
O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL, E A SUA EFETIVAÇÃO À LUZ DO ESTATUTO DA CIDADE

Helano Márcio Vieira Rangel

Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).
Professor da Faculdade Estácio do Ceará. Pesquisador do Conselho Nacional de Pesquisa e
Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) – CE. End. eletrônico: helanorangel@gmail.com

Jacilene Vieira da Silva

Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio do Ceará – CE.
End. eletrônico: vieirajaci@ig.com.br

Resumo: O presente ensaio analisa o direito à moradia à luz da constitucionalização e repersonalização do Direito Civil, por meio de um enfoque específico sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade. O objetivo primário da pesquisa é o de demonstrar o direito à moradia como um direito humano consagrado internacionalmente, assim como um direito fundamental social indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna. A pesquisa buscou ainda elucidar que a efetivação do direito à moradia é de competência estatal, a qual deve ser levada a cabo por meio de políticas públicas e dos instrumentos urbanísticos contidos no Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001). A efetivação do direito à moradia deve ser construída a partir de uma gestão democrática da cidade, com a participação da sociedade civil e de suas entidades representativas. O presente estudo foi construído a partir de análises bibliográficas e documentais. A pesquisa é basicamente qualitativa e explicativa.

Palavras-chave: Moradia. Dignidade da pessoa humana. Estatuto da Cidade. Mínimo existencial.

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO DWELLING AS EXISTENTIAL MINIMUM AND ITS EFFECTUATION IN THE LIGHT OF CITY STATUTE

Abstract: *The present essay analyzes the right to dwelling in the light of constitutionalization and the re-personification of civil law, through a specific approach on the principle of human dignity and the social function of property. The primary objective of the research is to demonstrate that the right to dwelling is a human right consecrated internationally, as well as a fundamental social right indispensable to the composition of existential minimum for a dignified living. The research still sought to elucidate that the effectuation of the right to dwelling is a competency of the state, which may be executed by means of public policies and urbanistic instruments comprised on the city statute (Law n° 10.257/2001). The effectuation of the right to dwelling must be established from a democratic and participative management of the city, with the participation of civil society and its representative entities. The present study was accomplished from bibliographical and documental analysis. The research is basically qualitative and explanatory.*

Key Words: *Dwelling. Human dignity. City Statute. Existential minimum.*

1 INTRODUÇÃO

Um dos mais nítidos efeitos da exclusão social e do desnível de renda entre as famílias brasileiras é o déficit habitacional e a moradia precária em áreas de risco. O direito à moradia é um dos núcleos que possibilita a consecução da dignidade da pessoa humana, razão pela qual deve ser implementado em todos os níveis.

O principal objetivo da presente pesquisa é o estudo e a reflexão sobre a importância do direito à moradia como direito fundamental de responsabilidade do Estado Brasileiro, buscando identificá-lo na Constituição Federal de 1988 e no sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

De início, reflete-se sobre a propriedade e a sua função social. Nesse passo, busca-se entrelaçar o direito à moradia com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o enfoque do direito à moradia

como um dos requisitos para o alcance da função social da propriedade urbana. Analisam-se ainda os instrumentos urbanísticos que efetivam a concretização do direito à moradia no Estatuto da Cidade.

Afinal, qual a relação entre moradia e dignidade da pessoa humana? Quais os instrumentos da política urbanística que efetivam o direito à moradia digna? Qual a relação entre a função social da propriedade e o direito à moradia? São algumas das indagações que a pesquisa busca responder.

2 UM NOVO OLHAR SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE

A moderna conceituação do direito de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se sob uma perspectiva essencialmente social. É que a noção de propriedade baseia-se no estatuto jurídico do Estado Democrático de Direito regido por uma Constituição Social.

Fruto de um processo de constitucionalização do Direito Civil, o direito de propriedade se orienta pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, solidariedade social, da igualdade e da função social da propriedade. Tais princípios, que ocupam o topo da pirâmide normativa, dão sustentáculo aos direitos fundamentais instituídos pela Constituição Federal de 1988.

Oportuno se faz analisar, dentro do contexto da constitucionalização da ordem civilista, o fenômeno jurídico da repersonalização do Direito Civil, que conforme ensina Lôbo (1999), consiste no fenômeno contemporâneo que retira o patrimônio do centro do ordenamento jurídico para colocar a pessoa humana em seu lugar¹.

Desse modo, o exercício da propriedade, em razão da constitucionalização e publicização do Direito Civil², passou a ser condicionado à sua função social. E o direito à moradia digna ganhou a qualificação de direito social fundamental, compondo o mínimo existencial (art. 6º da CF/88)³.

¹ LÔBO, 1999. Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 9 set. 2010.

² Lôbo sustenta que “a publicização deve ser entendida como o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que a constitucionalização tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos. Enquanto o primeiro fenômeno é de discutível pertinência, o segundo é imprescindível para a compreensão do moderno direito civil”. Cf. LÔBO, 1999.

³ Idem, 2009, p. 49.

O novo direito de propriedade parte da função interventiva estatal sobre a ordem econômica a fim de regular e equilibrar as relações privadas de cunho socioeconômico, desniveladas pelo capitalismo financeiro transnacional. Esse sistema, de índole neoliberal, pretende afastar por inteiro a intervenção por parte do Estado sobre o domínio econômico e as relações sociais.

O conceito do direito de propriedade evoluiu a ponto de ser tratado em caráter transdisciplinar, eis que encontra guarida e fundamento tanto no Direito privado quanto no Direito público. A propriedade deixou de ser um direito eminentemente privado e absoluto, para relativizar-se em prol de sua função social. Desse modo, não mais se desvincula do Direito Constitucional, que é o fundamento de validade de todos os ramos do direito. É o que se demonstrará a seguir.

2.1 A função social da propriedade urbana

A Constituição Federal de 1988 representa, após longos anos de totalitarismo da ditadura militar, um marco importante no que diz respeito ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, tanto de índole individual, como social. Fruto de um intenso debate entre diversos setores da sociedade, a Constituição Federal tornou-se um importante fórum democrático de efetivação dos valores fundamentais de uma sociedade aberta⁴.

Todo o ordenamento jurídico é norteado por princípios constitucionais permeados de máxima normatividade e carga valorativa, tornando-se pontos cardeais na construção do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana⁵. “Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua unidade normativa”⁶.

Nesse contexto, o princípio constitucional da função social da propriedade está inserido nos arts. 5, inciso XXIII, e 170, inciso III da Constituição Federal de 1988, o que faz dele um princípio-garantia, com status de norma cogente, vinculante, de cumprimento obrigatório, pois foi

⁴ Cf. HÄBERLE, 1997.

⁵ Cf. RANGEL; RIBEIRO, 2010, p. 12.

⁶ BONAVIDES, 2009, p. 288.

estabelecida sanção em caso de inobservância desse preceito constitucional⁷.

Na Constituição Federal, a função social da propriedade apresenta duas facetas: uma primeira, de direito fundamental, visto que se insere no rol dos direitos fundamentais, na companhia inseparável do direito de propriedade (art. 5º, XXII e XXIII); a segunda, de princípio norteador da atividade econômica, pois esse princípio, além de trazer em si um cunho social, também apresenta repercussão econômica.

O constituinte originário, ao inserir a função social da propriedade dentre os princípios da ordem econômica, lhe atribuiu status de “princípio jurídico fundamental”, com efeito vinculante mais intenso e concreto do que o gerado, quando da sua inserção como direito e garantia fundamental. É que a função social da propriedade deve sempre orientar a atividade econômica, pois tem a função de estruturar e constituir o direito de propriedade⁸.

Um equívoco frequente no meio jurídico é o de afirmar que o princípio da função social da propriedade tem o poder de limitar o direito de propriedade. Ao contrário disso, o conceito de propriedade está umbilicalmente ligado ao princípio da função social da propriedade, pois a garantia desse direito real condiciona-se impreterivelmente à consecução de sua função social.

Ressalte-se que não se pode tratar da função social da propriedade urbana sem mencionar a função social da cidade. A população brasileira é eminentemente urbana e é nela que os atores sociais habitam, se relacionam e exercem suas atividades; a cidade é um lugar por excelência onde se clama por justiça social e pela busca incessante de qualidade de vida⁹.

A função social da cidade passa primeiramente pela concepção de justiça social, que na lição de Eros Grau (1990):

⁷ “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, sob pena de aplicação dos instrumentos urbanísticos a seguir descritos: parcelamento, utilização e edificação compulsórios, seguidos de imposto predial e territorial progressivo no tempo e da desapropriação-sanção” (art. 182 da CF/88).

⁸ MORAES, 1999 apud CLARO, 2007, p.17. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/5_A_Funcao_Social_da_Propriedade.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010.

⁹ A população brasileira é eminentemente urbana. O Brasil chegou ao final do século XX como um país urbano: em 2000 a população urbana ultrapassou 2/3 da população total, e atingiu a marca dos 138 milhões de pessoas. Este é o resultado de um processo iniciado na década de 50 na região Sudeste. A partir de então, este contraste se acentuou e se generalizou pelas cinco grandes regiões do país. Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE), 2000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/demograficas.html>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

[...] quer significar superação das injustiças na repartição, a (sic) nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas; as correções injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista¹⁰.

Somente um planejamento urbanístico voltado à consecução da função social da cidade possibilita o desenvolvimento de um meio ambiente saudável, autossustentável e dotado de infraestrutura que possibilite a qualidade de vida de seus habitantes. A função social da propriedade urbana está sob o regimento da função social da cidade, na condição de elemento essencial para a realização de uma cidade sustentável.

3 INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A ideia de um Estado Democrático de Direito surgiu a partir dos movimentos constitucionalistas do século XX, que culminaram na consagração dos direitos sociais nos sistemas jurídicos de inúmeras Constituições Federais, notadamente porque boa parte desses direitos sociais possui como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana. É o caso, por exemplo, do direito à moradia, um desdobramento da função social da propriedade e um patamar civilizatório mínimo indispensável a uma vida humana digna.

A instituição dos direitos humanos¹¹ introduziu na ordem mundial um movimento permanente de valorização e respeito ao ser humano, conferindo-lhe o status de sujeito de direito. Com o advento da fase pós-positivista, os direitos humanos deixaram de ser meras pautas éticas e ideológicas, para se tornarem direitos positivos, acionáveis judicialmente,

¹⁰ GRAU, 1990, p. 245.

¹¹ Sob um ponto de vista histórico e ontológico, os direitos fundamentais são direitos humanos. Todavia, com o advento do Estado Moderno e a consagração jurídica desses direitos humanos no seio das constituições, tais direitos, agora positivados e acionáveis judicialmente, passaram à condição de direitos fundamentais. Desse modo, os direitos fundamentais são manifestações constitucionais e positivas do Direito, ao passo que o vocábulo “direitos humanos” guarda relação com normas de direito internacional, sem vinculação a uma determinada ordem constitucional específica, mas com aspiração de validade universal. Cf. GUERRA FILHO, 2007.

protegidos e garantidos pelas constituições.

O direito à moradia foi inserido no rol dos direitos humanos desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, inaugurando assim, uma nova dimensão de direitos sociais, em prol da valorização e promoção de uma vida digna para aquela geração e as vindouras. O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assim enuncia:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle¹². (grifo nosso)

Após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o sistema internacional de direitos humanos passou a proteger o direito à moradia numa série de tratados e convenções internacionais, os quais ratificaram o teor dessa Carta de 1948. Confira-se:

O direito à moradia é reconhecido como um direito humano nas seguintes declarações e tratados internacionais de Direitos Humanos: Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, art. 11 (1); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, art. 5 (e) (iii); na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978, art. 9 (2); na Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, art.14 (2) (h); Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, art. 27 (3); Convenção dos Trabalhadores Migrantes de 1990, art. 43; e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, arts. 13 a 19¹³.

Além de outros vários instrumentos internacionais que tratam do direito à moradia como um direito humano, tais como a Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 e a Agenda Habitat de 1996, na própria Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969), há normas que se destinam à proteção do direito

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 11 nov. 2010

¹³ OSÓRIO, In: ALFONSIN; FERNANDES (Org.), 2006, p. 31-32.

à moradia¹⁴.

Como se infere, o direito à moradia é um direito humano essencial e já obteve pleno reconhecimento em inúmeros instrumentos normativos internacionais. Isso ocorre por sua importância como direito humano básico e essencial a uma vida decente.

3.1 O direito à moradia na Constituição Federal de 1988

O direito à moradia, na concepção de Afonso da Silva, significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar e residir com animus de permanência, na condição de recôndito para abrigar a família¹⁵.

Preconiza o art. 23, inciso IX, da CF/88 que “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Tal diretriz não é uma pauta retórica, antes é um dever constitucional atribuível a todos os entes federados.

É possível identificar essa diretriz do artigo 23, IX da CF/88 como uma derivação dos fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, os quais visam a assegurar a dignidade da pessoa humana com a diminuição das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza. Ainda que, no texto original da Constituição Federal de 1988, o direito fundamental à moradia não estivesse literalmente contemplado, era possível extrair-lo a partir de uma interpretação das diretrizes emanadas dos princípios constitucionais.

Com o advento da Emenda Constitucional n. 26, de 2000, o art. 6º passou a ter a seguinte redação: “São direitos sociais, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma dessa Constituição” (grifo nosso). Desse modo, desde a referida reforma constitucional, o direito à moradia passou a figurar literalmente no rol dos direitos sociais (art. 6º) e, como os demais direitos nele elencados, não está independente nem desvinculado dos direitos econômicos, pois ambos possuem caráter institucional¹⁶. Os direitos sociais, como manifestações da

¹⁴ Cf. SAULE JÚNIOR, 2004, p.96.

¹⁵ Cf. SILVA, 2006, p. 314.

¹⁶ Segundo Bonavides, um novo conceito de direitos fundamentais está vinculado materialmente a uma liberdade “objetivada”, atada a vínculos normativos institucionais, a valores sociais que demandam re-

segunda dimensão dos direitos fundamentais, são aqueles que exigem do Estado uma prestação, uma política pública voltada à sua consecução.

3.1.1 Direito à moradia como conteúdo mínimo

O direito à moradia é um direito complexo, rico em atribuições, que vai além do direito de ter uma casa própria, embora este seja um complemento indispensável para a efetivação desse direito. Não possui apenas a conotação de habitação, mas envolve diretamente a qualidade de vida, dotada de condições adequadas de higiene e conforto, e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. Em suma, requer uma habitação digna e adequada.

Uma pessoa não pode ser privada de uma moradia nem impedida de conseguir uma, cabendo ao Estado promover tanto a defesa desse direito quanto a sua garantia e efetivação em relação àqueles que não a têm. O direito de ter uma moradia digna tem o mesmo grau de importância dos direitos à vida e à saúde, pois se completam e se refletem diretamente na personalidade dos atores sociais, abrangendo a esfera moral e material – certamente não se pode conceber dignidade em um ser humano vagando nas ruas sem moradia digna¹⁷.

A noção de mínimo existencial está intimamente ligada à concepção de dignidade da pessoa humana, porque se estabelece um diálogo de complementação entre esses dois conceitos: um é pressuposto existencial do outro – sem o mínimo existencial, não é possível se efetivar a dignidade da pessoa humana.

Na qualidade de princípio fundamental dos Estados Sociais, a dignidade da pessoa humana é inspiração do fenômeno jurídico chamado de repersonalização do Direito Civil – “as coisas têm preço; as pessoas têm dignidade”¹⁸. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. O direito à moradia não pode deixar de estar inserido no rol dos direitos mínimos, pois sem a concretização desse direito, o homem não pode viver dignamente.

aliquação concreta e cujos pressupostos devem ser criados, fazendo assim do Estado um artífice e um agente de suma importância para que se concretizem os direitos fundamentais de segunda geração. Cf. BONAVIDES, 2009, *passim*.

¹⁷ Cf. GAZOLA, 2008, p. 50.

¹⁸ KANT, 2004 apud BARROSO, 2009, p. 250.

3.1.2 O Estatuto do Patrimônio Mínimo e a Teoria do Umbral

O Estatuto do Patrimônio Mínimo é uma teoria segundo a qual o ordenamento jurídico deve sempre procurar garantir um mínimo de patrimônio (mínimo existencial) ao indivíduo, como forma de garantir-lhe a sua dignidade¹⁹.

O Estatuto do Patrimônio Mínimo, segundo Fachin, imprime ao Direito Civil um caráter despatrimonialista e repersonalizado, em contraste à perspectiva liberal vivenciada anteriormente pelo Código Civil de 1916, quando, nas relações jurídicas privadas, regiam-se na conjuntura de uma ordem patrimonialista, consubstanciada prioritariamente na proteção à propriedade.

O cerne da teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo é construído a partir do pressuposto básico de que todos devem ter um patrimônio mínimo como parcela essencial. Esse patrimônio deve ser protegido contra a influência e a intervenção de quem quer que seja, porque afetada para o atendimento das necessidades básicas da pessoa humana. Com isso, funcionaliza-se o patrimônio (ou ao menos parte dele), colocando-o como meio de alcance de dignidade de seu titular²⁰.

A garantia do patrimônio mínimo atua como uma forma de defesa do Estado em um contexto de regime capitalista no qual se assenta o país, onde um mínimo de acúmulo de capital contribui significativamente para o desenvolvimento de uma vida digna.

A teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo aplicada ao direito à moradia, constitucionalmente consignado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, pressupõe que a moradia do ser humano, onde ele habita com a sua família, deve ser protegida.

Em complemento à teoria do patrimônio mínimo, desponta-se, nesse contexto, a Teoria do Umbral do Acesso ao Direito Civil, de Lorenzetti (1998)²¹. A teoria, de igual modo, inspira-se na despatrimonialização ou repersonalização do Direito Civil, com vistas a garantir ao ser humano

¹⁹ Cf. FACHIN, 2006 apud ALVES, [s.d.]. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1803.html>. Acesso em: 10 out. 2010.

²⁰ Ibidem.

²¹ Cf. LORENZETTI, 1998 apud ALVES, [s.d.], passim.

efetivo acesso aos institutos jurídicos, de maneira a resguardar a sua dignidade. Segundo a Teoria do Umbral do Acesso ao Direito Civil, os institutos jurídicos não devem ser criados para a satisfação inócua e vazia da dogmática civilista, e sim para promoção da dignidade dos seus titulares.

Nas duas teorias, a intervenção estatal tem papel determinante para a execução de suas finalidades – garantir o patrimônio mínimo e dar condições para que os menos favorecidos tenham acesso a esse patrimônio mínimo, a fim de proporcionar meios para que os cidadãos tenham pelo menos o mínimo existencial e vivam com dignidade.

Isso não significa que é obrigação do Estado brasileiro dar uma casa para cada cidadão necessitado. Na verdade, o dever estatal é o de proporcionar mecanismos que facilitem o acesso das pessoas à concretização desse direito. Dito sob outro giro verbal, proporcionar dignidade ao cidadão não é lhe conceder tudo o que necessita de forma gratuita, mas promover meios que viabilizem sua autonomia, oferecendo-lhe oportunidade de emprego associada a uma educação de qualidade.

Cabe ao poder estatal promover a garantia do direito à moradia para os cidadãos brasileiros, utilizando-se de programas e planos de ação que criem mecanismos de inclusão social ao exercício do direito à moradia. É o caso, por exemplo, do financiamento de habitações de interesse social²².

3.2 Direito à moradia como direito de aplicação imediata

Conforme prevê o § 1º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, o que fundamenta o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, modelo já consagrado em outras Constituições – como a Lei Fundamental da Alemanha, de 23 de maio de 1949 (art. 1º, n. 3), a Constituição Portuguesa, de 02 de abril de 1976 (art. 18º, n. 1), a Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978 (art. 53º, n. 1) – também adotado pelo Brasil²³.

O princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais trata diretamente da eficácia dos direitos fundamentais que, em princípio, têm eficácia plena, prescindindo de qualquer

²² Cf. PAGANI, 2009, p. 131.

²³ Cf. CAMARGO et al., 2006, p. 248-249.

regulamentação legislativa ulterior para lograrem eficácia social.

Uma vez que o direito à moradia digna é um direito fundamental, componente do mínimo existencial, tal norma, assim como os demais direitos sociais estabelecidos no art. 6º da CF/88, são dotados de eficácia plena e imediata, não estando condicionados a previsões legislativas infraconstitucionais ulteriores. A norma constitucional, neste caso, é autossuficiente, i.e., goza de plena autonomia.

3.3 A reserva do possível

Os direitos econômicos se constituem em pressupostos para a efetivação dos direitos sociais, pois é a partir de uma política econômica orientada para a participação estatal na economia que se comporão as premissas necessárias à consumação de um regime democrático que tutele o interesse de todos, principalmente o dos desniveledados socialmente²⁴.

A reserva do possível é entendida pela doutrina e jurisprudência germânicas no sentido de que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários à satisfação de prestações materiais que constituem seu objeto (saúde, moradia, educação, assistência, etc.)²⁵. Portanto, a efetivação dos direitos sociais fundamentais encontraria limite e dependência na disponibilidade dos recursos orçamentários²⁶.

A doutrina nacional se posiciona contra esse instituto jurídico, desenvolvido na Alemanha, sob o argumento de que ele foi construído num contexto jurídico e social completamente diferente da realidade brasileira²⁷. A Alemanha é um país que possui uma qualidade de serviços públicos muito acima dos padrões brasileiros, razão pela qual a aplicação da reserva do possível no Brasil é inoportuna e descabida.

Diante da situação de extrema pobreza, exclusão e desigualdade social em que vive o Brasil, quadro crítico que se agrava dia-a-dia em função de uma política urbana excludente e carente de planejamento, a reserva do possível não encontra qualquer amparo fático ou jurídico. Dito

²⁴ SILVA, 2006, p. 286.

²⁵ Cf. CAMARGO, op. cit., p. 285.

²⁶ CANOTILHO apud CAMARGO, op.cit., p. 285.

²⁷ DANTAS apud CAMARGO, 2006, p. 286.

sob outro giro verbal, a reserva do possível não pode ser admitida como escusa teórica para a inércia administrativa quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais, visto que apenas engrossa as fileiras da miséria e das condições subumanas. Esse raciocínio corrobora o argumento de Gazola (2008):

[...] se a realidade atual não está de conformidade com o projeto constitucional, tem-se claro o dever do administrador público e dos demais poderes: o dever de transformar esta realidade de forma que nosso país se converta no país projetado em 1988. Como o direito à moradia historicamente tem sido relegado ao esquecimento, há muito a ser feito!²⁸

Os direitos que compõem o mínimo existencial (saúde, educação fundamental e moradia), entre outros direitos sociais, por serem direitos mínimos, imprescindíveis a uma vida digna, não devem se submeter à “reserva do possível”. Deve-se levar em consideração a deficiência das políticas e dos serviços públicos colocados à disposição da população brasileira²⁹.

4 A FALTA DE ACESSO À MORADIA DIGNA NA REALIDADE BRASILEIRA

De acordo com dados do Ministério das Cidades, no Brasil, há uma carência de 5.572 milhões de domicílios, dos quais 83% estão localizados nas áreas urbanas³⁰. A falta de moradia digna gera um índice denominado de déficit habitacional, que leva em conta o total de famílias em condições de moradia inadequadas.

São consideradas inadequadas aquelas construções que precisam ser inteiramente repostas, porque foram feitas com material precário, como as favelas; os casos em que mais de uma família mora na mesma casa, a coabitação; o adensamento excessivo, quando mais de três pessoas dividem o mesmo quarto; ou o ônus excessivo de aluguel, em que uma família compromete mais de 30% da renda com aluguel³¹.

²⁸ GAZOLA, 2008, p. 60.

²⁹ CAMARGO, 2006, p. 57.

³⁰ BRASIL. Ministério das Cidades. Déficit habitacional 2008. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades/arquivos-e-imagens-oculto/NOTA_DEFICIT2008_FJP_jul2_010.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2011.

³¹ BRASIL, 2010.

O déficit habitacional no Brasil é absurdo e precisam-se criar programas que atendam a esta demanda de forma racionalizada e com uma perspectiva social. Não obstante, a política oficial de construção de moradias estar em crise, precisando serem revistas as práticas e as formas de financiamento até agora utilizadas. O saneamento básico implica na ação governamental, visando tornar habitável e respirável o ar de determinadas regiões ou cidades, através da captação e do tratamento de dejetos domiciliares e industriais³².

As desigualdades sociais produzem a exclusão social e a marginalização de grupos sociais com baixo poder aquisitivo, fato que os distanciam cada vez mais de uma moradia digna e do direito a uma cidade autossustentável. Tal conjuntura demonstra um apartheid e uma discriminação urbano-espacial.

As desigualdades se tornaram tão patentes, que se estabeleceu uma segregação urbana, com a formação de duas cidades: “a legal” e a “informal”³³. A cidade informal, negligenciada pelo Estado e pela sociedade civil, tem sido um espaço controlado pelas organizações criminosas (tráfico de entorpecentes), servindo de reduto e quartel de comando de suas operações criminosas, fato que sedimenta ainda mais a existência de uma cidade legal e uma informal.

O crescimento desordenado das cidades, resultado da falta de planejamento e da precária gestão urbanística, tem causado sérios transtornos sociais, econômicos e ambientais. A solução desses problemas custa mais caro do que se fossem efetivamente realizados os investimentos preventivos, necessários à estruturação urbana.

Segundo Agostinho Guerreiro, presidente do Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Economia do Estado do Rio de Janeiro (CREA-RJ), se o planejamento urbano tivesse cumprido a legislação ambiental e evitado a construção de moradias em áreas de risco, mais de 80% das pessoas que faleceram nos deslizamentos ocorridos na região serrana do Rio de Janeiro, no último mês de janeiro de 2011, poderiam ter sido salvas³⁴. O problema é que, sem uma política preventiva, qualquer contingên-

³² COSTA; ALVES, 2005, p. 91.

³³ GAZOLA, 2008, p. 18.

³⁴ Cf. PINHEIRO, Luís Bulcão. CREA-RJ: 80% das mortes na Serra poderiam ter sido evitadas. Portal Terra Online, Rio de Janeiro, 26/jan/2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,O14911847-E117544,00CreaRJ+das+mortes+na+Serra+poderiam+ter+sido+evitadas.html>>. Acesso em: 1 fev. 2011.

cia ambiental assume ares catastróficos. O poder público se habituou a agir somente após a ocorrência de tragédias ambientais com a eclosão de inúmeros sinistros gerados por inundações, deslizamentos de encostas e vidas ceifadas por avalanches de lama. A inércia administrativa, portanto, gera uma perda incalculável, tanto no aspecto material, como no imaterial.

O fato é que o Estado brasileiro não dispensa a devida atenção à efetividade do direito à moradia; e, por essa negligência, a sociedade, de um modo geral, sofre com a violência urbana decorrente de altos índices de criminalidade e marginalidade, provindas, em sua maior parte, de uma reação social daqueles grupos que foram e estão sendo excluídos de condições de moradia e subsistência dignas.

A efetivação do direito à moradia digna sob uma visão abrangente, não individual, mas pensada coletivamente, precisa ser urgentemente executada por uma ação conjunta e coordenada dos entes federados e por meio da cooperação de profissionais especializados, tais como urbanistas, juristas, sociólogos, economistas, ambientalistas, médicos, assistentes sociais, etc.

5 O DIREITO À MORADIA NO ESTATUTO DA CIDADE

Com o advento da Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que se autodenomina Estatuto da Cidade, regulamentou-se a política urbana brasileira e, por conseguinte, conferiu-se eficácia jurídica aos artigos 182 e 183 da Constituição Federal.

Esse diploma legal contém diretrizes gerais de obediência obrigatória a todos os entes públicos (União, Estados e Municípios) e sociedade civil. O Estatuto da Cidade comporta normas de interesse social, regulamentadoras da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental. A teor do seu artigo 2º, o objetivo central da Política Urbana é o de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”.

O referido dispositivo legal, no que concerne ao tema proposto, enumera como primeiro objetivo o direito a uma cidade sustentável, que nos ensinamentos de Oliveira (2002):

[...] é aquela apropriada a fornecer a seus habitantes as condições mínimas de bem-estar, segurança, vida saudável, etc. Onde o direito à moradia ocupa posição de destaque, na qualidade de coluna cervical da política urbana, merecendo cuidados e dedi-

cação especiais e especializados, uma vez que a moradia não pode ser inapropriada, ou seja, sem esgoto, água, luz, etc. Pelo contrário, deve reunir toda a condição de infraestrutura urbana: do saneamento básico ao transporte público de qualidade, com acesso à cultura, lazer, trabalho, e demais serviços públicos, como educação, saúde, etc. Isso para preservar as presentes e futuras gerações (inciso I do art. 2º)³⁵.

O diploma legal em questão está repleto de diretrizes e invoca o princípio instrumental do planejamento (art. 2º, IV), pressuposto da ordem urbana. Toda a ação urbanística prevista no Estatuto da Cidade está fundada na função social da propriedade urbana, que tem vínculo direto com o direito à moradia, funcionando também como um dos mais importantes instrumentos de efetivação desse direito.

A ação urbanística do Estado só se legitima se estiver socialmente orientada, razão pela qual o Estatuto da Cidade prevê uma gama de instrumentos para a efetivação dessa política urbanística, entre os quais se destacam: a) Zona Especial de Interesse Social (ZEIS); b) a concessão de direito especial de uso para fins de moradia; c) usucapião especial urbana; d) usucapião coletivo; e) regularização fundiária; e f) gestão democrática participativa. Todos esses instrumentos são contemplados no art. 4º do Estatuto da Cidade.

Os instrumentos a que se faz referência são classificados como jurídicos e políticos, que, conforme preconiza Dallari (2002), condensam a parte mais rica, mais substancial e mais extensa do art. 4º do Estatuto da Cidade, pois concentra os instrumentos centrais da política urbana³⁶.

A Zona Especial de Interesse Social (ZEIS) é um instrumento urbano de relevante papel na democratização da política urbana, pois tem a função de realizar a inclusão social por meio da transformação de uma área de construções irregulares em um lugar regularizado sob o ponto de vista do parcelamento do solo urbano. Por meio da ZEIS, visa-se a oferecer infraestrutura, aparelhos públicos e, acima de tudo, dignidade aos moradores daquela área irregularmente ocupada, sem executar a sua remoção. A ZEIS deve estar prevista nos Planos Diretores, de forma que as cidades sejam mapeadas com as demarcações de áreas irregulares que deverão passar por essa transformação³⁷.

³⁵ OLIVEIRA, 2002, p. 22.

³⁶ DALLARI, In: _____; FERRAZ (Org.). 2002, p. 113-114.

³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.direitosocial.com.br/download/estatuto_das_cidades.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2011, passim.

A concessão de direito especial de uso para fins de moradia é o instrumento hábil para a regularização fundiária de bens imóveis públicos informalmente ocupados pela população de baixa renda. Embora o bem público não possa ser usucapido, o referido instituto foi criado com a função de garantir uma destinação social para os bens públicos urbanos. A concessão de direito especial de uso para fins de moradia se destina a pessoas que residam ininterruptamente por mais de cinco anos em área de até 250 m² de imóvel público, desde que o titular não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

Apesar de a concessão de direito especial de uso para fins de moradia ser um instrumento de política urbanística contemplado pelo Estatuto da Cidade, paradoxalmente, os dispositivos que dispunham sobre o instituto no referido diploma (arts. 15 a 20) foram todos vetados pela Presidência da República, à época exercida por Fernando Henrique Cardoso. Desse modo, o instituto da concessão de direito especial de uso para fins de moradia somente viria a ser caracterizado, em nível legal, em maio de 2007. Foi quando entrou em vigor a Lei n. 11.481, que adiciona à Lei n. 9.636, de 15 de maio de 1998, o artigo 22-A, sobre a concessão de uso especial para fins de moradia. Tal dispositivo faz remissão à Medida Provisória n. 2.220, que regulava a matéria desde o ano de 2001. Assim, depreende-se que a função social da propriedade urbana não é somente aplicada ao exercício da propriedade privada, mas incide, também, obrigatoriamente, sobre o patrimônio público.

No que diz respeito à usucapião urbana individual, também denominada de usucapião especial constitucional, regulada pelo artigo 183 da Constituição Federal e art. 9º do Estatuto da Cidade, esse direito é assegurado àquele que possuir como sua uma área urbana de até 250 m², por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A usucapião coletiva é uma construção jurídica do Estatuto da Cidade, na forma de desdobramento da usucapião especial, com o fito de se amoldar a um novo conceito jurídico-político para o Direito Urbanístico. Busca-se regulamentar e criar novos instrumentos urbanísticos para a construção de uma ordem urbana socialmente justa e inclusiva pelos municípios, a fim de debelar o fenômeno do crescimento desordenado das cidades.

A caracterização da posse coletiva e o preenchimento dos demais

requisitos constitucionais são os elementos suficientes para a aplicação da usucapião urbana coletiva com base no artigo 10 do Estatuto da Cidade. Essa modalidade de usucapião é um instrumento muito importante para a regularização fundiária, por meio da aquisição do pleno domínio dos moradores, dos núcleos de favelas ou de lotes populares subfracionados adquiridos pela população de baixa renda em áreas urbanas – caracterizados como loteamentos urbanos irregulares ou clandestinos³⁸.

Tanto a usucapião especial individual quanto a coletiva, resguardadas as suas peculiaridades, têm por finalidade a regularização fundiária dos assentamentos informais em áreas urbanas; e, conseqüentemente, atuam como proteção e legitimação da posse, voltadas para atender à demanda do direito à moradia.

A usucapião especial urbana e a concessão de direito especial de uso para fins de moradia são institutos que foram criados para solucionar um dos mais graves problemas sociais dos municípios, v.g., a ocupação desordenada das áreas urbanas.

Por seu turno, a regularização fundiária é um dos instrumentos da política urbana de maior relevância. Sua execução se processa por meio de programas e políticas urbanas voltadas ao resgate dos direitos da população que ocupa áreas urbanas irregulares e degradadas.

A intervenção popular na gestão das cidades é legítima e essencial à preservação e ao desenvolvimento do regime democrático. Entre as principais metas da administração pública, deve-se destacar a efetivação do direito à moradia digna, que envolve diretamente a função social das cidades, espaço de convivência e relacionamento por excelência.

A cidade não pertence só aos ricos ou só aos pobres, ela pertence e deve ser construída por todos, indistintamente, sob espírito e motivação solidários, visando ao bem-estar comum, à convivência regrada, ordeira, equilibrada, na interrelação entre as pessoas e o meio ambiente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia não se limita ao conceito de propriedade, pois é amplo, complexo e transdisciplinar. O direito a uma moradia é tão importante quanto os direitos à vida e à saúde, pois se completam e repercutem diretamente na esfera moral e material dos atores sociais. Trata-se

³⁸ BRASIL, 2001, p.166.

de um direito fundamental, essencial à dignificação da pessoa humana, não podendo dela ser desvinculado, sob pena de afronta ao mínimo essencial a uma vida decente.

O crescimento desordenado das cidades brasileiras, resultado da falta de planejamento e da precária gestão urbanística, tem causado sérios transtornos sociais, econômicos e ambientais. A contenção desses problemas é mais dispendiosa do que uma política pública em nível preventivo, necessária a uma estruturação urbana. Todavia o poder público se habituou a agir apenas quando da ocorrência de tragédias ambientais. A inércia do poder público, portanto, gera um prejuízo insondável, tanto no aspecto material, como no imaterial.

De igual modo, as desigualdades sociais produzem a marginalização de grupos sociais com baixo poder aquisitivo, fato que gera óbices à efetivação do direito a uma moradia digna e a uma cidade autossustentável. Tal conjuntura demonstra uma segregação social no meio ambiente urbano. A solução para o problema da desigualdade social não se limita apenas ao âmbito político-administrativo e econômico, mas deve também se concentrar na educação social (formação cidadã).

O direito à moradia, para se tornar uma realidade no Brasil, não pode prescindir do desenvolvimento de ações conjuntas do Estado e da sociedade civil, mediante a execução de instrumentos urbanísticos como a usucapião coletiva e a gestão democrática das cidades. Demais disso, o Estatuto da Cidade possui outros instrumentos de inclusão social e reconfiguração dos espaços urbanísticos que, uma vez implementados, são plenamente hábeis à efetivação do direito à moradia. A efetivação do direito à moradia deve ser pensada coletivamente e executada por uma ação conjunta dos entes federados e por meio da cooperação de profissionais especializados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo. JusPodivm. Salvador, [s.d.]. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_1803.html>. Acesso em: 10 out. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Estatuto da Cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos. Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.direitosocial.com.br/download/estatuto_das_cidades.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2011.

BRASIL. Ministério das Cidades. Déficit habitacional 2008. Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/ministerio-das-cidades/arquivos-e-imagensoculto/NOTA_DEFI_CIT2008_FJP_jul2_010.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2011.

CAMARGO, Marcelo Novelino et al. Leituras Complementares de Direito Constitucional. Salvador: Juspodivm, 2006.

CLARO, Daniel Fernandes. A função social da propriedade urbana na Constituição Federal: instrumentos coercitivos de efetivação. 2007. 134f. Dissertação (Mestrado em função social do Direito). – Faculdade Autônoma de Direito, São Paulo, 2007, p.17. Disponível em: <http://www.fadisp.com.br/download/5_A_Funcao_Social_da_Propriedade.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2010.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Majela. Constituição Federal anotada e explicada. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. Instrumentos da política urbana. In: _____ . FERRAZ, Sérgio (Org.). Estatuto da Cidade (Comentários à Lei Federal 10.257/2001). São Paulo: Malheiros, 2002.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2007.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988: interpretação crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris

Editor, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Características da população: o Brasil é um país populoso e com densidades muito heterogêneas. Brasília, 2000. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/demograficas.html>>. Acesso em: 11 nov. 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 33, 1 jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 09 set. 2010.

_____. Direito Civil: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Comentários ao Estatuto da Cidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris, 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 11 nov. 2010.

OSÓRIO, Leticia Marques. Direito à moradia adequada na América Latina. In: ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio (Org.). Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PINHEIRO, Luís Bulcão. CREA-RJ: 80% das mortes na Serra poderiam ter sido evitadas. Portal Terra Online, Rio de Janeiro, 26. jan. 2011. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI4911847EI17544,00CreaRJ+das+mortes+na+Serra+poderiam+ter+sido+evitadas.html>>. Acesso em: 1 fev. 2011.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; RIBEIRO, Homero Bezerra. A propriedade que aprisiona e a propriedade que liberta: principais aspectos do trabalho escravo contemporâneo e sua relação com a (in)efetividade da função social da propriedade. In: ENCONTRO TEMÁTICO DO PROJETO CASADINHO UFC-UFSC, 3, 2010, Fortaleza. Anais... Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, 1 CD-ROM.

SAULE JÚNIOR, Nelson. A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

Recebido em 05/02/2011

Aprovado em 04/04/2011