do total, 400 mil casas serão destinadas a famílias com fonte de renda de até três salários mínimos. O governo federal espera, com o pacote, reduzir o *deficit* habitacional no país em 14%. Também, a ideia é que o comprador de baixa renda só pague quando estiver morando na casa adquirida pelo programa, para não ter que acumular prestações do financiamento com a do aluguel que eventualmente (e na maioria dos casos) ele estará pagando. A pretensão é de que o cidadão não comprometa mais de 10% de sua renda mensal, o que poderá fazer com que as prestações sejam muito baixas. Na prática, isso será difícil de realizar, mas o tempo e o caso concreto mostrarão as possibilidades.

Os sindicalistas defendem a contratação de trabalhadores para as obras de construção das moradias apenas com registro em carteira. Segundo os representantes, mais da metade dos trabalhadores da construção civil não tem carteira assinada, o que gera um grave problema social e previdenciário no Estado brasileiro.

As casas poderão ter um sistema de energia solar, uma reivindicação dos representantes sindicais para reduzir os gastos com a conta de luz, seguindo-se um padrão habitacional que atenda às necessidades de preservação ambiental e, ao mesmo tempo, visando a economia. Também há a expectativa de que os imóveis não possam ser revendidos durante um determinado período.

Inicialmente, o governo previa a construção de 200 mil casas. O número subiu para 500 mil, até chegar ao total de 1 milhão.

Antes de anunciar o pacote, o governo realizou vários encontros com governadores e prefeitos, essencialmente para saber quais as contribuições que Estados e Municípios poderiam dar para reduzir os custos do financiamento. O

Presidente brasileiro pediu empenho de governadores e prefeitos para que elaborem os projetos habitacionais com rapidez e auxiliem na busca por terrenos, sendo que uma das idéias era a disponibilização de áreas para a construção das casas. O presidente também sugeriu a criação de um “Comitê Gestor” – para detectar, “em tempo real”, eventuais entraves na execução do programa. Do Banco brasileiro responsável pelo financiamento, a Caixa Econômica Federal, espera-se que comece a receber os projetos para liberar financiamentos a partir de 13 de abril de 2009, pois a partir da primeira semana de abril de 2009 o Banco referido já terá instruções normativas para o assunto.

O governo também busca formas de reduzir o peso do seguro de vida sobre as prestações, já que ele aumenta de acordo com a idade do mutuário. O pacote também barateia o seguro de vida, prevendo a quitação do financiamento pela União, em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário. A União também arcará com os custos de reparação de danos físicos ao imóvel. Para cobertura de morte, invalidez e danos físicos no caso de um mutuário com mais de 61 anos, o custo atual do seguro corresponde a 35% da prestação. Com as novas medidas, o custo cairá para 6,64%, de acordo com a previsão do governo¹⁰⁸.

As unidades planejadas pelo governo federal serão divididas entre os estados de acordo com o *deficit* habitacional de cada um. A maior parte das casas ficará no Sudeste (37%), seguido pelo Nordeste (34%). O Sul receberá 12% do total¹⁰⁹.

Trazendo o tema para a realidade local, ao Estado do Paraná serão destinadas 44 mil habitações, prevendo-se desse modo redução do *deficit* habitacional de 14% no Estado. Ainda não é o ideal, mas segue a linha de que é necessário iniciar um projeto para que ele surta efeitos.

¹⁰⁸ “Lula anuncia R\$ 34 bi para a construção de 1 milhão de casas populares em 2 anos”. 25.03.2009. http://www.pt.org.br/portaltpt/index.php?option=com_content&task=view&id=7511&Itemid=195. Acesso em 25.03.2009.

¹⁰⁹ “Construção popular terá R\$ 34 bi”. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26.03.2009. Caderno de Economia, p. 18.

Segundo a secretária nacional de Habitação, Inês Magalhães¹¹⁰, na faixa de até três salários mínimos, a prioridade de destinação das moradias populares de 35 e 42 metros quadrados será decidida pelas companhias de habitação municipais, estaduais e prefeituras. Segundo dados da Cohab (Companhia de Habitação) no Estado do Paraná, há hoje 50 mil pessoas na fila da habitação. Até 2010, deve haver redução do *deficit* para 40 mil, pois já existem propostas em andamento, e restaria ainda um *deficit* de 20 mil moradias, das quais 12 mil serão supridas pelo presente programa do governo federal. Depende dos Municípios oferecerem mais incentivos para que o Governo Federal amplie o número da sua destinação.

Enumerando os principais benefícios do programa “Minha casa, minha vida”, tem-se: a oferta de uma série de subsídios, juros reduzidos, diminuição de custos cartoriais, redução de custos de seguro e fundo garantidor das prestações para quem perder o emprego.

Nas reuniões com o Poder Executivo, os governadores defenderam a desburocratização do processo e a descentralização dos recursos, argumentando sobre as dificuldades a serem encontradas no processo, a exemplo do Secretário da Habitação do Estado de São Paulo, Lair Krähenbühl, que entende que o governo federal poderá ter “dificuldades” para cumprir a promessa dentro do prazo anunciado (até o final de 2010), por conta do “processo lento” de construção de casas.

A Ministra-Chefe da Casa Civil brasileira, Dilma Rousseff, asseverou que “Este não é um programa que é uma emergência ou um fator fora da curva. Ele dá sustentação à política de desenvolvimento de renda do governo federal. Também fortalece as famílias, ao criar um espaço para eles criarem seus filhos”. E prossegue explicando: “Nós vamos compatibilizar a prestação com a renda das famílias. Não dá para imaginar que com os custos de mercado a população de menor renda vá ter acesso a moradia sem interferência do governo”.

¹¹⁰ CABRAL, Themys. “Déficit habitacional do PR cairá 14%”. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 27.03.2009. p. 12.

O IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) será responsável pela arrecadação de dados sobre a renda familiar em cada região do país, para então o Governo distribuir os recursos.

A primeira prestação será paga somente na entrega do imóvel, e a prestação deverá comprometer apenas 20% da renda familiar. O pacote também prevê pagamento opcional de entrada pelo mutuário. Para famílias com renda de até 3 salários mínimos, a prestação (cujo valor mínimo é de R\$ 50,00) pode comprometer apenas 10% da renda. Para famílias com renda mensal de até 3 salários mínimos, não haverá pagamento dos custos cartoriais.

O chamado “fundo garantidor” prevê o refinanciamento de parte das prestações, caso o mutuário perca sua fonte de renda. Para famílias com renda de três a cinco salários mínimos, será garantido o pagamento de até 36 prestações; para famílias com orçamento de cinco a oito salários mínimos, até 24 prestações; e para as famílias que recebem de oito a dez salários mínimos, 12 prestações. Para ter acesso ao fundo é preciso ter efetuado o pagamento de no mínimo seis prestações do imóvel e é necessário também o pagamento mínimo de 5% da prestação que foi refinanciada. Este valor será devolvido como bônus, quando o refinanciamento for pago. O mutuário terá que solicitar formalmente seu refinanciamento, comprovando a situação de desemprego, a cada seis prestações requeridas.

O Ministro da Fazenda brasileira, Guido Mantega, alegou que "O programa é ousado e de grande impacto na economia brasileira. Seguramente será um dos principais programas contra a crise que este governo vai implementar". Ele destacou que não só o Governo Federal, Estados e Municípios têm um grande desafio pela frente, mas também o setor privado. De acordo com o Ministro, o setor privado produz 1,2 milhão de moradias ao ano. "Queremos duplicar este valor. Não é tarefa fácil, é um desafio ao setor produtivo", afirmou. Ele disse, ainda, que os empresários brasileiros têm ao longo da história enfrentado vários desafios, e este é mais um. Ele ainda previu que o Produto Interno Bruto (PIB) do Brasil poderá crescer mais 2% com o programa "Minha casa, minha vida", de estímulo ao setor da construção civil. Segundo ele, o

programa vai mobilizar R\$ 60 bilhões na economia e também gerar empregos. O Ministro Mantega terminou seu discurso no lançamento do pacote em tom otimista, afirmando que com o programa o Brasil poderá provar que a crise será uma grande oportunidade para o País¹¹¹.

Por sua vez, o Ministro das Cidades, Mário Fortes, indicou que "haverá uma destinação privilegiada do registro das moradias para a mulher. Também vamos priorizar os mutuários portadores de deficiência e idosos. Este é um programa abrangente e vamos atender a todos". Fortes afirmou ainda que um volume significativo de recursos será liberado para movimentos sociais. Ainda segundo o Ministro, no projeto "o mais significativo é que estão lançadas as bases de um processo que pode ser definitivo para zerar o *deficit* habitacional". Para Wilson Amaral, presidente da Construtora e Incorporadora Gafisa, o plano "trará a mobilização de centenas, milhares de empresários do setor de construção. Teremos números bons para mostrar num horizonte de meses. Não é nada de longo prazo. E vai durar muito mais depois da crise. Não vai morrer daqui um ano ou dois".

O Ministro do Trabalho brasileiro, Carlos Lupi, anotou que o grupo de pessoas com a mínima renda terá "subsídio total", ou seja, a casa poderá até sair de graça. O dinheiro não será todo desembolsado no ano de 2009. Ele sairá dos cofres públicos ao longo dos contratos, que durarão de 20 a 30 anos. No entanto, o Tesouro Nacional terá de fazer uma provisão conforme os contratos forem assinados. A expectativa dos técnicos é que o grosso do provisionamento ocorra em 2010.¹¹²

¹¹¹ LEITÃO, Mírian. "Teto Público". **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26.03.2009. Caderno de Economia, p. 23.

¹¹² "Governo vai dar subsídios de 16 bi ao bolsa-habitação". 25.03.09. Agência Estado. <http://ultimosegundo.ig.com.br/economia/2009/03/25/.html>. Acesso em 25.03.2009.

A economista MÍRIAN LEITÃO analisa o programa de moradia anunciado de forma positiva, mas faz algumas ressalvas no tocante à crise econômica pela qual o país e o mundo atravessam:

Um bom programa de moradia popular era necessário, mas isso, sozinho, não é um plano de combate à crise. Enfrenta um dos lados do enorme déficit de moradias do Brasil. A crise econômica também é grave demais para que as soluções do governo fiquem prisioneiras de objetivos políticos de 2010.¹¹³

As expectativas em torno do plano habitacional anunciado pelo Governo Federal brasileiro são grandes, pois vão ao encontro das necessidades de moradia de enorme parcela da população, que vive às margens da cidadania e não tem acesso a esse direito fundamental. Contudo, o próprio governo admite que para ele ser consolidado precisará da ajuda dos outros entes públicos (Estados e Municípios) e também do setor privado, que é o responsável por grande movimentação da construção civil no país, tocando diretamente numa outra questão social que é a geração de empregos. Não obstante as críticas por não minimizar os efeitos da crise mundial que atingiu o país, deve-se levar em conta que ao menos o lado social será beneficiado, e conforme todo o presente estudo demonstrou, o governo brasileiro ao anunciar tal plano indica uma colaboração e tanto para solucionar um dos grandes problemas sociais do país. Não há dúvidas que a busca pelos recursos apontados pelo projeto habitacional (recursos da União; do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço; do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social) têm um destino certo, e isso impulsiona as entidades envolvidas a participar do processo.

Não obstante toda a parte positiva do projeto, o passar do tempo demonstrará a efetividade da conduta dos setores envolvidos com relação ao tema, bem como a sua disposição para concretizar o plano habitacional anunciado pelo governo brasileiro em março de 2009. Por se tratar de um projeto de grande dimensão, espera-se que não seja apenas mais uma medida que permanece no papel e não é colocada em prática, e principalmente, que não seja apenas mais uma medida eleitoreira anunciada às vésperas das eleições presidenciais, pois as

¹¹³ Op. cit., p. 23.

estratégias para angariar votos são frequentes nessa época, entretanto, será na medida em que os resultados começarem a aparecer que se poderão tirar conclusões sobre isso.

Ao longo do presente estudo, apontaram-se de forma acadêmica as dificuldades que ocorrem para se viabilizar projetos como esse, entretanto, sabe-se que o papel é o local adequado para se colocar boas ideias, mas a boa vontade de consolidá-las vem da razão humana, e não isoladamente, ela é, sim, construída com a colaboração de todos, desde o cidadão envolvido, ciente de seu dever cívico, até o cidadão que foi excluído de seus direitos, mas que sente que precisa lutar para, ao menos, sobreviver nesse mundo tão carregado de desigualdades.

O projeto idealizado neste momento cumpre uma obrigação do Estado, que é constituir uma legislação com instrumentos, programas e um plano de ação sobre uma reestruturação da política habitacional, de modo a garantir aos cidadãos o direito fundamental à moradia, tal como esboçado em leis como o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) e o Estatuto do Idoso (Lei nº. 10.741/03).

Logo após o anúncio do plano habitacional “Minha casa, minha vida”, lamentou-se que o referido projeto não abrangeria as cidades com menos de cem mil habitantes, já que de imediato excluiria pequenas cidades que, pelo próprio fato de receberem recursos menores, apresentam baixo índice de desenvolvimento e têm como um dos principais problemas a falta de moradia. Somente para demonstrar a realidade local, tem-se que no Paraná cidades importantes como Castro, Campo Mourão, Jacarezinho, Telêmaco Borba e Umuarama não seriam contempladas por não possuírem o número de habitantes necessário para receber o benefício.

Agentes políticos alertaram sobre a exclusão de municípios menores, a exemplo do líder do Governo Estadual do Paraná na Assembleia Legislativa, deputado LUIZ CLAUDIO ROMANELLI, que defendeu mudanças no pacote de habitação do governo federal:

Esse plano precisa ser aperfeiçoado sob o risco de excluirmos a grande maioria dos municípios. Dos 5.562 municípios no país, mais de cinco mil serão excluídos. E mais grave ainda: no Paraná, seguramente a maioria dos municípios está excluída do Programa Minha Casa- Minha Vida. Convoco os prefeitos, deputados e lideranças porque temos tempo para mudar o programa que considero positivo, mas que precisamos aperfeiçoá-lo e atender a demanda de casas que no caso do Paraná se concentra no interior.¹¹⁴

A reivindicação do deputado estadual faz sentido ao levar em conta que a realidade local é um dos principais fatores a ser considerado quando se aplica um projeto, porque se o ponto convergente é a dignidade da pessoa humana, o ponto em que as metas podem divergir diz respeito ao caso concreto, e se torna inócuo generalizar e considerar que ao atender uma grande demanda de pessoas as demais restarão satisfeitas. As excluídas desse programa esperam ansiosamente a sua vez de ter direito ao mínimo fundamental para uma vida digna, e é para isso que os governos estaduais e municipais devem trabalhar, em uma comunhão de esforços. Diante destes argumentos, o Governo Federal estuda a possibilidade de ampliar o âmbito de atuação do projeto habitacional para Municípios com menos de 100 mil habitantes, desde que eles se estruturam de modo a adequar-se à viabilização do projeto.

¹¹⁴ **EDITORIAL DE CIDADES.** “Telêmaco Borba fora do Programa Habitacional do Governo Federal”. Jornal O Correio do Vale. 05.04.2009. p. 04.

CAPÍTULO IV

DIREITO À MORADIA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

4. AS GERAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O DIREITO À MORADIA

Os direitos humanos fundamentais podem ser classificados em três¹¹⁵: direitos humanos fundamentais de primeira geração; de segunda geração e de terceira geração.

A primeira geração dos direitos humanos ganhou destaque entre os séculos XVI e XVIII, na transição do sistema feudal para o capitalista, sendo os expoentes desse pensamento filosófico os iluministas Locke e Rousseau. Tais direitos nasceram das lutas da classe burguesa contra os privilégios da nobreza. São eles: direitos civis e políticos, cuja essência configura-se no princípio da liberdade, e foram elaborados de acordo com o jusnaturalismo moderno, visto que eram considerados de primeira geração os direitos inerentes ao indivíduo e tidos como direitos naturais.

Contudo, tais direitos se restringiam ao plano formal, pois estavam regulamentados nos diplomas legais, mas não atendiam aos anseios da população em geral, pois para DORNELLES, citado por JOSÉ, garantiam “livre iniciativa econômica; livre manifestação da vontade; livre cambismo; liberdade de pensamento e expressão; liberdade de ir e vir; liberdade política; mão-de-obra livre”¹¹⁶.

¹¹⁵ Utiliza-se a denominação “gerações” de direitos humanos, ciente da existência da expressão “dimensões” de direitos humanos, considerando o caráter histórico e dinâmico que a denominação “gerações” passa, não se olvidando que tais gerações não substituem umas às outras, mas se complementam. No presente capítulo trabalhar-se-á com três gerações de direitos humanos, não se esquecendo da proposta de autores como Paulo Bonavides, que identificam uma quarta geração, e Norberto Bobbio, Ingo Sarlet e Antônio Carlos Wolkmer, os quais defendem cinco gerações de direitos humanos.

¹¹⁶ DORNELLES, João R. W. *O que são direitos humanos*. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1989. Citado por JOSÉ, Caio Jesus Granduque. *Dialética dos direitos humanos: da modernidade à pós-modernidade*. <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewPDFInterstitial/6985/4963>. Acesso em 04.03.2009. p. 05.

Até mesmo para Locke, liberdade resumia-se ao livre exercício da propriedade, o que para a maioria dos indivíduos era inviável, pois não possuíam um pedaço de terra sequer. Ou seja, embora exigissem abstenção do Estado para que fossem respeitados, pois eram direitos naturais intrínsecos ao indivíduo, foram idealizados para atender aos anseios liberais, vigentes na época, da classe burguesa que se consolidava.

Os direitos humanos de segunda geração tiveram suas bases na revolução buscada pelo proletariado, que não desfrutava dos direitos de primeira geração. Seus anseios não estavam fundamentados nos ideais de liberdade contratual, haja vista que, como explica JOSÉ¹¹⁷, de nada adianta ter direito à vida se não se tem acesso à saúde; de nada adianta ter direito de ir e vir se não se tem para onde ir ou vir, se não se tem o direito à moradia; assim como o direito de expressão só pode ser exercitado quando se tem acesso à educação e à cultura.

Tendo KARL MARX como principal teórico do discurso socialista, a reação do movimento proletário perante o socialismo embasou a classificação da segunda geração de direitos humanos, que consistia em direitos sociais, econômicos e culturais, representados pelo direito à saúde; à moradia; à educação; à cultura; ao trabalho; à previdência social, direitos esses que precisam ser assumidos pelo Estado, que deve ao menos criar as condições necessárias para que tais direitos sejam consolidados, na busca de uma igualdade real.

Já os direitos de terceira geração consistem em direitos consolidados após a Segunda Guerra Mundial, devido aos regimes totalitários, ante a tensão gerada pela Guerra Fria, e ante a ampla utilização dos recursos naturais, direitos em que o povo é o titular, direitos globais, sendo eles o direito à paz; ao desenvolvimento; à autodeterminação dos povos; ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, e à utilização do patrimônio comum da humanidade. Resumem-se à solidariedade, por serem direitos que interessam à humanidade como um todo, a exemplo do princípio do desenvolvimento sustentável adotado

¹¹⁷ Op. cit., p. 06.

pela Constituição Federal de 1988¹¹⁸, que preceitua que o meio ambiente deve ser preservado em prol das futuras gerações.

Os direitos humanos de terceira geração necessitam de esforços, tanto do Estado, quanto dos indivíduos, que devem agir conjuntamente para que aqueles sejam garantidos.

Verifica-se que a classificação dos direitos humanos em gerações ocorre de acordo com o momento histórico em que se identificam novos anseios humanos, os quais, diante de uma opressão vivida, buscam a participação política e o seu espaço dentro do sistema social vigente, para tornar suas vidas menos sofridas.

Segundo BOAVENTURA SOUZA SANTOS:

Os direitos humanos estão no cerne desta tensão: enquanto a primeira geração de direitos humanos (os direitos cívicos e políticos) foi concebida como uma luta da sociedade civil contra o Estado, considerado como o principal violador potencial dos direitos humanos, a segunda e terceira gerações (direitos econômicos e sociais e direitos culturais, da qualidade de vida, etc) pressupõem que o Estado é o principal garante dos direitos humanos.¹¹⁹

INGO SARLET¹²⁰ esclarece que, não obstante a preocupação constitucional em se garantir os direitos sociais, nos quais consistem os direitos de segunda geração, já não é mais possível ao Estado garanti-los integralmente, pois o efeito da globalização sobre o Estado democrático e social de Direito (no que

¹¹⁸ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹¹⁹ SANTOS, Boaventura Sousa. "As tensões da modernidade". In: **Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea-UFRJ. Ensaios**. Disponível em: http://www.arquivos.fir.br/disciplinas/001DHU1_astensoesdamodernidade.pdf. Acesso em: 03.03.2009. p. 02.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. "O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia". In: **O Direito Fundamental à Moradia**. Disponível em: <http://iargs.com.br>. Acesso em: 30.06.2008. p. 03-07.

tange ao “Estado mínimo” anunciado pelo neoliberalismo), aumentou o enfraquecimento do Estado democrático de Direito, o que causou aumento dos poderes econômicos dos que já o possuem e, ao mesmo tempo, desprotegeu o cidadão comum, principalmente nas sociedades menos desenvolvidas. Cita como exemplo as privatizações, nas quais os interesses do governo e os interesses privados entram em conflito e acabam aniquilando as conquistas sociais, ameaçando assim a própria noção de cidadania.

O autor aponta a opressão socioeconômica como a responsável pela exclusão social da população, vítima de violência física, simbólica ou moral, o que acaba com que sejam privados dos direitos subjetivos públicos, não sendo nem mesmo sujeitos de direito, ao serem excluídos do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Que a transição do Estado do papel de “vilão”, inimigo da liberdade individual para o a função de protetor dos direitos dos cidadãos nem sempre significa o aumento da liberdade e fortalecimento da democracia, porque se por um lado o neoliberalismo diminui o poder de atuação do Estado com a desnacionalização, desestatização, redução de intervenção estatal, por outro lado enfraquece a soberania externa e interna dos Estados Nacionais, gerando a crise na sociedade que intensifica a exclusão de cidadania, causando desemprego e subemprego; reduz os direitos sociais prestacionais básicos como saúde, educação, previdência, assistência social e direitos trabalhistas; ausência ou precariedade de instrumentos jurídicos e instâncias oficiais ou extra-oficiais que controlem efetivamente o processo, resolvendo litígios oriundos da crise, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e a própria ordem jurídica estatal.

No âmbito dos direitos sociais, a crise é ainda mais aguda, porque reduzindo o âmbito de atuação estatal, a capacidade prestacional do Estado também se reduz. Entretanto, conclui-se que não é somente o fenômeno neoliberal o único responsável pela crise, pois, também, podem ser apontados a exposição da intimidade humana por meio de uma sociedade informatizada; a evolução da ciência genética e o progresso científico, haja vista que podem causar fenômenos negativos como a violência social e agressão a bens fundamentais,

como a vida, a integridade física e o patrimônio, fatores esses que obstam a atuação efetiva do Estado para garantir os direitos do cidadão.

Para CLÈVE¹²¹, os direitos fundamentais clássicos, em princípio, exigem abstenção do Estado, sendo exercidos diretamente pelos cidadãos, mas, num segundo momento, o Estado tem o dever de proteção e, também, o dever de implantar políticas públicas para sua afirmação como, por exemplo, para que exista direito à inviolabilidade de domicílio é preciso que o indivíduo possua uma moradia, sendo que esse direito foi incluído no rol do artigo 6º. da Constituição brasileira, por força da Emenda Constitucional nº. 26/2000.

Os direitos prestacionais, que exigem atuação positiva do Poder Público, e dentre os quais se inclui o direito à moradia, implicam uma caminhada progressiva sempre dependente do ambiente social em que se inserem; do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e elasticidade dos mecanismos de expropriação (da sociedade, pelo Estado) e de alocação (justiça distributiva) de recursos, o que pressupõe previsão orçamentária do Estado, distribuindo a receita de acordo com as prioridades.

O autor citado verifica que o Estado é figura institucional fundamental desenhada pelo Poder Constituinte para concretizar os princípios, objetivos e direitos fundamentais por meio da atuação do Poder Legislativo, que irá concretizar as disposições constitucionais, em especial os direitos prestacionais, contando com a ajuda do Poder Judiciário, também comprometido com a principiologia constitucional, e com a ação do Poder Executivo que é responsável por realizar políticas públicas realizadoras de direitos ou de criar ou aprimorar serviços públicos como saúde, educação, habitação.

Sobre recursos que o Estado deve reservar para efetivar os direitos sociais, PIOVESAN e VIEIRA lembram que o caminho é o inverso, primeiro a Constituição prevê a prestação e, depois, o Estado deve adaptar o orçamento de acordo com as necessidades:

¹²¹ CLÈVE, Cleverson Merlin. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais". **Revista Crítica Jurídica**. nº. 22. jul/dez/03. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>.p19.

Ora, a Constituição Federal não depende do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais (sejam eles individuais ou sociais). Ao contrário, o orçamento, ou as receitas, é que, a partir da preferência constitucional que se deu aos direitos fundamentais, merecem reformulação, caso os recursos financeiros sejam escassos à cobertura geral da demanda financeira do Estado¹²².

Para garantir o direito à moradia, o qual está inserido no rol dos direitos sociais de segunda geração ou de segunda dimensão, é nítida a falta de efetividade quando se transita pela periferia das cidades, sendo que INGO SARLET caracteriza o direito à moradia como “marcado pela crise de efetividade, identidade e confiança que assola os direitos fundamentais”.¹²³

O direito à moradia é reconhecido em Constituições¹²⁴ de vários países e também aparece com maior ou menor ênfase em Declarações Internacionais de Direitos Humanos¹²⁵, contudo, ainda se verifica uma forte tendência a generalizar esse direito, não se especificando regras que o tornem alcançável.

Geralmente, é um direito que, ao ser mencionado no diploma legal, aparece vinculado à idéia de função social da propriedade e, em princípio, não

¹²² PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas.** Artigo publicado em <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>. Acesso em: 11.03.2009.

¹²³ Op. cit, p. 04.

¹²⁴ Constituição do México (1917); Constituição da Alemanha (de Weimar), de 1919; e Constituição brasileira de 1988.

¹²⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948) reconheceu pela primeira vez, em caráter internacional, os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais se inclui o direito à moradia:

“Todos têm o direito ao repouso e ao lazer, bem como 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 serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

aparece como uma obrigação dos Estados de assegurar uma moradia aos seus cidadãos¹²⁶.

INÁCIO, citado por ROMANELLI, assevera que

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originada da Revolução Francesa, associou o regime constitucional à garantia dos direitos fundamentais, tanto que as solenes Declarações de Direitos no preâmbulo dos textos constitucionais implicam verdadeira submissão do Estado aos direitos fundamentais, topograficamente inseridos em primeiro plano, exprimindo, em três vetores cardeais, todo conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência histórica de sua gradativa institucionalização, qual seja, a LIBERDADE, a IGUALDADE e a FRATERNIDADE.¹²⁷

No Brasil, os direitos sociais foram consolidados após o processo de democratização do país, e do qual adveio a Constituição Federal de 1988. Ela, efetivamente, assegura a existência dos referidos direitos e, desse modo, o país tomou seu lugar na comunidade internacional para agir em consonância com os diplomas legais mencionados, participando do movimento de abertura dos direitos humanos e redefinindo seu papel junto aos nacionais nesse âmbito.

Também o Brasil, na medida em que foi ratificando instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, passou a participar ativamente da comunidade internacional, buscando a implantação efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a realidade se confronta com um texto dogmático que dificulta, muitas vezes, sua aplicação prática. No que tange à moradia, a expressa disposição constitucional brasileira do artigo 6º.¹²⁸ encerrou

¹²⁶ A Carta Social Européia, de 1961, menciona o direito à habitação quando se refere à moradia no âmbito da proteção dos trabalhadores estrangeiros (imigrantes) e do direito da família à proteção social e legal. A Carta da Comunidade Européia sobre Direitos Fundamentais Sociais, de 1989, prevê apenas a necessidade de medidas positivas para a proteção e integração de pessoas portadoras de deficiência, incluindo a moradia.

¹²⁷ INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito Social à Moradia & a Efetividade do Processo**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 33. Citado por ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. 2. ed. Ed. Juruá. Curitiba: 2007.p. 39.

¹²⁸ Art. 6º - 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.

qualquer discussão sobre este ser um direito fundamental, o que já vinha sendo admitido nas constituições de outros países e igualmente nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, e ainda se considerando que o Brasil é signatário dos tratados internacionais que tratam do assunto¹²⁹.

Importante mencionar o artigo 7º., IV¹³⁰ da Constituição Federal de 1988, que definiu o salário mínimo como capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, a moradia.

A função social da propriedade também aparece no texto constitucional brasileiro¹³¹, seguindo a linha de pensamento que associa moradia com função social da propriedade, para não olvidar do que foi consagrado nas declarações e cartas de direitos internacionais.

No caso do Brasil, LUÍS ROBERTO BARROSO identifica a moradia como um ponto tratado na Constituição que já deveria ter sido regulamentado e não o foi até hoje:

(...) há muitas décadas o Brasil não tem nenhum plano habitacional para famílias de baixa renda, o que faz com que o Estado brasileiro seja um favelizador ideológico. As pessoas pobres precisam morar e se não há um planejamento estatal para suprir essa necessidade, você faveliza o país. Quando a Constituição consagra o direito de moradia, ela não está assegurando que cada pessoa pode exigir do Estado uma residência, mas esse direito exige que o Estado brasileiro tenha políticas habitacionais mínimas e consistentes para inclusão dessas pessoas na cidadania formal. As favelas são, em parte, o fruto de uma absoluta ausência dessa política. E fazer política habitacional significa não apenas assentar pessoas, mas dar transporte, colocá-las em lugares onde haja trabalho adequado próximo. Mesmo nas cidades que estão enriquecendo

¹²⁹ Art. 5º., § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹³⁰ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

¹³¹ Art. 5º., XXIII; 170, III e 182, parágrafo 2º. da Constituição Federal de 1988.

com *royalties* de petróleo não há nenhum planejamento urbanístico, civilizatório.(...).¹³²

As inúmeras menções no texto constitucional sobre direito à moradia levam à reflexão de que o direito fundamental à moradia está diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque visa a satisfação de uma necessidade básica do ser humano para que desenvolva sua vida dignamente. Mesmo quando ele não está positivado, segundo INGO SARLET¹³³, o direito à moradia deve ser reconhecido como direito fundamental, porque o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta de forma direta e autônoma o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, pois ele pressupõe direitos destinados a proteger a dignidade.

Do raciocínio acima, verifica-se que no plano constitucional brasileiro o direito à moradia está reconhecido como direito fundamental vinculado à proteção da dignidade da pessoa humana, em nítido enquadramento no rol dos chamados direitos de segunda geração por demandarem uma prestação estatal, apresentando ao mesmo tempo uma nova *nuance* por ser a dignidade da pessoa humana o fundamento para materializá-lo. E o direito fundamental nada mais é que o fundamento para a materialização dos direitos sociais que devem ser prestados pelo Estado. Eles se apóiam em princípios de igualdade e de liberdade mas buscando alcançar sempre a dignidade da pessoa humana.

INGO SARLET¹³⁴ cita o que HEGEL disse certa vez sobre a propriedade, ou seja, que ela constitui o espaço de liberdade da pessoa - “Sphäre ihrer Freiheit”, a “esfera da liberdade”.

A propriedade é o espaço onde a pessoa protege a si própria e a sua família, pois nela se faz um espaço para proteção das intempéries. Afinal, é em

¹³² BARROSO, Luís Roberto. “Quando a política vai mal, o judiciário toma conta”. In: Jus Brasil Notícias. Entrevista à revista Consultor Jurídico em 21.09.2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-constitucionalista>. Acesso em: 05.03.2009.

¹³³ Op. cit., p. 06.

¹³⁴ Op. cit, p. 13.

um lugar adequado que o indivíduo precisa descansar e preservar a sua intimidade. Nesse ambiente adequado é que se preservará a saúde e o bem-estar humanos.

Mas, como aferir o mínimo necessário para uma vida humana digna? Possuir um teto para proteger a si mesmo e a sua família significa ter privacidade, é suficiente para alcançar a dignidade?

A desigualdade que se verifica no Brasil mostra que um espaço pequeno que supra as necessidades mínimas de proteção sequer é alcançado por grande parte da população, mesmo com tantos preceitos constitucionais remetendo ao dever do Estado de assegurar a dignidade humana, e tendo a moradia como um dos meios para alcançá-la.

Mesmo que, implicitamente, conste no texto constitucional que a moradia deve ser adequada, devem-se afastar interpretações restritivas, ou seja, preservar a dignidade da pessoa humana, conforme o que SCHIER¹³⁵ caracteriza como *neoconstitucionalismo* e *filtragem constitucional*, defendendo que o argumento de dignidade de pessoa humana não deve ser o remédio para todos os males, pois é um erro entender que nada fica imune ao princípio da dignidade humana, que ela resolve todos os conflitos, em especial porque a Constituição permite a materialização de seus objetivos, não devendo seus princípios permanecerem no plano formal.

É necessário concretizar os objetivos para aí sim permitir o respeito à dignidade humana. Deve haver cautela para não se relativizar ou ponderar todo e qualquer princípio constitucional.

A Constituição Federal de 1988 inovou quando adotou a reserva de justiça de acordo com a realidade social, que permite certa liberdade interpretativa aos magistrados, entretanto, essa liberdade deve ser relativizada ao máximo, sempre entendida no sentido de materializar os princípios e não de apenas mantê-los no plano formal, ao proferir suas decisões.

¹³⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. "Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo". In: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto937.pdf>. Acesso em: 31.03.2008.

A reflexão feita por INGO SARLET¹³⁶, com absoluta propriedade, é que o conceito de dignidade humana não deve ser necessariamente associado ao de propriedade, pois um indivíduo pode não possuir uma propriedade, mas levar uma vida digna. Por outro lado, pode ser proprietário, mas estar fazendo mau uso da propriedade, no que, reportando-se ao princípio da função social da propriedade, corre o risco de ser dela destituído.

O risco da ausência de propriedade é que, por mais que sua ausência não implique em falta de dignidade, pode chegar um momento em que se torna oneroso demais para o cidadão arcar com custos para manutenção de um teto, traduzido em pagamento mensal de aluguel ou, então, em ônus moral, quando se mora na casa de terceiros, já que a própria lei prevê que cada cidadão tenha a sua propriedade. Por isso é tão importante para cada indivíduo ter um teto para abrigar a si e a sua família, para sentir a segurança de possuir um lugar em um mundo que é só seu.

4.1. Emancipação do homem e da natureza frente à necessidade de ocupar um lugar no mundo

É indiscutível que o mundo possui extensão territorial que comporta todas as pessoas que nascem, pois o passar dos anos demonstra que há lugar para todos da espécie humana no planeta Terra, ao menos na extensão territorial.

Entretanto, não obstante haver espaço físico para toda a população humana, o grande problema ocorre quando este espaço necessita de complementação, consistente em um teto, um abrigo para as pessoas viverem e dentro deste espaço formar sua família, preservar sua intimidade, descansar e se proteger das intempéries da natureza e, também, dos inimigos.

¹³⁶ Op. cit., p. 14.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê que a casa é asilo inviolável do indivíduo, no artigo 5º., XI¹³⁷, demonstrando a preocupação com a segurança pessoal e, de igual maneira, com a intimidade da pessoa humana.

A desigualdade econômica pode ser apontada como o principal fator para a falta de habitação adequada das populações, e diante da disposição constitucional, indaga-se se adianta reconhecer que a casa é inviolável se grande parcela da população não tem casa, nem teto para morar.

As diferenças entre as pessoas também significam importantes fatores capazes de ocasionar a falta de moradia no mundo, pois, como explicam doutrinas que estudam o multiculturalismo, as minorias sofrem com o problema da marginalização, quando deveriam ser tratadas com normalidade, tendo em vista que a própria constituição genética dos seres humanos é única. Uma pessoa é diferente da outra, mas não é o que se vislumbra na prática, pois o preconceito e a discriminação são figuras constantes no tratamento com os grupos sociais.

BOAVENTURA SOUZA SANTOS discorre sobre a dificuldade do homem para encontrar um lugar no mundo, bem como acerca da concepção de direitos humanos dos grupos ocidentais em aceitar direitos coletivos de grupos sociais ou povos provenientes das minorias étnicas, como as mulheres, crianças ou grupos indígenas:

Uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza. Este é, consabidamente, um imperativo muito difícil de atingir e de manter.¹³⁸

O homem contemporâneo deve aprender a conviver com as diferenças que ocorrem no fenômeno denominado “multiculturalismo” e que representa a

¹³⁷ XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

¹³⁸ Op. cit., p. 12.

aceitação das minorias e dos diferentes grupos raciais, pois são todos seres humanos que necessitam de espaço para desenvolver suas aptidões e talentos buscando o desenvolvimento pessoal e de seus descendentes, caminhando sentido à continuidade da espécie humana. Ao encontrar o seu espaço, o homem deve ter a preocupação ambiental que atualmente se mostra como uma das principais inquietações do mundo.

Paralelamente ao fato de o homem se apresentar como principal figura no Direito Privado, com todas as preocupações voltadas para o seu bem-estar e garantia de dignidade, para isso se tornar efetivo é necessário atentar à questão ambiental, na qual houve a mudança de paradigma¹³⁹, do antropocêntrico para o ecocêntrico, que faz com que o homem não seja mais o ator principal na natureza e, sim, peça componente do cenário em que vive, devendo respeito a todos os outros seres da teia da vida, inclusive aos outros seres humanos. É nesse momento que entra a interdisciplinaridade do Direito Civil com os outros ramos do Direito como o Ambiental e o Constitucional, a qual faz com que haja interação entre eles para que o homem preserve o seu lugar, que arduamente foi conquistado, após tantos estudos e exigências do Estado para ter tal direito reconhecido.

A interdisciplinaridade se faz presente nesta pesquisa, isto porque, a legislação constitucional e leis infraconstitucionais relacionadas ao tema (a exemplo do artigo 186¹⁴⁰ da Constituição Federal de 1988 que trata da função social da propriedade de acordo com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, e do Estatuto da Cidade), reconhecem a importância de se preservar o meio ambiente para as próximas e futuras gerações, adaptando preceitos do Direito Ambiental, os quais, quando idealizados, estarão em perfeita conformidade

¹³⁹ SILVA, op. cit., p. 207-211.

¹⁴⁰ Art. 186 - A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

com a dignidade da pessoa humana. Percebe-se que a legislação brasileira está em consonância com o paradigma biocêntrico, pois apresenta vários aspectos voltados para a preocupação ambiental.

Depreende-se da Constituição brasileira que a utilidade e a ocupação efetivas são determinantes, prevalecendo sobre o título de domínio, que transformava o proprietário em senhor soberano, dentro de seus limites, permitido como estava a usar, gozar e dispor de seus domínios como lhe aprouvesse, segundo conhecida formulação da legislação civil tradicional. O direito à habitação passou a competir com o direito de propriedade, devido à necessidade de preservação ambiental e de direitos fundamentais, para que o uso da propriedade não seja mais absoluto e irrestrito.

O direito de propriedade deve ser compatível com a preservação do meio ambiente, que foi elevado a limite constitucional insuperável (mandamento do artigo 225 da Constituição), no sentido da construção do desenvolvimento ecologicamente sustentável. O meio-ambiente é bem de uso comum do povo e prevalece sobre qualquer direito individual de propriedade, não podendo ser afastado até mesmo quando se deparar com exigências de desenvolvimento econômico (salvo quando ecologicamente sustentável). É oponível a todos e exigível por todos. A preservação de espaços territoriais protegidos veda qualquer utilização, inclusive para fins de reforma agrária, salvo mediante lei.

A concepção de propriedade, que se desprende da Constituição, é mais ampla que o tradicional domínio sobre coisas corpóreas, principalmente imóveis, que o Código Civil preconizava no passado. A noção de propriedade coenvolve a própria atividade econômica, abrangendo o controle empresarial, o domínio sobre ativos mobiliários, a propriedade de marcas, patentes, franquias, biotecnologias e outras propriedades intelectuais, sendo que a função social, por meio de um mandamento constitucional, envolve todos estes direitos.

Enquanto o indivíduo necessita de um mínimo de patrimônio que lhe garanta uma vida digna, ao mesmo tempo deve respeitar a natureza, coibindo toda forma de exploração da mesma, numa constante luta contra os desperdícios e os excessos para satisfazer as necessidades humanas.

Como a pessoa humana para o Direito Civil está acima de qualquer outro valor, então deve haver harmonia entre a aquela e o meio ambiente, mesmo porque se deve levar em conta que os recursos estão escassos, dificultando que todos os indivíduos sejam proprietários de todos os bens que desejam. Da mesma forma, em um meio ambiente degradado, mesmo uma pessoa que possua amplos recursos financeiros não possuirá qualidade de vida.

Para SILVA, o homem e a dignidade humana não deixam de ser o foco da ordem constitucional brasileira, entretanto, o sentido de patrimônio agora se desvincula do sentido que lhe foi dado pelo antropocentrismo clássico, aquele em que há proteção exacerbada ao direito de propriedade e a outros instrumentos que não ao homem, além de se incluir a preocupação com o meio ambiente:

Essa superação não afirma ou descarta as tradições humanistas, não abandona a centralidade jurídica na dignidade da pessoa humana. Isto porque no âmbito de um Direito positivo constitucional, como é o caso do ordenamento nacional, a dignidade humana é um dos princípios fundantes do projeto social. Ocorre que neste mesmo projeto social gravou-se na Constituição, o meio ambiente ecologicamente equilibrado com um dos seus núcleos.¹⁴¹

Há uma preocupação constante em se demonstrar que o processo de degradação ambiental encerra também o avanço da desigualdade social e a corrosão da qualidade de vida que, por sinal, seriam faces de uma mesma moeda, ou seja, a crise do mundo globalizado. De fato, tal situação seria expressa pelo processo crescente de homogeneização da cultura e dos padrões de consumo e consequente aumento na produção de mercadorias e deterioração dos bens naturais comuns.

LEFF¹⁴² apresenta um ponto de vista sobre o mundo moderno saturado de problemas socioambientais e a busca de caminhos alternativos para a composição de um saber devotado à reapropriação subjetiva pela população de um mundo em reconstrução. Defende a necessidade de construção de um saber que possa

¹⁴¹ Op. cit., p. 200.

¹⁴² LEFF, ENRIQUE. **Saber Ambiental. Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder**. Petrópolis- RJ: Ed. Vozes/PNUMA, 2001. p. 34.

realmente ser adjetivado como ambiental e que ao mesmo tempo permita o questionamento daquilo que muitas vezes pensa-se ser saber ambiental.

O autor acima destaca que o ambiente não é apenas uma realidade visível, mas sim, uma convergência de processos físicos, biológicos e simbólicos, que, por meio das ações econômicas, científicas e técnicas do homem são reorganizados e reconduzidos. Dessa forma, a educação ambiental, pelo menos nos seus primórdios, surge como uma proposta de busca de alternativas ao produtivismo neoliberal.

Entretanto, a globalização econômica transforma esses princípios originais, privilegiando mecanismos de mercado como forma de transição para um futuro sustentável e reduzindo a educação ambiental a um mero processo de conscientização de cidadão e/ou capacitação de profissionais para uma gestão ambiental orientada para a maximização econômica.

O autor ressalta o saber interdisciplinar ao considerar um equívoco conceber o saber ambiental como homogêneo, já que, apesar da sua construção se dar por meio de um constante intercâmbio interdisciplinar, procurando integrar processos naturais e sociais diferenciados, matérias e racionalidades distintas, ele só pode ser forjado por meio de um diálogo de saberes entre as mais diversas identidades culturais, práticas tradicionais e processos produtivos. Sugere que nas instituições de ensino, por exemplo, esse saber pode ser constituído através da relação com o ambiente e o campo temático de cada ciência, a partir do que se pode abrir possibilidades para a interdisciplinaridade com a formulação de novas teorias, disciplinas e técnicas.

A interdisciplinaridade imprescindível à urgente racionalidade ambiental defendida pelo autor tem como elemento essencial a articulação das ciências a partir da exteriorização do saber ambiental. É este saber que nos pode dotar da capacidade de construir um diálogo com os vários saberes e valores envolvidos nos processos de relação homem-natureza, ou de apropriação do ambiente por meio dos inúmeros saberes desenvolvidos seja no universo acadêmico ou no seio das comunidades tradicionais e de grupos que bebem em fontes não-científicas de conhecimento.

A interdisciplinaridade constitui um processo de reconstrução social, incluindo novos princípios teóricos que contribuam para reorientar as novas formas de relacionar e administrar o elo homem-natureza. Contudo, para que o diálogo entre saberes seja possível, é necessária a construção coletiva de uma ética pautada em visões de mundo e valores que conduza o homem à transformação da determinada realidade. Afinal, para LEFF¹⁴³, a racionalidade ambiental assinala o limite de uma sociedade renovada e orientada por princípios éticos de uma gestão ambiental capaz de dialogar com os diferentes saberes e olhares.

A consciência ambiental surge da dificuldade de se obter o patrimônio e da desigualdade, pois o mundo capitalista ensinou que o lucro deve ser obtido a partir da exploração dos recursos naturais. Todavia, diante da deficiência do Estado em atender a todas as necessidades humanas, e diante da falta de recursos vindos da natureza, verificou-se uma mudança paradigmática e a solução que se vislumbra é no sentido de que as pessoas devem ter consciência ambiental impulsionadas pelo Estado que deve fazer a sua parte e, também, levadas pelo reconhecimento e aceitação das diferenças.

A integração do homem e do meio ambiente demanda um equilíbrio entre a população e sua base ecológico-territorial, ou seja, adaptar a população do local ao espaço que ela ocupa, sob o prisma da conservação do meio ambiente.

Faz-se necessário encontrar a sintonia entre a propriedade e a mudança paradigmática, dentro da necessidade de garantir o patrimônio mínimo almejado. É preciso conciliar o lugar do cidadão no mundo, que deve ser garantido na forma de patrimônio, bem como, seguindo o princípio de Direito Ambiental que prega o desenvolvimento sustentável que garantirá o futuro, conforme artigo 225¹⁴⁴ da Constituição Federal de 1988.

¹⁴³ LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo de saberes**. Rio de Janeiro: Ed. Garamond, 2004. p. 84.

¹⁴⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O direito ao meio ambiente equilibrado, sendo um direito fundamental, traz consigo um dever, oriundo da necessidade de conscientizar o cidadão para que se reconheça no espaço que é seu e de todos os demais seres, preservando e cuidando desse espaço, sob pena de extinção da espécie humana. Isto porque, de nada adianta reclamar por direitos de moradia e de ocupar um lugar no mundo se não se tiver a consciência da preservação dos seres vivos para a continuidade das espécies, numa integração entre animais, vegetais, minerais e tudo o mais que a Biologia classifica como pertencente ao mundo que se encontra ameaçado.

A preocupação com a preservação do meio ambiente é global. As legislações têm procurado adaptar conceitos de Economia, Sociologia, Política e assim interdisciplinarmente para que o homem tenha ainda muitos anos de vida no planeta Terra. Se houver uso indiscriminado dos recursos naturais, invasão de áreas protegidas pela legislação ambiental, exploração de vegetais, minérios e demais recursos não-renováveis, não há que se falar em qualidade de vida no planeta, e o homem e os demais animais estarão fadados à extinção.

Referir-se ao saber ambiental remete a uma questão essencial: a da educação. O tema não é novo, mas por ser um direito fundamental, o acesso à educação transforma o ser humano em um indivíduo responsável e fiscalizador, exigente de seus direitos e com visão preocupada com o futuro, o que facilitará o acesso a outros direitos fundamentais, em especial o da moradia, para si e para seus descendentes.

CAPÍTULO V

INTERESSE PÚBLICO X INTERESSE PRIVADO PARA EFETIVAR O DIREITO À MORADIA

5. IMPERATIVIDADE DOS VALORES CONSTITUCIONAIS

A propriedade é a base para o direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro, e não só no brasileiro, mas, sim, se trata de uma questão social, política, filosófica e histórica. As discussões e a luta pela propriedade têm raízes desde a Antiguidade dos gregos e romanos, bem como na Idade Média, além de estudos mais acentuados no Estado Liberal, que apregoavam o exercício absoluto do direito de propriedade após as reivindicações burguesas da Revolução Francesa. A Igreja Católica também teve a sua participação na discussão sobre a propriedade com a edição da Encíclica *Rerum Novarum*¹⁴⁵ de autoria do Papa Leão XIII, uma doutrina voltada para a justiça social e combate ao contratualismo e autonomia da vontade, características herdadas da Revolução Francesa que persistiam na época em detrimento das classes menos favorecidas, tentando conciliar ideais marxistas e liberalistas que conflitavam entre si.

Todos os ideais de justiça social, liberdade contratual e igualdade historicamente buscados foram, pouco a pouco, sendo inseridos no ordenamento constitucional brasileiro, seguindo-se em praticamente todas as Constituições brasileiras, como a de 1824, a Constituição Política do Império, que reconheceu a

¹⁴⁵ A propriedade é um direito natural do homem, e é o fim imediato do trabalhador, conquistar um bem que ele possa se apropriar e chamá-lo de seu. O que distingue o homem do animal é a razão ou a inteligência, e em virtude desta prerrogativa deve reconhecer-se ao homem não só a faculdade geral de usar das coisas exteriores, mas ainda o direito estável e perpétuo de as possuir, tanto as que se consomem pelo uso, como as que permanecem depois de nos terem servido. ("Rerum Novarum. Carta Encíclica da Sua Santidade o Papa Leão XIII. Sobre a Condição dos Operários. 15 de maio de 1891". **Montfort Associação Cultural**. <http://www.montfort.org.br/index.php?secao=documentos&subsecao=enciclicas&artigo=rerumnovarum&lang=bra#Apropriedadeparticular>. Acesso em 14.03.2009).

existência de direitos e garantias individuais consagrando o direito de propriedade, mas sem mencionar o interesse social¹⁴⁶.

No Brasil, com a proclamação da República em 1889, o federalismo nasceu como princípio constitucional de estruturação do Estado, e a democracia consolidou-se como instrumento apto a assegurar os direitos humanos fundamentais. Contudo, a propriedade ainda era totalmente regulada pelo regime privado, herança dos ideais absolutistas, cuja doutrina ainda era muito recente e refletia nos ordenamentos jurídicos da época.

A Constituição brasileira de 1934 foi o marco para essa nova ordem social, ao reconhecer a supremacia do homem sobre o direito de propriedade, enfatizando o interesse social, incluindo conceitos como desapropriação e justa indenização¹⁴⁷.

Em seguida, a Constituição brasileira de 1937 também assegurou o direito de propriedade, mas baseou-se nos limites impostos a cidadão no uso dos bens públicos, visto que o cenário político da época era o regime ditatorial¹⁴⁸.

As Constituições brasileiras de 1946¹⁴⁹ e 1967¹⁵⁰ também reconheceram o direito do indivíduo à propriedade, até que em 1988 o Poder Constituinte

¹⁴⁶ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXII. E'garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

¹⁴⁷ Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

¹⁴⁸ Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.

promulgou a chamada “Constituição Cidadã” com previsão em seu artigo 5º.¹⁵¹ o direito de propriedade e, no artigo 6º.,¹⁵² o direito social à moradia, também destacando a importância da propriedade atender à sua função social e demais dispositivos referentes à função social da propriedade urbana¹⁵³ e propriedade rural¹⁵⁴.

Após grandes lutas para reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, o que o ordenamento constitucional brasileiro consolidou foi, em primeiro

¹⁴⁹ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - 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. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior.

¹⁵⁰ 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:

§ 22 - 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, ressalvado o disposto no art. 157, § 1º. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior.

¹⁵¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.

¹⁵² Art. 6º 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.

¹⁵³ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

¹⁵⁴ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

lugar, a dignidade da pessoa humana, almejada em todos os momentos da História, por ser um atributo comum a todos os seres humanos, sem distinção entre eles, sendo que seu reconhecimento irrestrito ocorreu após a repersonalização do Direito Privado, conforme já estudado no início deste trabalho. Em segundo lugar, destaque para a questão ambiental, uma necessidade contemporânea, de preservar o meio ambiente para o desenvolvimento saudável desta e das próximas gerações. E, finalmente, em se tratando de direito à moradia, interesse público pode conflitar com interesses privados, por se tratar de direito de propriedade, entretanto é necessário o reconhecimento de que o direito à moradia é essencial à preservação da dignidade da pessoa humana.

Cada decisão, cada ato do Poder Público deve ser destinado a preservar estes três valores, que são imprescindíveis para iniciar qualquer projeto destinado à moradia, que é um direito fundamental do homem.

As barreiras e limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico servem para balizar atos arbitrários, pois o que importa é garantir o bem-estar do indivíduo como um todo, mas ao mesmo tempo atendendo suas necessidades mínimas essenciais, é para isso que o profissional do Direito está em constante aperfeiçoamento, para que seu papel na sociedade seja o de responsabilidade social, comprometido com a coletividade, e com isso será possível alcançar a paz social.

5.1. O direito de propriedade no ordenamento constitucional brasileiro

A Constituição Federal de 1988 deu ao direito de propriedade um papel de destaque, dando a ele o tratamento de direito fundamental.

Essa fundamentalidade faz com que, paradoxalmente, o direito de propriedade não possa ser esvaziado pelo legislador ordinário, mas pode o

legislador delimitar o exercício do direito de propriedade face ao seu titular e o objeto sobre o qual incide o direito.

Ao mesmo tempo em que tal direito se apresenta como uma garantia, ele se apresenta como uma liberdade que pode sofrer limitação, apresentando-se a propriedade fundamental constitucional sob duas divisões: a primeira, que consiste na propriedade de bens móveis e de consumo e na proteção dos bens vitais, e a segunda, consistente na propriedade como título de poder econômico que deve cumprir a função social. Sob o segundo aspecto (propriedade como meio de propiciar riquezas), o direito de propriedade deve atender a interesses de proprietários e não proprietários¹⁵⁵, ou seja, deve cumprir a função social porque propriedade aqui tem a finalidade de nela se produzir, seja para o sustento próprio, seja para auferir lucro. Por este motivo, é fiscalizada para que não haja desvio de finalidade na utilização da propriedade.

O fim comum da Constituição Federal é o de preservar a dignidade da pessoa humana, de modo que contempla a propriedade com uma visão que a enquadra dentro dos parâmetros sociais e econômicos contemporâneos, que refutam a propriedade estritamente individualista.

O direito de propriedade é complexo porque ele permite seu exercício individual quando se refere ao direito individual do cidadão, de possuir uma moradia, uma propriedade e dela usar, dispor e usufruir, entretanto ele passa a ser democrático quando apresenta a sua dimensão social, de função social da propriedade, caracterizada pela necessidade de se construir uma sociedade democrática, pois os preceitos constitucionais preceituam que uma propriedade só será constitucionalmente legítima quando assegura a todos a liberdade que a situação proprietária implica, o que significa que todos os cidadãos devem ter acesso a ela.

¹⁵⁵ SCHUTA, Andréia. "O direito de propriedade na Constituição Federal de 1988". **A advocacia iniciante e os novos rumos do Direito – Estudo aplicado – tomo II**. Coleção Comissões, v. II. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006. p. 67.

MANOEL FERREIRA FILHO¹⁵⁶ assevera que a propriedade não é sagrada, como na Declaração de 1789. Ela é direito fundamental que não está nem acima nem abaixo dos demais, portanto, deve como os outros direitos, sujeitar-se às limitações exigidas pelo bem comum. Pode ser pedida em favor do Estado quando o interesse público o reclamar, como a vida tem de ser sacrificada quando a salvação da pátria o impõe; pode ser recusada quanto a certos bens, cujo uso possa ser deixado a todos, quando a exploração deles não convém que se faça conforme a vontade de um ou de alguns cidadãos, e tem de ser respeitada, porém, até que se prove existir liberdade sem ela como instrumento, segurança sem ela como garantia.

A propriedade possui dois lados: o individual, e o da sociedade, sendo que o primeiro almeja sua preservação por motivos óbvios, de interesse individual, privado, e o segundo, interesse coletivo, pode prevalecer sobre o primeiro quando esse direito individual estiver sendo exercitado em detrimento da coletividade.

Ao mesmo tempo em que regula a propriedade, não deve ser esquecido que a dignidade da pessoa humana está no patamar de fundamentalidade da Constituição brasileira, o que faz perceber que o cidadão deve ter o seu mínimo essencial preservado e assegurado pelo ente público, como por exemplo, o direito à propriedade e moradia. Entretanto, faz-se notável o fato de que os recursos são escassos e insuficientes para que todos os seres humanos sejam proprietários de todos os bens que desejam. É preciso haver proporcionalidade na distribuição dos recursos. Isso significa que por mais que a apropriação de bens tenha o intuito de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, vários fatores sociais, econômicos e ambientais impedem o acesso dos indivíduos aos bens necessários a uma vida digna.

Diante disso, extrai-se que a observância do princípio da dignidade da pessoa humana permite ao indivíduo formar e preservar patrimônios destinados a possibilitar-lhe o alcance dos diferentes objetivos visados, de natureza pessoal e familiar, contribuindo para o que a ordem social contemporânea visa, porque a

¹⁵⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 299.

propriedade de bens é um fator de realização do indivíduo (quando por meio da propriedade alcança a autonomia, a liberdade) e também de preservação da espécie humana, no que se refere à sua essencialidade.

Não se pode olvidar que a propriedade é um direito que decorre das necessidades e liberdades da pessoa humana, e é essencial à plena realização do princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, a propriedade é direito fundamental do indivíduo, mas encontra limitação constitucional quando seu exercício transpassa esse direito individual, quando a dignidade humana não foi respeitada, num sentido coletivo, quando o interesse público prevalece sobre o particular, nesse caso o bem não utilizado ou mal utilizado é constante motivo de inquietação e agride a sociedade.

Na má utilização da propriedade, moradia e uso do solo são as questões que mais suscitam reflexão, por isso se busca a justiça social, tanto no campo, quanto nas áreas urbanas.

Não se impede que o proprietário faça uso do seu bem, mas ele precisa fazer bom uso deste bem, atingindo os fins econômicos e sociais da propriedade privada, de acordo com as finalidades eleitas pela ordem jurídica.

Por tal motivo, a função social da propriedade foi incluída no texto constitucional brasileiro de 1967, e permaneceu na Emenda Constitucional de 1969 e consagrada na Constituição Federal de 1988, nos artigos 5º., XXII e XXIII; 170, II e III; 182, § 2º., 184 e 186. A Constituição trata da função social da propriedade na seara dos direitos e garantias fundamentais e nos princípios de ordem econômica constitucional.

O artigo 186 da Constituição Federal de 1988 enumera os requisitos que devem ser atendidos para que uma propriedade rural esteja exercendo sua função social, constituindo uma obrigação positiva para o proprietário, sendo que a Constituição dá ao operador do Direito parâmetros para que ele possa se basear no caso concreto, não havendo uma fórmula pronta para ser seguida:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O Código Civil brasileiro também traz dispositivo inovador quanto à função social da propriedade, inserindo deveres na essência do direito de propriedade:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º 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.

Denota-se dos dispositivos legais acima descritos que a preocupação contemporânea da função social da propriedade é a questão ambiental, que interessa à coletividade, não se permitindo o livre uso da propriedade, quando venha a agredir o meio ambiente. O homem não é o ator principal da teia da vida, ele é apenas um elemento integrante desse cenário.

Para a propriedade urbana, o Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/01) acrescentou na Constituição Federal dispositivo sobre a função social da propriedade, o que causou sérias discussões sobre a disposição do espaço urbano diante das necessidades habitacionais daqueles que também devem ter preservado o direito de permanecer na cidade:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 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 expressas no plano diretor.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

No caso da propriedade urbana acima, será cumprida mediante atendimento às exigências fundamentais da ordenação da cidade, expressas no plano diretor, facultando ao Poder Público municipal, mediante lei específica para a área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova o seu adequado aproveitamento.

O objetivo da função social da propriedade não é restringir ou limitar, ela tem a finalidade de recolocar a propriedade em seu verdadeiro objetivo, que é assegurar a dignidade da pessoa humana dentro da ordem jurídica vigente, que visa atender interesses sociais e também individuais, num equilíbrio entre esses ambos, o que a Constituição brasileira visa é tornar a função social da propriedade inseparável do direito de propriedade.

É no caso concreto que o operador do Direito deverá aplicar de imediato a função social da propriedade, pois ela abrange propriedade urbana, rural, produtiva ou improdutiva, porque ao garantir a função social da propriedade, a Constituição está a proteger o ser humano que necessita de moradia e com ela uma vida digna e justa.

A função social faz-se necessária no cenário brasileiro porque o que a realidade social mostra são famílias desabrigadas, sem solo para produzir, grandes concentrações de terras na mão de poucos, às vezes negligenciadas ou improdutivas, enquanto outra parte da população não possui o mínimo necessário para sobreviver.

A função social da propriedade especifica finalidades a serem seguidas pelos proprietários, para que a propriedade atenda as necessidades sociais, de modo que proteja o ser humano que precisa de habitação e vida digna.

A Constituição Federal de 1988 e as legislações recentes Estatuto da Cidade (Lei nº. 10.257/01) e Código Civil (Lei nº. 10.406/2002) seguem a funcionalização da propriedade, com a regulação de finalidades para o exercício do direito de propriedade.

A realidade social do país afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo que o princípio da função social da propriedade complementa o da dignidade da pessoa humana, pois do direito de propriedade, do indivíduo poder adquirir um bem para se desenvolver e garantir um futuro digno à sua família, decorre a dignidade.

5.2. Comprometimento do Poder Judiciário ante os direitos fundamentais sociais para efetivar o direito à moradia

A regulação de direitos sociais fundamentais na Constituição coloca duas ordens de questões complementares: a da concretização e vinculação de direitos sociais e a da fundamentalidade.

Os direitos sociais comportam prestação positiva do bem ou do direito que constitui o seu objeto. No contexto dos direitos sociais, exige-se do Estado e da sociedade uma atuação efetiva para a implementação de prestações em favor das pessoas. Ou seja, o juiz tem a seu dispor meios para efetivar o direito à moradia constitucionalmente assegurado.

Por outro lado, a efetivação de direitos sociais exige da jurisprudência compreensão dos efeitos do fenômeno jurídico na esfera econômica e social, para que os juízes possam determinar a aplicação da lei. É necessário levar em conta que as prestações inerentes aos direitos sociais conduzem a considerações, no plano jurídico, da existência e da escassez de recursos humanos e econômicos. A

tarefa de concretizar direitos sociais implica configurar a prestação na medida da disponibilidade de recursos. Na maioria das vezes, pressupõe compreensão multidisciplinar, de correlação do Direito com outros ramos da ciência.

O problema em torno da configuração da prestação e da disponibilidade de recursos pode ser resolvido por meio da aplicação do princípio da reserva do possível, que leva em conta a capacidade econômica de uma determinada sociedade de satisfação das necessidades das pessoas.

A aplicação do princípio da reserva do possível, entretanto, numa realidade de economia periférica e de grandes desigualdades sociais como a do Brasil, onde a capacidade econômica de satisfação de necessidade resulta distorcida pela concentração excessiva de renda na mão de minorias, não pode ser ampliada a ponto de impedir a efetividade de direitos sociais mínimos, consagradores da dignidade material da pessoa humana.

No presente estudo, interessa o dever do Estado de garantir o direito fundamental social à moradia, sendo que muitas vezes o acesso a ele é obstado por fatores políticos e sociais, mesmo com previsão constitucional de que todos os cidadãos devem ter o acesso a este direito. Diante destas situações em que o direito está sendo negado ao cidadão, revela-se o dever do Estado de assegurar o acesso à moradia.

Para tanto, efetivar o direito à moradia não significa examinar a existência de recursos, mas, sim, a observância de princípios de igualdade e de justiça material.

No exame de critérios de igualdade e de justiça material a problemática dos direitos sociais interpenetra o Direito Privado.

Um enfoque necessário para avaliar a correlação entre direitos sociais e Direito Privado, superada a velha dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, está na consideração da existência de um direito subjetivo a prestações sociais.

Sobre a repercussão da idéia de direito subjetivo na área de direitos sociais, SARLET escreve que na área dos direitos a prestações houve uma relativização da noção de direito subjetivo:

Mesmo em se mantendo a estrutura de uma relação trilateral estabelecida entre o titular, o objeto e o destinatário, constata-se – em virtude das peculiaridades dos direitos a prestação – uma inevitável diferenciação no que tange à força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva. Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante o recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isso se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.¹⁵⁷

A necessidade humana, aliada à essencialidade do direito que se pretende, torna relativa a vinculação do Estado à disponibilidade de recursos financeiros. As ponderações do autor acima tentam dar conta da complexidade de concretizar os direitos sociais, mediante o reconhecimento de obrigação por parte do Estado, no limite da escassez de recursos, quando a subjetivação de prestações sociais encontra limites, mas, como diz ele, deve ser relativizada ante a essencialidade do Direito. Mas, também, não pode ser negligenciada a plena vinculatividade surgida, para o Estado, de um direito subjetivo a prestações, quando está em causa o mínimo vital necessário para assegurar vida digna à pessoa humana, sendo que esse mínimo é o básico para assegurar um bem-estar imediato, uma sensação de alívio ante as adversidades e intempéries, protegendo o cidadão, bem como sua família.

Pelo caráter de direito essencial, nestas situações de um direito subjetivo a prestações, o Estado surge como obrigado ou devedor.

No processo de concretização, é preciso saber como se coloca o problema da subjetivação de direitos sociais, da vinculação e da fundamentalidade no âmbito de uma determinada relação jurídica típica de Direito Privado, porque a fundamentalidade inerente aos direitos sociais repercute na esfera do Direito Privado, já que diz respeito a patrimônio privado do cidadão juntamente com sua

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998. p. 320.

família, envolvendo função social do direito à propriedade, que também é norma imperativa que envolve os direitos sociais repercutindo no Direito Civil.

Atualmente, devido aos processos de globalização econômica e cultural, justifica-se com maior intensidade a positivação de direitos fundamentais, de modo a desfazer assimetrias de interesses e de gozo de direitos e de bens e para refazer ou construir o equilíbrio de obrigações nos contratos de massa e de consumo, tome-se como exemplo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei nº. 8.078/90) ou mesmo o Código Civil (Lei nº. 10.406/2002).

Os direitos fundamentais, desta forma, vinculam os particulares. A vinculação decorre da necessidade de reconhecimento de desigualdades materiais entre pessoas, numa determinada relação jurídica de Direito Privado. Mas como o Direito Civil passou por um processo de repersonalização, o Estado também está incluído nessa relação, agora como garantidor do direito fundamental social à moradia. É preciso ver também, como assinala JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS:

La incidencia de los derechos en el tráfico privado será más intensa cuando es la propia dignidad de la persona humana la que se ve directamente afectada. Todo el orden jurídico, el público y el privado, se funda en el respeto al valor absoluto de la dignidad humana, como núcleo intangible e indisponible que debe ser preservado frente a cualquier agresión. La vulneración de la dignidad está directamente relacionada en algunos casos con la repercusión pública o transcendencia social del acto lesivo.¹⁵⁸

Quando necessária a preservação da dignidade da pessoa humana, numa determinada relação jurídica de Direito Privado, impõe-se a vinculação inerente aos direitos fundamentais.

O modo como deve ser operada a concretização dos direitos fundamentais, e modulada a vinculação deles resultante, depende da compreensão de que a fundamentalidade implica duplo comando da Constituição para o legislador, no campo da legislação ordinária e, para o juiz, no exame dos elementos do caso concreto. O primeiro comando se refere à necessidade de

¹⁵⁸ “En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales”? In **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Org. Ingo Wolfgang Sarlet. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. p. 336.

delimitar, na lei ordinária ou na incidência do caso concreto, o alcance da prestação e dos limites de recursos, ambos envolvidos no direito fundamental individual ou social. O segundo comando trata do imperativo de que, nem o legislador, nem o juiz, no processo de concretização e de delimitação, podem esvaziar o direito da liberdade de gozo que lhe é inerente (direito de exercer a autonomia). Os direitos fundamentais resistem às práticas de esvaziamento de direitos que possam surgir da legislação ordinária ou da atividade jurisdicional.

Os direitos sociais fundamentais, observados os parâmetros traçados, podem vincular os particulares, inclusive desde o texto da Constituição, especialmente no que envolve direito à propriedade que, por sua vez, deve atender à função social.

O direito social fundamental à moradia não escapa a essa vinculação, principalmente nas situações de implemento material da dignidade da pessoa humana.

A moradia é bem indispensável à promoção da vida digna na cidade, pois o cidadão precisa de um espaço para fixar sua identidade e, normalmente, esse espaço será dentro da cidade, que deve estar apta a receber o cidadão.

A complexidade da questão urbana e da habitação no Brasil demanda especial atenção da atividade jurisprudencial na concretização do direito social fundamental à moradia.

A situação de carência habitacional e de dificuldade de acesso à moradia de grande parte da população de baixa renda intensifica a necessidade de delimitação do direito social fundamental à moradia nas relações jurídicas de Direito Privado, de modo a preservar a efetividade material de vida digna na cidade.

Quanto aos recursos disponíveis, do mesmo modo que o Poder Executivo não poderá furtar-se da realização de políticas públicas usando do Poder Discricionário (o qual deverá aparecer relativizado ao se tratar de direitos fundamentais sociais). De igual maneira, o orçamento não deve ter natureza impositiva e o Poder Executivo não deve se basear somente nele para deixar de executar certas obras destinadas à moradia.

Por sua vez, o Poder Judiciário não é o gestor do orçamento geral das entidades federadas e, por conseguinte, em um só processo não se pode discutir e ter a visão global dos quadros de receitas e despesas públicas; por outro lado, o Judiciário, considerando-se o regime constitucional democrático pluralista, não pode, em igual medida, ser o idealizador solitário das políticas sociais. A isso cabe agregar, em suma, que a função judicante não tem competência para, de maneira ampla, definir o conjunto das políticas públicas. Se o Judiciário não pode formular e executar políticas sociais, pode, contudo, controlá-las sob o prisma constitucional, especialmente no que tange ao núcleo dos direitos fundamentais. Alguns direitos fundamentais sociais podem ser reivindicados em juízo, sem que isso afronte qualquer estrutura de competência constitucional.

Questiona-se, portanto, até que ponto, depois de esgotadas outras instâncias (de natureza política e administrativa), pode-se buscar a tutela jurisdicional visando a implementação dos direitos sociais, sem que a intervenção do Poder Judiciário neste campo venha a se caracterizar como afronta à divisão e independência dos Poderes que constituem o Estado Democrático de Direito. Ora, basta o Poder Judiciário exercitar a prudência que Aristóteles ensinou e assim confirmar a suma importância que tal operador do Direito exerce na sua função judicante, que não é a de interferir no trabalho do Poder Executivo, nem do Poder Legislativo, mas, sim, o de garantir a paz social buscando a igualdade e a dignidade humanas, pois dentre inúmeras definições, o Poder Judiciário se traduz como sustentáculo para o Estado Democrático de Direito.

O juiz tem o dever de conhecer as questões orçamentárias, que se materializam por meio das leis específicas como a Lei do Orçamento Anual (LOA), do Plano Plurianual (PPA) e da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) brasileiras, pois ao ser acionado e constatar que houve irregularidade no cumprimento da lei, poderá determinar ao Poder Executivo que se realizem determinadas ações que efetivem o direito à moradia. É a compreensão dos institutos legais que evitará que uma determinação seja inócua (evitar que ocorra o dito popular “ganha mas não leva”). E o Poder Executivo deve estar ciente de que da sua parte já não cabe mais alegar o poder discricionário do Direito Administrativo, pois ele admite

reservas; a adaptação do Direito ao contexto político e social atual leva à conclusão que a atuação administrativa está sujeita a dois limites: o do interesse público e o da legalidade.

De acordo com o pensamento de GONÇALVES:

Necessário o Judiciário observar a lei não apenas formalmente, mas também a observar substancialmente, nos seus direcionamentos. Daí as afirmações de que a razoabilidade/proporcionalidade podem ser vistas como desdobramentos da legalidade, chamada legalidade substancial. Em outros termos, através do princípio da proporcionalidade/razoabilidade, modernamente concebe-se a cláusula do devido processo legal, no seu sentido substancial, como um mecanismo de controle axiológico da atuação do Estado e seus agentes. Por isso constitui instrumento típico do Estado Democrático de Direito, de modo a impedir toda restrição ilegítima aos direitos de qualquer homem sem um processo previamente estabelecido e com possibilidade de ampla participação. Os atos administrativos só estarão cumprindo a lei se realmente se mantiverem dentro dos padrões da razoabilidade e proporcionalidade. Se não se mantiverem, esses atos serão ilegais, não estarão realizando os objetivos da lei.

Mesmo que formalmente aparentem legalidade, serão ilegais se não tiverem se mantendo dentro dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Há também na doutrina alemã a expressão 'proibição do excesso' que para muitos é sinônima desses princípios.¹⁵⁹

Os argumentos do autor acima servem para demonstrar que não basta o juiz ser impulsionado a agir quando alguém for lesado no seu direito fundamental social, mas, sim, que o juiz deve estar preparado para adaptar seus conhecimentos à realidade local e contemporânea, bem como respeitando os limites orçamentários do país, e para isso necessita de um conhecimento multidisciplinar, conhecendo aspectos sociais, políticos e, naturalmente, legais, para que decida adaptando limites financeiros à necessidade de garantir a dignidade humana.

INGO SARLET¹⁶⁰ reforça o entendimento acima asseverando que, quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática

¹⁵⁹ GONÇALVES, Leonardo Augusto, op. cit., p. 13-14.

¹⁶⁰ "O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia". p. 20.

e responsável a respeito de sua destinação, especialmente para atender satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, destacando-se as que dizem respeito à realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social. E na mesma proporção deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal modo que, em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social, destaca-se o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais.

Apresenta-se profundamente relevante a discussão e pesquisa em torno das possibilidades conferidas aos operadores do direito no que diz respeito à elaboração e à exigência do cumprimento das políticas públicas que visam garantir a efetividade dos direitos sociais, assegurando a todos a concretização da cidadania, não só para o juiz, mas também para os demais operadores do Direito e representante do povo brasileiro. O Direito e seus operadores possuem como missão primeira e fundamental a implementação das garantias fundamentais do indivíduo, assegurando a este a possibilidade de viver dignamente, tendo respeitadas suas necessidades, tudo para que a sociedade caminhe rumo ao desenvolvimento almejado pelo Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 também define no artigo 127 da Carta da República o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, colocando o Ministério Público no rol das principais instituições que estruturam o Estado Democrático de Direito, significando a base de sustentação de um de seus fundamentos, qual seja, a cidadania (artigo 1º., inciso II, da Constituição Federal).

O Ministério Público cumpre o papel de guardião dos direitos sociais, com a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais

fundamentais, e ele tem a prerrogativa de se dirigir ao juiz quando verificar o descumprimento de preceitos constitucionais referentes ao direito à moradia.

O processo de concretização do Direito exige compreensão sistemática da ordem jurídica e não se consolida sem uma visão do fenômeno jurídico que tenha como relevante refazer a correlação entre teoria e prática. O pensamento jurídico é essencialmente prudencial, o que não o desqualifica para uma espécie de exercício retórico inconsequente e relativista ou de emprego do bom senso do homem médio.

ZAGREBELSKY¹⁶¹ ensina que as separações lei-direitos-justiça e princípios-regras encontram sua unidade na aplicação judicial do direito; dessa maneira, o autor consagra o caráter eminentemente funcional do direito. Explica que existem vários métodos de interpretação, não como defeito teórico, mas como um dever essencial e irrenunciável de nossa cultura jurídica.

O que aparenta configurar eventual arbítrio dos intérpretes não é senão consequência de uma dada concepção do fenômeno jurídico. Isso ocorre em razão da grande complexidade dos conflitos que, em nosso tempo, se impõem ao direito.

A certeza, como rigidez do ordenamento jurídico, além de não ser um objetivo realista, nem mesmo é desejável. A razoabilidade deixa, então, de se configurar como requisito subjetivo do jurista, para se objetivar no próprio ordenamento jurídico.

A função criativa do juiz idealizada por Zagrebelsky¹⁶², realiza-se em uma organização originariamente concebida para uma idéia burocrática do magistrado, não significando nunca que os juízes sejam os senhores do direito, mas que o legislador deve se acostumar a ver suas leis tratadas como parte do direito, e não como todo o direito. Os juízes são, simplesmente, os guardiões da complexidade estrutural do direito, no marco da necessária e dúctil coexistência entre lei, direitos e justiça. Conclui o autor que para o Estado constitucional, o juiz não é o novo senhor do direito e, mais do que isso, aduz que há uma radical incompatibilidade

¹⁶¹ Op. cit., p. 130.

¹⁶² Op. cit., p. 145.

entre a ideia de Estado e qualquer noção apropriadora do fenômeno jurídico. Para que isso se viabilize, contudo, é necessário bem mais do que uma abstrata crença nas virtualidades emancipatórias de uma aberta exegese dos princípios jurídicos.

Mudanças sociais ensejam inovação jurisprudencial nas instâncias ordinárias. Há contínua tensão, no trabalho do juiz, entre a necessidade de salvaguardar, o quanto possível, a continuidade das decisões padronizadas e ao mesmo tempo as exigências de adequação da jurisprudência ao novo, gerando a necessidade de continuidade e de recriação, de acordo com casos novos que venham surgindo. Segundo Zagrebelsky, somente esta força que, nos seus diversos tempos, dá vida à Constituição como documento de normas escritas, impedindo que esta seja facilmente posta fora do jogo.¹⁶³

A sugestão de Gustavo Zagrebelski, ao propor a possibilidade de decompor toda a ideia de valor ou princípio, excluindo a rigidez dogmática, numa aposta no pluralismo jurídico, ajudaria também uma dogmática “fluida ou líquida”, deixando a cargo do Juiz adequar o direito à realidade, sendo o que se busca no Direito atual, a necessidade de adaptação à realidade que surge diante de novos e complexos casos.

Convém ainda fazer reflexões sobre a prudência, virtude que deve acompanhar as decisões do julgador. Prudência é a ação ponderada, discutida, examinada, enfim, deliberada. Aristóteles desenvolveu o conceito de *phronêsis*, legado por Platão, e concebeu uma importantíssima teoria geral da ação, uma hermenêutica da existência humana enquanto agente no mundo e sobre o mundo. A *phronêsis*/Prudência é virtude opinativa da alma, a *Prudentia* é considerada a mãe e a guia das virtudes. A ação prudente é cautelosa, mas, ao contrário do que pensa o senso comum, Prudência não é morosidade, aliás, não admite perda de tempo. É rápida e certa, pois, o *kairós* (o tempo, do grego, no sentido de agir bem, no momento certo) é inerente à virtude da Prudência. “Nem antes, nem depois”, como Odisseu (Ulisses) orienta a seu filho Telêmaco, na Odisséia

¹⁶³ Gustavo Zagrebelski, **A Justiça Constitucional - Natureza e limites do uso judiciário da Constituição**. tradução livre de Anderson Vichinkeski Teixeira. s/l., s/d. p. 40-47.

Homérica¹⁶⁴. Tendo examinado cuidadosa e cautelosamente a questão que se apresenta, ao Prudente urge agir de imediato. Mas examina, delibera¹⁶⁵.

A prudência do jurista se qualifica pela regra de escolha, de correção de critério que assegura a decisão justa e o bem humano. Sobre a prudência aristotélica, o pensador francês PIERRE AUBENQUE¹⁶⁶ afirmou: “Não há justiça, se a decisão é tardia. O momento, o tempo, que permite que a justiça ocorra, é determinado pela Prudência”. Renomado estudioso dessa doutrina em Tomás de Aquino, o Professor Doutor JEAN LAUAND¹⁶⁷ também atesta: “Na verdade, a *prudencia*, enquanto virtude da decisão, é a própria base da justiça e a *iurisprudencia* nada mais é do que a *prudencia* do *ius*”.

O pensamento prudencial deve guiar o aplicador do Direito na compreensão teórica e prática do direito social fundamental à moradia.

O juiz deve utilizar a interdisciplinaridade da Filosofia com a Sociologia e o Direito para exercitar a prudência aristotélica, logo após constatar que a virtude da Prudência se estabelece em circunstâncias bem peculiares. O saber científico, das ciências, esse saber “lógico” pode dispensá-la. Sobre todos os nossos conhecimentos já certos, como o saber dos seres em si e por si, imutáveis e eternos, tais quais a aurora e o crepúsculo, as estações do ano, os ciclos lunares, os matemáticos e geométricos, o saber das formas puras (ideia platônica), a mortalidade humana, enfim, coisas já assentadas, não se pondera, não se escolhe, não há o que discutir, alterar, portanto, não se delibera. Só se delibera, e nesse caso, a ação será orientada pela Prudência sobre “tudo o que é obra do homem”, como dizia Aristóteles, o que está sujeito à mudança, no caso, o Direito que permanece em constante transformação adaptando-se aos ideais da

¹⁶⁴ Ulisses orienta seu filho Telêmaco a agir no momento certo para atacar os pretendentes de sua esposa Penélope em Ítaca, após seu retorno inesperado.

¹⁶⁵ FÉLIX, Luciene. “Prudência em Aristóteles e a questão da sustentabilidade”. **Conhecimento sem fronteiras. Artigos de Filosofia.** Disponível em: http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_sustentabilidade.htm. Acesso em: 03.04.2009.

¹⁶⁶ *Apud* FÉLIX, Luciene, op. cit.

¹⁶⁷ *Apud* FÉLIX, Luciene, op. cit.

sociedade na busca da justiça e da igualdade social. O homem tem sentimentos, anseios e necessidades básicas que precisam ser supridas sob risco de ele perecer, tanto ele quanto sua família, sendo que, na ausência de recursos, uma das consequências será obstar a perpetuação da espécie.

Eis que a Prudência é outro gênero de conhecimento, é um saber moral porque há mérito em possuí-lo. Ela não existiria sem virtude moral. Em Aristóteles é a cisão do próprio mundo real que possibilita uma cisão paralela no interior da razão, não somente no interior da alma cognitiva (e seus modos de apreensão, exame, intelecção, cognoscência), mas da vida prática, contingente. Contingente é essa vida que as pessoas levam: instável, incerta, mutável, sujeita a atenuantes e agravantes, ao exame das circunstâncias, em suma, à deliberação.

A contingência fomenta, funda e alimenta a virtude da Prudência, faz dela sua morada pois, é justamente por vivermos num mundo contingente, ou seja, sujeitos ao trágico, ao inimaginável, ao infortúnio, é no solo do acaso e do incerto que emerge a “*auriga virtutum*”, a boa ação, a virtuosa, posto que bem pensada.

Conforme atesta AUBENQUE, citado por FÉLIX¹⁶⁸: “é a indeterminação dos futuros que faz do homem princípio; o inacabamento do mundo é o nascimento do homem”.

É por isso que não há como se atribuir à ciência meramente lógica, um valor moral, ela não é meritória, é o que é, da forma como se apresenta. Por isso que a prudência faz-se indispensável aqui, no Direito aliado ao caso concreto, após análise de fatores externos e internos que tornam o cidadão desamparado e carente da atuação do Poder Judiciário.

A tarefa do juiz, portanto, exige comprometimento com uma atividade jurisdicional voltada para a pessoa humana tendo como norte a dignidade humana. Uma jurisdição determinada a não favorecer a injustiça no mundo.

O juiz prudente, que se baseia na sabedoria aristotélica, que prega o uso da prudência, sabe que, mesmo numa sentença aparentemente simples, o mau uso da prudência esperada do juiz pode afetar a dignidade humana e ferir um princípio

¹⁶⁸ Op. cit.

para o qual se espera que afaste a carência humana e torne o homem saciado de suas necessidades básicas como o de possuir um teto para se abrigar.

5.3. Direito à moradia: uma questão atemporal

A origem da habitação tem raízes na formação das cidades, pois a partir desses conglomerados urbanos é que os indivíduos foram se agrupando e procurando o melhor lugar para se fixar junto com sua família ou formar uma família, e para realizar suas atividades.

A escassez de alimentos fazia com que homem vivesse de forma nômade e mudasse de lugar cada vez que as condições lhe fossem favoráveis, e as moradias eram improvisadas, como as cavernas, ou seja, o homem instalava-se onde era possível. Quando a necessidade de produzir seu próprio alimento passou a ser mais frequente, chegou o momento de o homem se reunir com seus familiares, de aceitar a convivência com outros iguais a si, e também com outras espécies de animais, reunindo-se então em aldeias que deram origem às cidades, das quais se tem notícia, que as primeiras formaram-se entre os anos 3.500 e 3.000 a.C nos vales do Rio Nilo, no Egito, e Tigre e Eufrates, na Mesopotâmia e posteriormente mais ou menos em 2.500 a.C no vale do Rio Indo, na Índia, e por volta de 1.500 a.C, na China¹⁶⁹. Então a agricultura pode ser considerada como o fator responsável pela fundação das cidades, e esse problema é tão atual que, nos dias de hoje, a ausência de terras é uma das principais responsáveis pelos conflitos referentes à falta de moradia.

A Grécia antiga já possuía uma preocupação maior com a democracia, com a participação política dos cidadãos, e por isso a formação de suas cidades levava em conta aspectos que ultrapassavam o arquitetônico, porque a liberdade dos cidadãos era uma das prioridades, portanto, os cidadãos tinham reconhecido o seu direito à propriedade.

¹⁶⁹ ROMANELLI, op. cit., p. 22.

Na Idade Média, com o sistema feudalista, cada feudo possuía a sua parcela individual de poder, houve descentralização do poder e por isso a propriedade e o direito à moradia estava condicionado à disponibilidade da terra que pertencia aos feudos.

Na Idade Moderna, o regime absolutista devolveu o poder ao monarca que passou a administrar a distribuição de riqueza, e conseqüentemente, da propriedade, pois agora as cidades tinham que ter o espaço para a indústria, para o comércio e também era preciso administrar o espaço rural. O problema da moradia pertencia ao governo que tinha o dever de distribuir a população diante desse contexto social, econômico e político vigente, no qual a democracia deveria ser exercitada para atender às necessidades mínimas dos cidadãos.

Mas a luta pela terra persistia, porque a terra era vista como uma mercadoria muito lucrativa, e a concentração de riquezas na mão de tão poucos fez com que a burguesia se revoltasse e reivindicasse direitos de propriedade de forma tão intensa que por muito tempo tais direitos foram considerados mais importantes que as necessidades fisiológicas do homem. É por tal razão que atualmente se faz a co-relação entre direito fundamental e direito de propriedade, porque tantas disputas levaram à conclusão de que o homem que não tem um teto para morar não possui uma vida digna e que sua sobrevivência também depende de uma moradia.

Com o advento do Estado Liberal, o homem passa a ter reconhecidos direitos fundamentais, e o Estado responsável por garantir esses direitos aos seus cidadãos, com a premissa de que ao mesmo tempo em que o interesse público tem que predominar, o interesse privado deve ser respeitado.

O Brasil que teve o regime ditatorial como característica, com algumas menções relevantes ao direito de propriedade, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que consolidou o Estado Democrático de Direito, quando, então, respeitar e garantir a dignidade da pessoa humana se fez imprescindível, o que suscitou inúmeras discussões sobre o que é realmente necessário para que o homem possua um ambiente agradável para se proteger e residir dentro de seus padrões

econômicos, com uma infraestrutura que supra suas necessidades físicas (água, luz, esgoto ou assemelhado) por um baixo custo.

Políticas públicas foram idealizadas e algumas realizadas para garantir aos cidadãos brasileiros o seu espaço dentro da cidade, um espaço que seja reservado e inviolável para ele se sentir protegido. O Poder Público tem o dever de reconhecer os componentes de uma moradia adequada que supra as necessidades do indivíduo acima apontadas e de desenvolver programas e projetos de habitação para satisfazer esse direito fundamental do cidadão.

Dentre as políticas públicas recentes para efetivar o direito à moradia, podem-se citar os dispositivos do Estatuto da Cidade, que, conforme visto anteriormente é uma lei que representou importante instrumento de política urbana, pois previu os conselhos municipais, estaduais e nacionais de desenvolvimento urbano, as audiências públicas, a gestão orçamentária participativa e o Plano Diretor.

Os Conselhos de desenvolvimento urbano, previstos no art. 2º. do Estatuto da Cidade, servem para a participação da população e de associações representativas de certos segmentos da sociedade na formulação, execução e acompanhamento de projetos, planos e programas de desenvolvimento urbano, por meio da gestão democrática, que é uma forma da população, por meio de associações de bairros, de representantes de segmentos da economia local, por exemplo, exigirem do Poder Público o que realmente precisa de acordo com a realidade local.

As audiências públicas, previstas no artigo 43, I do Estatuto da Cidade, por meio da publicidade e da participação popular, dão ao cidadão e às associações o direito de solicitar audiências para elucidar assuntos tocantes às atividades do Poder Público. Materializa a democracia participativa, aquela que os gregos valorizavam e que levava os cidadãos à Ágora para exercer a democracia.

A gestão orçamentária participativa permite aos cidadãos fiscalizar a reserva de recursos financeiros, para materializar obras destinadas a garantir direitos fundamentais, sendo que se defende no presente trabalho que eventual falta de recursos não pode ser invocada pelo Poder Público para se eximir da

obrigação de executar determinados serviços e obras. A referida gestão está prevista no artigo 4º., III do Estatuto da Cidade e no artigo 44¹⁷⁰.

O Plano Diretor é o instrumento que reúne as diretrizes para o desenvolvimento do Município e as estratégias de ocupação do território municipal, especialmente o urbano, com base na compreensão das funções econômicas, das características ambientais, sociais e territoriais do município, assim como de sua região de influência. O mencionado plano diretor está previsto no artigo 4º., III, “a” do Estatuto da Cidade.

Com relação aos instrumentos jurídicos adotados na Constituição Brasileira, o ordenamento jurídico brasileiro traz mais de uma opção, sendo que serão enumeradas a seguir, de forma enunciativa, apenas para demonstrar que existem formas do direito à moradia se tornar acessível à população, e que esta é uma necessidade atual para garantir um futuro melhor às próximas gerações.

A primeira e talvez a principal seja a Regularização Fundiária, que serve para resolver questões relacionadas à moradia como, por exemplo, imóveis que não foram registrados porque em sua maioria pertencem ao Poder Público, e por questões financeiras e burocráticas seus possuidores, que não possuem sua propriedade, não regularizaram sua posse, portanto, esses imóveis são constituídos de maneira informal e irregular. É o chamado “sistema de mercado imobiliário informal”, que tem como clientela a população de baixa renda que vive fora do modelo-padrão de desenvolvimento da cidade, e forma os chamados “assentamentos urbanos” como favelas, vilas, cortiços e loteamentos irregulares, que não atendem aos padrões urbanísticos ambientais, gerando aspectos sociais e ambientais negativos¹⁷¹.

A Regularização Fundiária está prevista no artigo 2º. do Estatuto da Cidade¹⁷², e tem como meta a urbanização e regularização destes assentamentos

¹⁷⁰ Art. 44. No âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal.

¹⁷¹ ROMANELLI, Op. cit., p. 104-105.

¹⁷² 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:

precários. Tal medida é tão importante para o futuro das cidades e área rural, e para o bem-estar de seus cidadãos, que a regularização fundiária deve ser uma das prioridades nas políticas públicas, adequando à realidade socioeconômica das regiões brasileiras, e auxiliando a população de baixa renda a sair da informalidade imobiliária.

Trata-se de uma forma eficaz de garantir o direito à moradia, e o plano habitacional anunciado pelo Governo Federal Brasileiro no ano de 2009 é a oportunidade para viabilizá-la, incentivando a população carente a participar do processo democrático por meio de instrumentos legais que permitam esse reconhecimento da cidadania. Tal processo começa por iniciativa dos Municípios, que vivem a realidade local, e em seguida conta com o subsídio dos Estados e da União. Dentre algumas sugestões a se fazer para agilizar o processo nas políticas públicas a serem adotadas, ROMANELLI¹⁷³ indica a existência de um contexto político, econômico, legal e de financiamento favorável que contemple a continuidade política; coordenação dos três poderes; sistema de representação democrática (este já está previsto no Estatuto da Cidade conforme visto anteriormente); facilitação de regras legais e procedimentos administrativos; fornecimento de recursos econômicos adequados por parte do Poder Público; implementação de programas que contenham objetivos cuidadosamente adaptados à realidade local (como já defendido neste trabalho) com claros e explícitos objetivos; taxas cartorárias acessíveis.

Enfim, o autor propõe soluções para efetivar a Regularização Fundiária, tais como políticas de integração entre Poder Público e a população necessitada, com projetos que permitam o acesso às medidas que facilitam a aquisição da casa própria, a qual, muitas vezes, as pessoas já a possuem, mas de forma irregular. A irregularidade fundiária afeta tanto a vida dos cidadãos que, somente para citar um exemplo, no Direito de Família, em caso de separação, divórcio ou dissolução de

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.

¹⁷³ Op. cit., p. 109-111.

união estável, no momento da partilha, muitas vezes o casal não consegue provar que construiu em um lote proveniente de um “terreno invadido”, ou seja, às vezes, o trabalho de uma vida inteira se torna inócuo porque no final da lide, o casal litigante não consegue obter o seu direito de partilha, que lhe é assegurado por lei.

Regularizar juridicamente a situação do imóvel em que reside é uma das formas mais corretas de o cidadão garantir o seu direito de habitar e assim poder fazer as suas benfeitorias, reformas e melhorias no imóvel para viver uma vida agradável, sozinho ou com as pessoas que convive.

Outra modalidade passível de regularizar o direito à moradia é a Usucapião, a qual está prevista no artigo 4º. do Estatuto da Cidade¹⁷⁴, e no artigo 9º. da mesma lei, que é praticamente uma repetição do artigo anterior, salvo pequenas adaptações, do que prevê a Constituição Federal de 1988¹⁷⁵, e também no artigo 10.

Também a lei mencionada conta com a participação popular num procedimento mais democrático para se propor Usucapião, pois prevê a propositura da ação de Usucapião por meio de associações de moradores (artigo 12 do Estatuto da Cidade). Inovou também no que tange à gratuidade de justiça para Usucapião especial urbana, bem como dos atos dos registros de imóveis (artigo 12, § 2º. do Estatuto), uma necessidade constante da população, que é o

¹⁷⁴ Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:
V – institutos jurídicos e políticos:
j) usucapião especial de imóvel urbano.

¹⁷⁵ Art. 9º Aquele que possuir como sua área ou edificação urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio será conferido ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, a posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

acesso aos procedimentos administrativos e judiciais para regularizar suas habitações. O Ministério Público também é parte legítima para ingressar com pedido de Usucapião, por se tratar de política urbana em prol do interesse coletivo.

O terceiro instrumento de facilitação do direito à moradia que merece destaque é o Direito de Superfície, previsto no artigo 1369¹⁷⁶ a 1377 do Código Civil e artigos 21¹⁷⁷ a 24 do Estatuto da Cidade. Ele consiste no direito real de construir, assentar qualquer obra ou plantar em solo de outrem. Sua importância se mostra por meio da crescente falta de espaço nas cidades no mundo contemporâneo, o que requer adaptações e concessões para que o espaço urbano seja de todos. Trata-se de uma inversão dos casos em que o privado invade os bens públicos, pois aqui o bem público que não estiver sendo utilizado será concedido ao particular por meio de direito real de construir, de assentar, etc.

ROMANELLI¹⁷⁸ sugere que o Direito de Superfície é uma forma de política habitacional que pode ser eficaz se o Poder Público o considerar com opção de destinação aos seus imóveis que estejam ociosos, e com a vantagem de manutenção do domínio do solo, sugerindo que se cobre IPTU (Imposto Sobre a Propriedade Territorial Urbana) progressivo nos casos em que o proprietário não se interessa em edificar, e pode-se ainda, por meio de regras disciplinadoras de uso e ocupação do território das cidades, definir áreas consideradas subutilizadas ou não utilizadas e aplicar sanções quando não cumprida a função social sobre elas de acordo com as políticas de desenvolvimento urbano. Também propõe um financiamento para a população de baixa renda apenas adquirir a propriedade superficiária ao invés de adquirir o solo para construir, o que melhoraria as

¹⁷⁶ Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

¹⁷⁷ Art. 21. O proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º O direito de superfície abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida no contrato respectivo, atendida a legislação urbanística.

¹⁷⁸ Op. cit., p. 121.

condições de vida de quem precisa produzir em uma terra e garantir o desenvolvimento de sua família.

O quarto instrumento para se efetivar o direito à moradia é a Desapropriação, que é uma limitação ao direito de propriedade e caracteriza-se por ser um instituto de Direito Administrativo, pelo qual o Estado mostra a sua soberania sobre todos os bens existentes no seu território. Contudo, analisando-se que é imperativo que a propriedade exerça sua função social, tendo isto como regra fundamental do Direito Civil que passou pelo processo de repersonalização, tem-se que a desapropriação é um instrumento eficaz para permitir aos cidadãos o acesso a novas moradias, garantindo assim o seu direito fundamental.

A Desapropriação pode ser decretada por utilidade e necessidade públicas (artigo 5º. do Decreto-lei nº. 3365/41) e por interesse social (artigo 2º. da Lei nº. 4132/62). E pela Constituição Federal de 1988, no artigo 153, § 22 e 161, se exige como seu fundamento a necessidade ou utilidade pública e o interesse social. Disso se extrai que, sendo para fins urbanísticos, a Desapropriação possui inegável utilidade pública ou interesse social. Para fins de reforma urbana, a desapropriação está prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 182, § 4º., III¹⁷⁹ (para quando a área não for edificada, quando estiver sendo subutilizada ou não utilizada).

A finalidade da Desapropriação para fins de reforma agrária é que os recursos passem a ser aplicados na prestação dos serviços para a coletividade, ao invés de permanecerem concentrados individualmente na mão dos que se apropriaram da riqueza, utilizando o espaço urbano para fins de especulação imobiliária. A própria indenização prevista atende ao princípio da igualdade, pois prevê que o valor da indenização seja menor que o valor de mercado, como forma

¹⁷⁹ Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

de promover a justa distribuição de benefícios e ônus da atividade urbanística, recuperando para a coletividade a valoração originada pela ação do Poder Público.

A quinta modalidade de efetivação do direito fundamental à moradia é a Concessão de Uso Especial. Ela consiste na outorga do uso de um bem público ao particular, para que este o utilize nas condições convencionadas com a Administração Pública. Ela pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, e necessariamente deverá ser precedida de autorização legal e, normalmente, de licitação para o contrato, seguindo a regra da supremacia do público sobre o privado.

A Concessão de Uso de imóvel público para fins de moradia está prevista na Medida Provisória nº. 2220, de 04.09.2001¹⁸⁰, e funda-se no princípio constitucional da função social da propriedade e tem a finalidade de assegurar o cumprimento do princípio da igualdade de conferir à população de baixa renda que vive em favelas, tratamento igualitário em relação ao direito à moradia.

Os moradores de favelas que vivem tanto em áreas públicas quanto em áreas particulares, e que atendam aos requisitos constitucionais quanto à posse da área que utilizam para sua moradia, devem ter o reconhecimento jurídico de exercerem o direito à moradia na área onde vivem, como regra geral.

A Concessão de Uso de imóvel é instrumento hábil a regularizar terras públicas que foram informalmente ocupadas pela população de baixa renda, e quem atende aos requisitos previstos na Medida Provisória tem o direito de receber o título de concessão de direito especial de uso. O regime especial dos bens públicos continua preservado, pois continua a ser de domínio da União, Estados ou Municípios, apenas se concede o uso do imóvel para atender a função social da cidade, que é proporcionar a moradia aos seus habitantes. Por isso, a

¹⁸⁰ Art. 1º Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

importância de um planejamento urbano adequado a fim de a cidade atender os direitos de habitação dos cidadãos e estabelecer medidas necessárias à efetivação desse direito, com a elaboração do Plano Diretor que definirá quais são as áreas que deverão ser objeto de urbanização e regularização fundiária, para melhorar a situação das favelas que crescem a cada dia e obstem o desenvolvimento sustentável das cidades, pois afetam o equilíbrio ambiental e social destas.

Os próximos meios legais de efetivação do direito à moradia que serão aqui enumerados podem ser considerados soluções para o futuro do direito à moradia, pois a dimensão dos problemas da falta de moradia é um fato que se não for contido, causará grave impacto na organização das cidades, que devem estar aptas a receber seus cidadãos que nascem todos os dias, devendo reservar um lugar dentro delas para cada ser humano. À medida que as cidades aumentam e a população sai do campo para procurar melhores condições na vida urbana, aumentam os problemas sociais e ambientais, e cabe aos estudiosos e ao Poder Público encontrar formas para adequar a vida na cidade de modo que todos lá se sintam realizados.

O Regularizador Social pode ser apontado como a primeira das formas a se efetivar o direito à moradia, pois analisa as diferenças sociais estabelecendo parâmetros entre a camada pobre da população e a camada abastada vivendo nas cidades, constatando a desigualdade e partindo desse princípio, estabelecer condições para o desenvolvimento das camadas mais pobres, em especial no acesso ao setor imobiliário, por meio de políticas públicas adequadas como, por exemplo, acesso a terrenos a preços acessíveis de modo regular, com transferência de propriedade regular e impedindo que se façam loteamentos irregulares, problema frequente nas grandes metrópoles.

Uma política habitacional se faz necessária para impedir problemas atuais nas grandes cidades, como: assentamentos irregulares; loteamentos clandestinos, e invasões de terrenos públicos, questões essas que entravam o desenvolvimento das comunidades e causam problemas como a criminalidade, a desigualdade e o impacto ambiental. Os setores marginalizados da cidade devem ser atraídos para

a regularidade imobiliária, com incentivos para que lotes, por exemplo, sejam disponibilizados de modo acessível à população de baixa renda, e também com a informação aos desavisados sobre os riscos de adquirir um imóvel proveniente de loteamentos clandestinos.

A segunda forma a ser apontada como eficaz para o direito à moradia se consolidar é uma fórmula que já foi adotada pelo governo brasileiro, mas que se renova de acordo com realidade econômica do país. Trata-se do Financiamento de Habitação. O capítulo 4 traz um tópico dedicado ao pacote habitacional anunciado pelo governo brasileiro em março de 2009, e explica que estão previstos financiamentos para a população de baixa renda ter acesso à sua moradia. Isso confirma a informação de que a fórmula se repete há tempos, mas precisa se adaptar à necessidade do momento, a exemplo do que ocorreu no BNH- Banco Nacional de Habitação -, criado nos anos 60 e extinto em 1986, que na época representava o que havia de mais inovador e adequado sobre habitação, mas que caminhou para o fracasso quando já não correspondia aos interesses do seu público-alvo, que era o proletariado, haja vista que ocorria também a ascensão da classe média nos anos 80, que buscava novas formas de habitação.

Atualmente, o que existe é um programa de destinação de recursos a Municípios e Estados, denominado Programa Nacional de Apoio à Regularização Fundiária Sustentável, que se divide em Manual de Operações e respectiva Instrução Normativa, referente a três linhas de crédito a fundo perdido com recursos do orçamento geral da União, sendo que a primeira linha destina-se aos Municípios e Estados que não iniciaram qualquer tipo de programa ou levantamento para a determinação das irregularidades existentes, ou seja, aqueles que estão ignorando as informações sobre a realidade local, e precisam coletar dados. A segunda linha visa a montagem, formatação e implementação de programas municipais ou estaduais de regularização, e a terceira linha se presta aos Municípios e Estados que possuem seus programas de regularização inacabados, e não conseguiram avançar especificamente na condução de ações coletivas de usucapião especial urbano ou na montagem do aparato necessário para o recebimento da concessão de uso especial para fins de moradia.

A linha de crédito atende aos princípios democráticos que fundamentam o acesso da população ao direito à moradia, porque acrescenta como parte legítima Organizações Não-Governamentais, associações, fundações, entidades destinadas a assistência sócio-jurídica às comunidades moradoras em assentamentos informais.

Contudo, os recursos disponíveis ainda são limitados, e para serem viabilizados, demandam um orçamento adequado, destinação de recursos que, no âmbito estadual, serão encaminhados em forma de fundo às companhias de habitação estaduais (no caso do Paraná, a COHAPAR – Companhia de Habitação Paranaense) para que direcionem os investimentos a serem realizados, não sem antes haver um estudo pré-ordenado. Este fundo promoverá a Regularização Fundiária, e o Poder Público irá promover por meio dele a moradia adequada aos cidadãos, com infraestrutura, após desenvolver ações de planejamento por meio de programas que permitam o acesso à população ao seu direito de possuir um teto.

A terceira modalidade de facilitar o acesso à moradia diz respeito à necessidade de integração das pessoas jurídicas de direito público, é representada pela Lei Complementar Estadual nº. 119/07, que institui o Sistema Estadual de Habitação de Interesse Social e cria o Fundo Estadual de Habitação e Regularização Fundiária de Interesse Social – FEHRIS, oriunda da Lei Federal nº. 11.124/05, que estabeleceu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, incluindo entre seus componentes todos os órgãos e as instituições integrantes da administração pública direta ou indireta, das esferas federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, e instituições regionais e metropolitanas que desempenhem funções complementares ou afins de habitação. O objetivo do SNHIS é implementar políticas e programas habitacionais à população de baixa renda, de modo a proporcionar-lhes moradia digna.

A Lei 11.124 cria o FNHIS – Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - no artigo 7º., que é responsável por centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS, destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda,

sendo que seguir-se-á a política habitacional de que os recursos serão aplicados de forma descentralizada, por intermédio dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No Paraná, cumpre mencionar que a gestão da política habitacional se presta por meio da COHAPAR – Companhia Habitacional Paranaense, que é uma sociedade de economia mista que visa integrar o Paraná no Sistema Financeiro de Habitação e que inicialmente operava com recursos do Banco Nacional de Habitação (BNH). Na década de 70, o Paraná contava com esse sistema para atender à demanda de moradia para a população que trabalhava nas indústrias, procurando reduzir o *deficit* habitacional nas cidades e para evitar a proliferação de habitações precárias, em áreas de encosta ou mananciais, o que causa problemas até os dias de hoje. O Paraná também adotou alguns programas de habitação ante a necessidade de adequar certos cidadãos que vivem em condições muito específicas, como índios que residem em áreas irregulares, agricultores que residem na zona rural; catadores de lixo que migram de acordo com as condições de coleta, enfim, a necessidade local determinou a política habitacional que foi adotada pelo governo estadual para evitar conflitos entre o direito de moradia e o interesse coletivo de proteção do meio ambiente.

A necessidade de ampliar os programas habitacionais levou à criação de programas de mutirão a fim de facilitar a construção de casas nas cidades que passaram pelo processo de industrialização, e outros programas habitacionais descritos a seguir: programa direcionado aos bóias-frias denominado Vila Rural; Programa Casa da Família, no qual os Municípios administravam os recursos que lhes eram repassados diretamente pelo Estado e doavam o terreno aos beneficiários, adquirindo materiais e contratavam mão-de-obra especializada para executar os trabalhos no canteiro de obra; e, por fim, e o mais inovador, o Sistema de Gestão Comunitária, implantado em 2003, o qual trouxe efetiva participação da comunidade, pois as famílias participam da escolha e aprovação dos projetos arquitetônicos e de urbanização das unidades habitacionais e acompanham a evolução do processo construtivo das obras, até a comercialização.

Por se tratar do órgão responsável por desenvolver a política habitacional do Estado do Paraná, a COHAPAR é reconhecida por desenvolver inúmeros projetos inovadores e adaptados à condição social de seus beneficiários. A seguir as palavras de ROMANELLI:

Todo o trabalho que vem sendo implementado atualmente segue diretrizes legais. Coerente com a Constituição, que considera a habitação como um direito do cidadão, com o Estatuto da Cidade, que estabelece a função social da propriedade, a gestão participativa e democrática, a Política de Habitação instituída pela Cohapar visa promover as condições de acesso à moradia digna aos segmentos da população de baixa renda, promovendo a inclusão social.¹⁸¹

As políticas públicas demonstradas anteriormente mostram que programas habitacionais que promovem informação e participação popular para facilitar o acesso à casa própria se tornam eficazes quando elaborados com seriedade e transparência, e que o passar do tempo mostrará se serão necessárias adaptações ou modificações nos projetos, na utilização dos recursos, aquisição de materiais, contratação de mão-de-obra e acesso a despesas e taxas cartorárias.

O Brasil possui ainda um programa de habitação denominado “Casa da Família”, que tem como órgãos financiadores o Governo Federal, o Ministério das Cidades e a Caixa Econômica Federal, que atua em diversas modalidades, atendendo famílias com renda de até um salário mínimo mensal.

As políticas públicas habitacionais brasileiras e os programas anteriormente citados refletem as condições sócio-econômicas do país, um paradoxo no qual alguns possuem muito e se utilizam disso para auferir lucro, criando um mercado imobiliário paralelo e às vezes ilegal, enquanto outra parcela da população forma um amontoado de sub-moradias vivendo em condições precaríssimas, para a qual se demanda soluções urgentes, sob risco de degradação social e ambiental nas cidades.

Verificou-se que o Estado do Paraná, há mais de 30 anos adota o tema moradia como uma das suas preocupações políticas, por se tratar de um Estado

¹⁸¹ Op. cit., p. 149.

essencialmente agrícola e ao mesmo tempo preocupado com o êxodo causado pela industrialização. Contudo, por se tratar de um Estado brasileiro cujas cidades ainda não sofrem com os problemas de inchaço populacional, a exemplo das cidades do Rio de Janeiro e de São Paulo, parece ser mais fácil conciliar a questão social com a ambiental no seu espaço.

O futuro da habitação no Brasil depende da correta aplicação dos recursos destinados à moradia, bem como da concretização dos programas anunciados para que não traduzam apenas promessas de campanha política, pois o direito à moradia é uma necessidade básica do indivíduo, que já não suporta mais viver às margens da sociedade. Para o Poder Público, não é difícil viabilizar o acesso a tal direito essencial, pois ele detém em suas mãos recursos aptos a destinar à população, entretanto, deve agir com cautela e discernimento para que sejam bem aplicados. Tanta discussão, tanto estudo ainda não compete com o poder que o Estado tem de cumprir o seu dever de elaborar políticas públicas que atendam à carência habitacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia é um direito fundamental social, e decorre de uma necessidade básica do ser humano, assim como decorre de uma liberdade humana, no que se refere ao seu patrimônio.

A Constituição Federal de 1988 contempla a propriedade, no presente trabalho descrita como “moradia”, por abranger uma necessidade essencial do ser humano, como direito fundamental e como princípio da ordem econômica. Ela interferiu nas relações de Direito Privado, particularmente quando se trata da propriedade e da sua função social. Mais do que ser princípio de ordem econômica, propriedade e sua função social passaram a integrar os princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal privilegiou a dignidade humana em prejuízo da valorização do patrimônio, e a prevalência do individual foi superada pelo interesse coletivo.

O conteúdo do direito de propriedade foi redesenhado, sendo agora limitado em função do interesse social. Com isso, o principal fim das normas que buscam assegurar o direito à moradia é a dignidade da pessoa humana.

A repersonalização do Direito Privado pode ser comparada à máxima de Protágoras (487-420 a.C.), representante dos sofistas, nos primórdios da História da humanidade, na Grécia Antiga, que considerava o homem como a medida de todas as coisas, pois se reconheceu que a proteção ao ser humano deve estar acima da proteção patrimonial.

O reconhecimento do patrimônio mínimo da pessoa humana busca garantir a sobrevivência com dignidade. O valor que ela possui é o mesmo que sustenta a vida digna do indivíduo, pois ela está na categoria do mínimo necessário à existência do ser humano.

O paradigma biocêntrico se concretiza no sentido de reconhecer que o homem é apenas parte integrante do cenário do mundo, pois os interesses contemporâneos estão relacionados com a busca por alternativas que revertam a degradação ambiental e o desenvolvimento das cidades. Assim, a ocupação do

espaço territorial está diretamente ligada à questão ambiental, almejando a utilização correta dos recursos naturais e distribuição adequada das moradias, de modo a não prejudicar o meio ambiente, adotando-se soluções para garantir o desenvolvimento sustentável previsto constitucionalmente.

O direito à moradia é um direito fundamental social, de segunda geração, pois fundamentado na igualdade pregada pelo modo de produção socialista, e é reconhecido internacionalmente nas Declarações e diplomas legais que tratam de direitos humanos. O direito à moradia também guarda relação com o Direito Natural, se levar em conta que é um direito essencial à sobrevivência do indivíduo.

O crescimento da população causa inchaço nas grandes cidades e dificulta ao Poder Público o adequado atendimento às necessidades sociais, o que gera expectativa para que ele crie programas habitacionais que correspondam à realidade local.

Uma sociedade que assiste ao sofrimento de seu povo causado pela dor da miséria é uma sociedade doente. A dignidade é arrancada da sociedade toda, quando esta nada faz para diminuir as desigualdades sociais que ocorrem diante de seus olhos.

A transformação depende de esforços dos particulares que têm a seu favor meios legais de participação popular; do Poder Público, que deve organizar seu orçamento de modo a viabilizar o direito à moradia para a população, e também dos operadores do Direito que, usando seu conhecimento técnico, devem perquirir acerca das alternativas possíveis na busca do efetivo respeito aos direitos sociais, fazendo com que o Estado cumpra o seu dever de garantir ao cidadão o direito de viver em uma sociedade que busque, por meio da atuação dos poderes constituídos e das organizações civis não governamentais, a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos, nos exatos termos do que estabelece o art. 3º, III e IV, da Constituição Federal.

Quanto à política habitacional anunciada em 2009, ao Governo Federal, cabe a elaboração de políticas públicas voltadas para as desigualdades regionais específicas de cada região. Aos Estados, cabe a captação de recursos para

viabilizar os financiamentos previstos na lei, enquanto que aos Municípios, cabe a busca de parcerias com a iniciativa privada, bem como o suporte territorial, escolhendo locais adequados para implementar os programas habitacionais.

Os três poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) têm mais uma vez o compromisso de elaborar suas funções dentro de uma margem de atuação que respeite fatores históricos, políticos, sociais e ambientais que lhe permitam exercer suas funções priorizando os direitos fundamentais do cidadão dentro do contexto que as necessidades pertencem.

Aos particulares, cumpre exercer sua função de cidadão participando de assembleias e convocações, e nunca é demais frisar que o cidadão tem o poder e o dever de exigir dos governantes o que for melhor para a sociedade.

Na prática, significa que para que os direitos sociais possam ter real implementação, é necessário que o Poder Executivo, enquanto responsável pelos atos de administração do Estado, promova a elaboração de políticas públicas em forma de estratégias de atuação na busca da efetividade do direito à moradia, sendo que o poder discricionário do administrador público deve ser analisado com absoluta cautela em se tratando de um direito fundamental social, como é o direito à moradia.

Existem programas e projetos habitacionais desenvolvidos pelo Governo brasileiro que prometem efetivar o direito à moradia. A grande expectativa em torno disso é que não se tratem apenas de promessas de campanha política, mas que se tornem eficazes, para que, então, cada cidadão possa ter o orgulho, a felicidade e a segurança de dizer que possui um teto para se abrigar e desenvolver sua vida.

Mas as soluções para o tema devem ser vistas de forma positiva, pois boas notícias em relação ao desenvolvimento, que na atualidade está em natural inclinação para o desenvolvimento. A população está ficando mais velha, portanto, com maiores chances de buscar qualidade de vida, o que pode incentivar a busca e a cobrança de melhorias nas suas necessidades básicas.

Outro fator que merece destaque é a necessidade de políticas públicas voltadas para a educação. Pessoas qualificadas produzem muito mais,

desenvolvem melhor suas atividades e sabem aproveitar melhor as políticas públicas idealizadas pelo governo. O caminho para a conquista dos direitos é a educação.

No caso da moradia, efetivar as políticas públicas é mais fácil que para outros setores, porque o Estado dispõe de recursos e os detém o modo de distribuição. Entretanto, não adianta distribuir habitações coletivas ou individuais se faltar formação educacional a quem os recebe, sob risco de serem depredados, destinados ao abandono e ao mercado ilícito.

É inegável que a moradia é um direito fundamental, para o qual todos devem ter acesso incondicionalmente, mas a fiscalização deve ser contínua para que não haja lesão ao próprio direito individual. A educação do povo demonstrará que houve correta aplicação das verbas públicas.

Buscam-se novas soluções para velhos problemas, é verdade. Mas é inevitável esbarrar na questão da educação de uma população, porque esta também é um direito fundamental entendido como de segunda geração, que caminha ao lado da dignidade do homem.

Verificou-se que o Direito passou por transformações ao longo do tempo. Primeiro, reconheceu que o homem era figura principal, estando acima da propriedade. Depois, reconheceu que o ser humano não é mais a figura principal, é apenas parte integrante do cenário representado pelo mundo.

Contudo, mais do que nunca, se reconhece, atualmente, que o homem possui uma dignidade que deve ser intocável, e para ela estar garantida, deve a pessoa humana estar saciada em suas necessidades morais e materiais, sendo que nesta última se enquadra o direito à moradia. O indivíduo precisa de um teto para se cobrir, para ter momentos de privacidade, para proteger seus filhos, criá-los e desenvolver suas aptidões sob a proteção desse teto, ou seja, o direito à moradia se confunde com a própria existência do ser humano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana** (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1999. 352 p.

ARISTÓTELES. **A Política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. 15. ed. Rio de Janeiro: Ediouro Publicações, 1988. 348 p.

BARROSO, Luís Roberto. “Quando a política vai mal, o Judiciário toma conta”. *In*: Jus Brasil Notícias. Entrevista à revista Consultor Jurídico em 21.09.2008. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/112078/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-constitucionalista>. Acesso em: 05.03.2009.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait, 4. ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997. 168 p.

_____. **Locke e o direito natural**. Brasília: UnB, 1997. 255 p.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14.10.2008.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14.10.2008.

_____. **Constituição da Republica dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14.10.2008.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14.10.2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14.10.2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14.10.2008.

_____. **Lei 10.257/01**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10.03.2008.

CABRAL, Themys. “Déficit habitacional do PR cairá 14%”. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 27.03.2009, p. 12.

CARRIEL, Paola. “País tem um terço de moradias inadequadas”. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 22.1.2008, p. 11.

CLÈVE, Cleverson Merlin. “A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais”. **Revista Crítica Jurídica**. n. 22. jul/dez/03. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/22/pr/pr4.pdf>.

COMPARATO, Fábio Konder. “Fundamento dos Direitos Humanos”. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**. 1997. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/artigos>. 22 p.

“Construção popular terá R\$ 34 bi”. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26.03.2009. Caderno de Economia, p. 18.

COSTA, Moacir Lobo da. “A propriedade na doutrina de Duguit: exposição e crítica”. **Revista dos Tribunais**. v. 791. São Paulo, 2001. p. 759-770.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998. 200 p.

DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones del Derecho – Publico y Privado**. Trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaés. Buenos Aires: Editorial Heliasta, s/d. 268 p.

EDITORIAL DE CIDADES. “Telêmaco Borba fora do Programa Habitacional do Governo Federal”. **Jornal O Correio do Vale**. 05.04.2009.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Coleção Grandes Obras do Pensamento Universal. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Escala, 2004. 192 p.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2001. 360 p.

FÉLIX, Luciene. “Prudência em Aristóteles e a questão da sustentabilidade”. **Conhecimento sem fronteiras. Artigos de Filosofia**. Disponível em: http://www.esdc.com.br/CSF/artigo_sustentabilidade.htm. Acesso em: 03.04.2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002. 424 p.

GAARDER, Jostein. **O mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. Trad. João Azenha Jr. São Paulo: Ed. Companhia das Letras, 1995. 555 p.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Políticas públicas e direitos sociais**. Anais do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Belo Horizonte: CONPEDI, 2007. p. 6895-6914.

“Governo vai dar subsídios de 16 bi ao bolsa-habitação”. 25.03.09 Agência Estado. <http://www.ultimosegundo.ig.com.br/economia/2009/03/25/governo+vai+dar+subsídios+de+r+16+bi+ao+bolsa+habitacao+5045958.html>. Acesso em 25.03.2009.

GUERRA, Sidney e EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. “O princípio da dignidade humana e o mínimo existencial”. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VII, nº. 9 - Dezembro de 2006. <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista09/Artigos/Sidney.pdf>. Acesso em: 13.03.09.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Coleção Os Pensadores. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Ed. Abril Cultural, 1979. 517 p.

INSTITUTO DE DIREITO SANITÁRIO APLICADO. “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45-9. Proced.: Distrito Federal. Relator : Min. Celso de

Mello. Argte.(s): Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Adv.(a/s): Gustavo Arthur Coelho Lobo de Carvalho e outro(a/s). Argdo.(a/s): Presidente da República. Adv.(a/s): Advogado-Geral da União. Julg. 29/04/2004. Publ.DJ 04/05/2004.P.00012”.Disponível.em:http://www.idisa.org.br/site/idisalegis/visualiza_conteudo.php?sub=157&cont=1880&cat=24. Acesso em 31.03.2009.

LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo de saberes**. Rio de Janeiro: Ed. Garamond, 2004. 85 p.

_____. **Saber Ambiental. Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade, Poder**. Petrópolis: Ed. Vozes, 2001. 343 p.

LEITÃO, Mirian. “Teto Público”. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 26.03.2009. Caderno de Economia, p. 23.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Coleção A obra-prima de cada autor. Trad. Alex Marins. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2009. 158 p.

LUCENA, André Queirós de. “De Pufendorf a Rousseau: apontamentos acerca da representação e vontade geral”. **Revista de Iniciação Científica da Faculdade de Filosofia e Ciências de Marília-SP**. v. 8, n.3, 2008. p. 289-298.

“Lula anuncia R\$ 34 bi para a construção de 1 milhão de casas populares em 2 anos”.25.03.2009.http://www.pt.org.br/portalpt/index.php?option=com_content&task=view&id=75113&Itemid=195. Acesso em 25.03.2009.

MARQUES, Luis Eduardo Rodrigues. **Gerações de Direitos: fragmentos de uma construção dos direitos humanos**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, Núcleo de Estudo dos Direitos Fundamentais e da Cidadania. Orientador: Professor Doutor Sérgio Resende de Barros. Piracicaba-SP: 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/dissertacoes/a_pdf/disserta_geracao_direitos.pdf. Acesso em: 03.03.2009.

MONTFORT ASSOCIAÇÃO CULTURAL. “Rerum Novarum. Carta Encíclica da Sua Santidade o Papa Leão XIII. Sobre a Condição dos Operários. 15 de maio de 1891”.<http://www.montfort.org.br/index.php?secao=documentos&subsecao=enciclicas&artigo=rerumnovarum&lang=bra#Apropriedadeparticular>. Acesso em 14.03.2009.

MORAES, Maria Celina B. “A caminho de um direito civil constitucional”. *In: Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, ano 17, p.21-22, jul./set. 1993.

MORE, Thomas. **Utopia**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Escala, 2004. 112 p.

ORGIS, Guido. “Um bônus para o Brasil.” **Gazeta do Povo**. Curitiba, 18.07.2009. Caderno G ideias, p. 01-03.

PALERMO, Carolina; MORAIS, Gabriela; COSTA, Marianne e FELIPE, Carolina. “Habitação social: uma visão projetual”. **IV Colóquio de Pesquisas em Habitação “Coordenação Modular e Mutabilidade”** 14 e 15 de agosto de 2007, Escola de Arquitetura da UFMG.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 722 p.

PERES, Pedro Pereira dos Santos. “O direito à educação e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 417, 28 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5633>. Acesso em: 16 mar. 2009.

PIOVESAN, Flávia e VIEIRA, Renato Stanzola. **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas**. Artigo publicado em <http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>. Acesso em: 11.03.2009.

PUFENDORF, Samuel. **Os deveres do homem e do cidadão: de acordo com as leis do direito natural**. Trad. Eduardo Francisco Alves. Rio de Janeiro: Ed. Topbooks, 2007. 542 p.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003. 306 p.

RICARDO, David. **Princípios de Economia Política e de Tributação**. Trad. Maria Adelaide Ferreira. 3. ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. 512 p.

ROMANELLI, Luiz Claudio. **Direito à Moradia à Luz da Gestão Democrática**. 2. ed. Curitiba: Ed. Juruá, 2007. 186 p.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **A origem da desigualdade entre os homens**. Trad. Ciro Mioranza. São Paulo: Ed. Escala, 2004. 112 p.

SANTOS, Boaventura Sousa. “As tensões da modernidade”. In: **Revista do Programa Avançado de Cultura Contemporânea-UFRJ. Ensaios**. Disponível em: http://www.arquivos.fir.br/disciplinas/001DHU1_astensoesdamodernidade.pdf. Acesso em: 03.03.2009.

SANTOS, Eliane Celina Afra. **Histórico dos Direitos Humanos. Sua implantação e consolidação**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B698B8AC0-BAEB-4FDE-9DB5-B17F7AE7DDC0%7D_9.pdf. Acesso em: 04.03.2009.

SAKAMOTO, Leonardo. “Como expulsar drogados, mendigos e outros estorvos”. **Blog do Sakamoto**. Disponível em: <http://colunistas.ig.com.br/sakamoto/2009/06/24.06.2009>. Acesso em 10.07.09.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2006. 429 p.

_____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1998. 500 p.

_____. “O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia”. In: **O Direito Fundamental à Moradia**. Disponível em: <http://iargs.com.br>. Acesso em: 30.06.2008. p. 03-07.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004. 362 p.

SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos”. In PIREZ, Adilson Rodrigues e TORRES, Heleno Taveira (org.)

Princípios de Direito Financeiro e Tributário. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. s/l: Ed. Renovar, s/d.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do Neoconstitucionalismo.** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto937.pdf>. Acesso em: 31.03.2008.

SCHUTA, Andréia. “O direito de propriedade na Constituição Federal de 1988”. **A advocacia iniciante e os novos rumos do Direito – Estudo aplicado – tomo II.** Coleção Comissões, v. II. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2006. 404 p.

SERRES, Michel. **O contrato natural.** Trad. Beatriz Sidoux. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. 195 p.

SILVA, José Robson. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 472 p.

SILVA, Márcio Luís. **A função social da propriedade segundo o Estatuto da Cidade: a necessidade de uma interpretação crítica e extensiva.** Disponível em: <http://www.ibdu.org.br/imagens/AFUNCAOSOCIALDAPROPRIEDADESEGUNDOOESTATUTODACIDADE.pdf>. Acesso em: 27.02.09.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. 367 p.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **A Justiça Constitucional - Natureza e limites do uso judiciário da Constituição.** Tradução livre de Anderson Vichinkeski Teixeira. s/l. s/d. 55 p.

_____. **El Derecho dúctil.** 2. ed. Madrid: Ed. Trotta, 1997. 157 p.