

Wellington Luís Köhler

A CIDADE INOSPITALEIRA E O DIREITO DE MORAR

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Curso de Graduação em Direito

Curitiba
2008

Wellington Luís Köhler

A CIDADE INOSPITALEIRA E O DIREITO DE MORAR

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca de Defesa formada pelos professores:

ORIENTADOR/PRESIDENTE: _____
Professor Doutor José Antônio Peres Gediel

PRIMEIRO MEMBRO: _____
Professor Doutor Luiz Edson Fachin

SEGUNDO MEMBRO: _____
Professora Doutora Vera Karam de Chueiri

Curitiba, 03 de novembro de 2008

Dedico este trabalho primeiramente a Deus.

À minha mãe, Noemia, que me inspira cotidianamente pelo ímpeto com que enfrenta as dificuldades que a vida lhe impõe.

Em especial, ao meu grande amigo, Roberto Aparecido Nunes, por dar asas aos meus sonhos, sem deixar de cravar meus pés no chão.

A CIDADE

O sol nasce e ilumina as pedras evoluídas
Que cresceram com a força de pedreiros suicidas
Cavaleiros circulam vigiando as pessoas
Não importa se são ruins, nem importa se são boas
E a cidade se apresenta centro das ambições
Para mendigos ou ricos e outras armações
Coletivos, automóveis, motos e metrô
Trabalhadores, patrões, policiais, camelôs

A cidade não pára, a cidade só cresce
O de cima sobe e o de baixo desce
A cidade não pára, a cidade só cresce
O de cima sobe e o de baixo desce

A cidade se encontra prostituída
Por aqueles que a usaram em busca de saída
Ilusora de pessoas de outros lugares
A cidade e sua fama vai além dos mares
No meio da esperteza internacional
A cidade até que não está tão mal
E a situação sempre mais ou menos
Sempre uns com mais e outros com menos

A cidade não pára, a cidade só cresce
O de cima sobe e o de baixo desce
A cidade não pára, a cidade só cresce
O de cima sobe e o de baixo desce

Eu vou fazer uma embolada, um samba, um maracatu
Tudo bem envenenado, bom pra mim e bom pra tu
Pra a gente sair da lama e enfrentar os urubu

Eu vou fazer uma embolada, um samba, um maracatu
Tudo bem envenenado, bom pra mim e bom pra tu
Pra a gente sair da lama e enfrentar os urubu

Num dia de sol Recife acordou
Com a mesma fedentina do dia anterior

A cidade não pára, a cidade só cresce
O de cima sobe e o de baixo desce
A cidade não pára, a cidade só cresce
O de cima sobe e o de baixo desce

SUMÁRIO

Frontispício.....	i
Termo de Aprovação.....	ii
Dedicatória.....	iii
Epígrafe.....	iv
Resumo.....	vi
Agradecimentos.....	vii
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. CIDADE: DE ESPAÇO DE COMUNHÃO A ESPAÇO DE EGOÍSMO.....	4
2.1. A industrialização e transformação da cidade num sistema de objetos.....	4
2.2. A cidade inospitaleira da sociedade massificada.....	7
2.3. O processo de despersonalização da realidade urbana.....	10
2.4. A periferia das cidades e segregação.....	11
2.4.1. Morar: uma questão de mercado.....	13
2.4.2. A especulação imobiliária e a exploração da periferia.....	14
2.4.3. A periferia e as restrições em relação ao direito à cidade.....	15
3. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEXTO, CONTEÚDO E POSSÍVEL EFICÁCIA.....	17
3.1. Direitos fundamentais: algumas ponderações de cunho terminológico e conceitual.....	17
3.2. O contexto: globalização, exclusão social e a crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.....	19
3.3. Moradia como direito fundamental da pessoa humana.....	21
3.3.1. Síntese sobre a evolução do direito (fundamental) à moradia no plano internacional e constitucional.....	21
3.3.2. Fundamentação e conteúdo do direito à moradia.....	24
3.3.2.1. Fundamentação: direito à moradia, vida e dignidade da pessoa.....	24
3.3.2.2. Conteúdo do direito à moradia.....	25
3.3.2.3. O direito à moradia: complexo de direitos (e deveres) de cunho negativo.....	28
3.4. Eficácia e efetividade possíveis do direito à moradia na sua dupla perspectiva defensiva e prestacional.....	28
3.4.1. O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais: significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.....	28
3.4.2. O direito à moradia na condição de direito de defesa.....	30
3.4.3. Dimensão prestacional (positiva) do direito à moradia.....	32
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, ao meu Orientador, Professor Gediel, tanto pelas observações sempre enriquecedoras quanto por sua inestimável sensibilidade.

Aos colegas do Direito e Cidadania, Grupo de Pesquisa e Extensão da nossa Faculdade, que me mostrou a importância de se aprender o Direito com o espírito atento à realidade concreta.

Aos amigos da Procuradoria Federal no Estado do Paraná e da Procuradoria da República no Estado do Paraná, que tornaram minha experiência como estagiário proficiente e agradabilíssima.

1. INTRODUÇÃO.

Houve no Brasil, sobretudo a partir do período pós-guerra, um vertiginoso crescimento da população urbana. A industrialização e o desenvolvimento econômico das cidades serviu de chamariz às pessoas do campo, que passaram a migrar aos centros urbanos em busca de melhores condições de vida, vale dizer, um bom emprego, uma renda razoável e trazer bem-estar para si e para sua família.

Ocorreu que, na maior parte dos casos, as cidades que passaram a angariar maior atividade produtiva-econômica atraíram grandes contingentes populacionais do campo sem, entretanto, organizarem-se adequadamente para absorverem os que adentravam no espaço urbano, ou seja, sem um planejamento urbano.

Deste modo, o sonho de vir à cidade e ter uma vida digna, para muitos, transformou-se num verdadeiro pesadelo. As cidades passaram a crescer do ponto de vista econômico e populacional, sendo que este se deu de modo caótico. O desenrolar deste enredo nos faz chegar ao atual estado de coisas, que se caracteriza: pela exclusão territorial; negação do direito à cidade; precarização das condições de moradia; e, déficit habitacional.

Esta cidade contemporânea tem como atributo precípuo a sua servilidade ao mercado. Torna-se, então, um espaço estrategicamente pensado e organizado para dar vazão aos anseios mercadológicos. Neste ambiente, toda intervenção urbana é realizada a fim de viabilizar um incremento nos mecanismos de produção, circulação, distribuição e consumo de produtos e serviços.

Assim sendo, na urbe coetânea, o atendimento às necessidades mais fundamentais da população, tais como, saneamento básico, moradia, alimentação, saúde e educação, ficam num segundo plano. Sonega-se o direito à cidade, paradoxalmente, àqueles que produzem e fazem funcionar a cidade. A cidade, então, despersonaliza-se e torna-se um sistema de objetos, nada convidativo ao (co)existir humano.

Nas periferias a situação é ainda mais fatídica, como se não bastasse a exclusão cultural e socioeconômica, os segmentos de baixa renda sofrem com a exclusão territorial, ou espacial. As áreas periféricas ocupadas pelas populações carentes estão sempre desprovidas do atendimento pelo Poder Público, ou têm um atendimento deficitário. Ademais, esta massa de excluídos fica sujeita ao perverso sistema de especulação imobiliária, que os priva do direito de morar com dignidade.

O legislador, sensível aos problemas sobreditos e impelido pela reivindicação social, deu estatutura constitucional ao direito à moradia com a Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000 e, posteriormente, edificou o Estatuto da Cidade, que estabelece diretrizes e cria institutos jurídicos visando o pleno desenvolvimento das funções sociais do espaço urbano.

Todavia, há que se ter em vista que estes direitos foram consignados num determinado tempo e num determinado espaço. De maneira que, a análise do contexto em que erigiram se faz imprescindível para dimensionar suas potencialidades e limitações. Vale dizer, não se pode olvidar o processo de intensa globalização do mundo atual, o recrudescimento dos níveis de exclusão social, bem como a crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

A partir deste contexto, far-se-á um escrutínio do direito à moradia como direito fundamental da pessoa humana, considerando-o (o direito à moradia) á luz da legislação internacional e nacional, assim como um estudo acerca de sua fundamentação – a partir do princípio da dignidade da pessoa humana – e seu conteúdo – como um complexo de direitos (e deveres) de cunho negativo.

Posteriormente, examinar-se-á o direito à moradia no que tange à sua eficácia e efetividade, na sua dupla perspectiva defensiva e prestacional, tendo em vista o princípio constitucional da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

Destarte, não obstante o relativo progresso na seara legislativa, o gozo do direito à moradia ainda não é uma realidade para parte significativa da população brasileira. Dispositivos legais vanguardistas precisam ainda enfrentar o poder dos sujeitos proprietários, o descaso dos administradores públicos, um sistema

processual despreparado para lidar com demandas coletivas e a visão patrimonialista dos operadores do Direito. O quadro bosquejado, parece-nos, torna pertinente uma análise minuciosa e atenta da questão, buscando compreender, por assim dizer, o que falta para a efetivação do direito à moradia.

2. CIDADE: DE ESPAÇO DE COMUNHÃO A ESPAÇO DE EGOÍSMO.

Antes de iniciar a discussão estritamente jurídica e tratar, pormenorizadamente, do direito à cidade, à propriedade e à moradia e dos institutos jurídicos atinentes ao espaço urbano, parece-nos imprescindível dissertar acerca dos fundamentos sociológicos, econômicos, históricos e culturais, que dão arrimo à normatividade jurídica que disciplina as relações estabelecidas no âmbito da cidade contemporânea.

2.1. A industrialização e transformação da cidade num sistema de objetos.

A cidade contemporânea construiu-se - e ainda hoje é construída - a partir de um processo de “urbanização corporativa”, ou seja, promovida ao talante das grandes corporações, o que constitui um receptáculo das conseqüências de uma expansão capitalista que solapa recursos públicos, já que estes são destinados a empreendimentos de cunho econômico, em detrimento dos gastos sociais¹.

Com o processo de industrialização e tecnicização da sociedade, o papel do afeto na urbe fica minimizado, ocorre um verdadeiro embrutecimento urbano. A penetração da mercadoria e da lógica do consumo demasiado abole a relação com o “outro”. O desafio da cidade posterior à revolução industrial é tornar-se espaço idôneo a promover os processos de produção, circulação, distribuição e consumo de mercadorias, nada mais. Neste sentido, aponta Pietro Barcellona:

A cidade torna-se funcional a indústria que organiza o espaço urbano como estrutura de serviços às empresas; as construções exprimem funções colaterais à empresa: reserva de mão-de-obra, dormitórios periféricos, centro de comercialização, lugares de consumo.²

A cidade torna-se o lugar do econômico, onde se imbricam indústria e comércio, numa complementaridade produtiva apta a propagar o sistema do capital. Nesta esteira, impende transcrever as palavras Darcy Ribeiro, que assim disserta: “a

¹ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1996, p. 95.

² BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Editora Ícone, 1995, p. 100-101.

industrialização e a urbanização são processos complementares que costumam marchar associados um ao outro”.³

Essa prevalência do econômico nas cidades é amplificada pela globalização da economia, o equipamento seletivo do interesse dos comandos hegemônicos do território, provido com verbas públicas, engendra metrópoles modernas, favorecendo grandes empresas. Contrapondo-se à modernidade dessas metrópoles, propagam-se periferias desassistidas, enclaves desfavorecidos, que (sobre)vivem sem mínimas condições de acesso a serviços públicos básicos e infraestrutura urbana⁴.

Cabe ressaltar o fato de que a realização desses investimentos, de feição eminentemente mercadológica, resultam na impossibilidade de oferecer à população os serviços essenciais de que esperam e necessitam, o que agrava o quadro de exclusão socioeconômica.

De modo geral, os investimentos em revitalização ou desenvolvimento urbano, especialmente em infra-estruturas urbanas, são segregadores. Ao valorizar - ou desvalorizar – áreas, os investimentos estatais ensejam movimentos perversos na ocupação do território urbano. Não raro, ao revitalizar e modernizar um espaço da urbe, acaba-se expulsando populações pobres em benefício de camadas restritas.

Esta é a cidade que Milton Santos chama de “corporativa”, onde o meio técnico-científico-informacional dirige a formação seletiva de modernos circuitos de produção, contrapostos à intensa segregação socioespacial, expressa nos gastos públicos, na concentração da renda e na distribuição espacial de classes de renda no território. Esta cidade, ao comprometer os direitos do cidadão, constrói o que o autor denomina “cidadania atrofiada”.⁵

Quanto à produção do espaço necessário aos grandes capitais, disserta Milton Santos:

³ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 198.

⁴ MOURA, Rosa. O ocaso das cidades. In: *Mediações fundiárias: caderno de extensão*. Curitiba: Editoração da Universidade Federal do Paraná, Outubro de 1998, p. 22.

⁵ MOURA, Rosa. O ocaso das cidades, p. 23.

O capitalismo monopolista supõe, dentro e fora da cidade, a utilização de recursos maciços. De um lado, é preciso dotar a cidade de infra-estruturas custosas, indispensáveis ao processo produtivo e à circulação interna dos agentes e dos produtos. De outro, para atingir o mercado nacional, é exigida uma rede de transportes que assegure a circulação externa. Esse processo é concomitante ao de centralização dos recursos públicos em mãos do governo federal que os utiliza em função de suas próprias opções.⁶

O cidadão não se propõe mais a agir pensando de forma ampla o contexto social em que se insere. O que se nota é um crescente processo de segmentação da sociedade do cenário político. O cidadão fica preterido pelo usuário e pelo consumidor, afastando para um segundo plano a construção do homem público.⁷

No que diz respeito à ação política nas cidades corporativas escreve Milton Santos:

A cidade atual presta-se à recriação desse tipo de segmentação, com a emergência de grupos mais ou menos organizados, lutando de maneira difusa ou com o apoio de *lobbies* mais ou menos agressivos e mais ou menos aparelhados, através de discursos, marketing, alianças duráveis ou colusões ocasionais, estratégias e táticas pela prevalência de suas reivindicações setoriais. São interesses de classes de categorias profissionais, de bairros, de tipos de proprietários, como os donos de automóveis, mas também de grupos étnicos, de gênero ou de comportamento sexual que buscam a construção de sua identidade, mas também o discurso de suas reclamações particulares e a melhor prática para a sua militância,

⁶ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*, p. 102.

⁷ Quanto ao agir político nas sociedades contemporâneas, assim disserta Zygmunt Bauman: “O ‘público’ ficou despojado de seus conteúdos diferenciais e ficou sem agenda própria – não passa agora de um aglomerado de problemas e preocupações privados. É uma colcha de retalhos de anseios pessoais por ajuda para dar sentido a emoções e estados de espírito privados ainda inarticulados, por instruções sobre como falar dessas emoções em linguagem que os outros entendam e por conselho sobre como lidar com a série de experiências que os indivíduos acham tão difíceis de encarar. A lista de ‘questões públicas’ não difere da de ‘questões pessoais’ nem aquela lista é mais rica que ‘a soma de suas parcelas’”. (BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000, p. 71).

destinadas a obter, no plano jurídico ou material, compensações e vantagens.⁸

Com o aduzido processo de mercadorização, contrai-se a esfera das relações eminentemente humanas e afetivas. De maneira que,

A cidade se transforma em um sistema de objetos abstratos, perdendo definitivamente a possibilidade de tornar-se o lugar no qual se realiza “a identidade afetivo-emotiva de uma coletividade”. A cidade dos objetos ao posto da cidade do trabalho, onde tudo é mercado, onde tudo é troca.⁹

Nesse modelo de urbe, as escolhas urbanísticas e as formas de habitação passam a favorecer o isolacionismo dos indivíduos. A casa, que deveria ser o lugar em que mais se manifestariam as potencialidades do afeto, torna-se, não raro, do ponto de vista dos que a ocupam, o proscênio da discórdia familiar e, para os que estão do lado de fora, pura forma de exibição e exteriorização sem conteúdo¹⁰.

2.2. A cidade inospitaleira¹¹ da sociedade massificada.

Evidencia-se, cada vez mais, que a urbe tem se organizado e estruturado de modo a dar vazão aos anseios mercadológicos. As linhas que dão vida ao desenho urbano são traçadas, flagrantemente, com vistas a tornar mais confortável o sistema de produção, circulação, distribuição e consumo de riquezas, que caracterizam o sistema capitalista.

Se nos voltarmos, por exemplo, às cidades da Idade Média e realizarmos um cotejo com a cidade que tem se estruturado a partir da Modernidade chegando à contemporaneidade, nitidamente perceberemos quão excludente e desumana - organizada sob a força dos mercados¹² - e, por conseguinte, inospitaleira tornou-se

⁸ SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*, p. 109.

⁹ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 101.

¹⁰ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 101.

¹¹ Expressão utilizada por BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 99.

¹² MOURA, Rosa. *O ocaso das cidades*, p. 16.

o espaço urbano contemporâneo. Nesse sentido, com singular percuciência escreve Pietro Barcellona:

A inospitalidade que se vai estendendo nas novas zonas urbanas é oprimente.

(...)

As habitações parecem não ter a mínima relação com os habitantes. A casa parece desmontar-se. “Habitar” não é mais possível: morar, enquanto permanecer, estar em casa, não se dá mais para um “viajante”.¹³

Outrora, a cidade – sobretudo a medieval - fora o terreno sobre o qual se edificava a identificação coletiva, cultural e, também, a identificação de cada pessoa. Nessa ambiência dava-se, então, a “personalização do espaço urbano”,¹⁴ ou seja, a cidade estruturava-se a partir de valores e vínculos comunitários. Todavia, tal modo de organização do espaço urbano encontrou seu termo, para utilizar a nomenclatura de Barcellona, chegamos ao “ocaso da cidade”.¹⁵

Há na sociedade atual, na qual se confere uma clara primazia à eletrônica, à informática e aos mecanismos de troca de produtos, um claro arrefecimento das relações interpessoais, no seu aspecto humano¹⁶. O espaço urbano tornou-se o lugar em que habita o medo em relação outro.

Num contexto em que, quase que inarredavelmente, estão todos suscetíveis ao processo de globalização – econômica, cultural e política – e suas conseqüências, “o conflito entre o global e o local se apresenta e faz com que a inospitalidade das cidades decorra de sua própria descaracterização como ponto de encontro”.¹⁷

No mesmo diapasão, quanto a esse roteiro em que a pessoa se torna cada vez mais global, cosmopolita e, também, mais solitária, observa Rosa Moura:

¹³ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 99.

¹⁴ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 99.

¹⁵ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 99.

¹⁶ MOURA, Rosa. *O ocaso das cidades*, p. 16.

¹⁷ MOURA, Rosa. *O ocaso das cidades*, p. 18.

Penetrando no interior da cidade tecnologizada, encontramos a casa como o reduto de um processo intenso de comunicação solitária. Na casa, desconectada da vizinhança, do bairro, do país, pode-se exercer o tele-trabalho, o tele-shopping; acessar entregas rápidas e se isolar diante de computadores, ficando cada morador – que já não se conjuga, apenas se agrega – em sua navegação individual pelos quatros cantos do mundo.¹⁸

A cidade, que outrora era concebida como o lugar em que emerge a identificação coletiva, a auto-representação, realizando-se a personalização do espaço urbano, que é, ao mesmo tempo, a imagem estruturada dos valores e vínculos comunitários, está ameaçada¹⁹ – se é que já não se deu o seu ocaso²⁰.

A professora Rosa Moura aduz ainda algumas importantes e nefastas conseqüências advindas da onda *high-tech* que ora vivenciamos:

A TV tem o poder de transformar tudo em aparatos cênicos, como os sórdidos atos de guerra, em homogeneizar, em tornar as pessoas pasteurizadas, portanto idênticas, submissas ao consumo e à troca, capturadas pela mídia. A mesma TV, no plano espacial, substitui as cadeiras nas calçadas e, por meio do videogame, coloca a tela como substituta do companheiro das brincadeiras infantis.

Assim, a casa se desmonta enquanto lar, enquanto moradia, mas se consolida enquanto refúgio da navegação solitária, onde se constrói a identidade com a simultaneidade, com a telepresença. Ao mesmo tempo o carro – elemento do deslocar solitário – e os modernos veículos de transporte, através de suas janelas, desterritorializam velozmente o espaço.²¹

Assim sendo, o crescimento populacional desenfreado das cidades contemporâneas não resultou num acréscimo em sua humanidade, ou incremento de suas potencialidades afetivas e culturais, pelo contrário, nota-se que os sujeitos do espaço urbano atual, não obstante o mar de gente que vêem todos os dias,

¹⁸ MOURA, Rosa. *O ocaso das cidades*, p. 18.

¹⁹ MOURA, Rosa. *O ocaso das cidades*, p. 18.

²⁰ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 99.

²¹ MOURA, Rosa. *O ocaso das cidades*, p. 19.

sentem-se mais solitários. Esta é a cidade do ego, do egoísmo, onde abundam carros à prova de bala e os vidros escuros à prova de gente.

2.3. O processo de despersonalização da realidade urbana.

Um novo perfil de ser humano emerge dessa urbe conquistada pela lógica do consumo frenético e maciço. Vem à tona um homem sem rosto, o “habitante qualquer”. Tanto as identidades coletivas como as individuais perdem-se. Amplifica-se a alienação do homem, dada a supervalorização do econômico.²²

Constata-se um verdadeiro processo de dilapidação do social, em que se priva a sociedade de seus meios mais eficazes de produzir símbolos e realizar uma comunicação coletiva que identifique tanto o conjunto quanto cada membro. Este mecanismo dispõe de uma potencialidade letal inarredável em relação à democracia, já que impõe condições para impedir o controle e a participação coletiva na elaboração da identidade da comunidade.²³

“As cidades estão doentes e a doença é epidêmica”.²⁴ Todos os grupos sociais são atingidos, basta ver a solidão tétrica a que são submetidos os que chegaram a melhor idade, bem como o tratamento deplorável e sentimentalmente vazio que se destina atualmente às crianças. Interessante análise faz Barcellona a respeito:

As crianças da cidade são tratadas não como prole de homens, mas como bonecas, circundadas de adultos infantilizados, que, da experiência deles, vivida na cidade, foram prejudicados ao ponto de não saber sequer de qual ambiente necessita o homem, para não se transformar num mendicante de indenizações e pensões. Por que não deveriam tornar-se violentos, sádicos, destrutivos dedicados ao álcool ou às drogas, uma vez que ‘enlouqueceram’ na solidão?²⁵

²² BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 102.

²³ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 103.

²⁴ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 102.

²⁵ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*, p. 103.

Deste modo, constata-se um processo de verdadeira reificação dos habitantes da urbe. Neste contexto, em que o ter prevalece sobre o ser, a possibilidade de construção de identidades coletivas e individuais resta comprometida. Da disposição espacial da cidade, vislumbra-se uma única identidade: a que atesta similaridade espaços urbanos atuais no sentido de que são desenhados de acordo com os interesses do mercado.

2.4. A periferia das cidades e a segregação.

O senso comum nos faz pensar na periferia como um lugar espacialmente distante da região central. Todavia, o entendimento meramente geométrico não representa a verdadeira relação entre o centro e a periferia das cidades. Há, outrossim, distanciamentos e desníveis ingentes de índole sócio-econômica, que evidenciam a desigualdade entre os moradores dessas partes da cidade.²⁶

No pertinente à (des)organização espacial, nota-se como as periferias são caóticas, não planejadas. São terrenos inacessíveis, ruas descontínuas, vias de comunicação expressa dividindo comunidades, restos de vegetação, rios poluídos etc. Ingredientes que conjugados configuram o verdadeiro “mosaico”²⁷ em que se transformaram as periferias.

No que toca a essa aparência das periferias, disserta Rosa Moura:

Isso explica, um pouco, a imagem de espaço desarrumado e recém desbravado que configura as periferias, expondo seus habitantes como pioneiros. Uma área extensamente horizontalizada, recortada e em alguns pedaços tomadas por pequenas casas mal acabadas, inconclusas sempre em obras; ou por conjuntos habitacionais repetindo a composição dos pequenos prédios ou casas; ou por terrenos à espera de uma meia água, por vezes temporariamente feito campo de recreação, ponto de venda de 'fumo', área propícia à invasão.²⁸

²⁶ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*. Curitiba: IPARDES, 1994, p. 37.

²⁷ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 37.

²⁸ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 38.

Essa desorganização (aparente) no traçado das periferias, em verdade, é promovida por mecanismos mercadológicos, pela lógica do modo de produção e apropriação do espaço urbano. É imperioso destacar que a mencionada desorganização é apenas aparente, já que mascara mecanismos capitalistas de especulação imobiliária, que, com efeito, dão os contornos da cidade.

No que diz respeito a essa aparência mascarada, escreve ainda Rosa Moura:

A desorganização aparente e a espontaneidade do traçado das periferias são, na verdade, determinadas pela lógica do modo de produção e apropriação do espaço urbano. Expressam, nas cidades, uma lógica onde interesses diversificados se sobrepõem, criando áreas também diferenciadas, facilmente identificáveis. Essa aparência é a revelação da essência que resulta da interação de três elementos:

a) o capital, determinando o custo da terra e impondo a necessária concentração de atividades e de mão-de-obra para sua própria reprodução e acumulação;

b) o Estado, representado pela ação do poder público, tentando propiciar serviços e condições básicas para a sobrevivência e a reprodução da força de trabalho, garantindo, assim, o fluxo da economia;

c) a força do trabalho, que é quem ocupa e vive a desordem que é a periferia.²⁹

A partir do exposto, tem-se que o caos espacial urbano tem muito a nos dizer sobre os interesses que predominam na cidade atual. A combinação entre capital especulativo, a ação ineficiente e insuficiente do Poder Público e a ocupação desorganizada das famílias carentes são os ingredientes que dão forma a esta cidade caótica e capitalista.

²⁹ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 38-39.

2.4.1. Morar: uma questão de mercado.

É com o avanço na apropriação de espaços urbanos que se evidencia como terrenos e casas são tratados como uma mercadoria qualquer. Contexto em que vige a lei do mercado, ou seja, quanto maior a procura e menor a oferta, maior será o preço.

Neste diapasão, escreve Rosa Moura:

Vários são os interesses por essas mercadorias: o simples usuário que aluga ou compra sua moradia; os proprietários rentistas, que aumentam suas economias alugando suas propriedades; os empresários – corretores ou incorporadores – que fazem da habitação o seu negócio.³⁰

Todavia, tais mercadorias (se é que se pode conceber terreno e casa como tal) possuem peculiaridades evidentes em relação a outras mercadorias, visto que “são indispensáveis à reprodução do homem enquanto espécie e força de trabalho”.³¹

No que tange ao valor dos imóveis, há que se observar que são vários os fatores levados em conta: o tamanho, a topografia do terreno, as condições de construção da casa, a localização e a infra-estrutura disponibilizada nos arredores do terreno. Impende salientar o papel da chamada “renda diferencial”, presente em qualquer transação imobiliária, que é a renda decorrente das condições de acesso e da localização do imóvel. O adjetivo diferencial advém do aspecto de que imóveis similares podem ter representações monetárias distintas de acordo com a sua localização.³²

2.4.2. A especulação imobiliária e a exploração da periferia.

³⁰ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 41.

³¹ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 41.

³² MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 42.

Ao restringir a possibilidade de apropriação de seus produtos tão somente àqueles que dispõem de recursos financeiros, o mercado imobiliário promove a acentuação dos desníveis sociais existentes, sobretudo, em países periféricos. É evidente que tal proceder desnatura a própria essência da terra, do solo urbano, enquanto bem precípuo à manutenção da vida.³³

Neste quadro de opressão econômica da população da periferia, há uma estratégia utilizada pelo investidor imobiliário que merece destaque, é o investimento em lugares mal localizados. Ocorre que são necessários recursos vultosos para se investir nos grandes centros, onde as exigências do Poder Público e da clientela em potencial são mais incisivas. Por outro lado, a perspectiva de lucratividade, investindo-se pouco, nas periferias apresenta-se com muito mais intensidade, por duas razões principais:

(a) Mais atrativo nas periferias é usar o morador como chamariz de benfeitorias. O empregador faz a divisão da gleba em lotes e lança-os à venda sem a infra-estrutura mínima exigida pela lei de parcelamento, ou seja: luz, arruamento, reserva de áreas para equipamentos públicos, dentre outras. Cria 'facilidades' para alguns pioneiros se instalarem. Esses passam a reivindicar, junto ao Poder Público, os serviços e as infra-estruturas essenciais. Ao obterem suas demandas mínimas, fazem o valor dos terrenos vizinhos aumentar, reservando, assim, uma grande margem de lucratividade ao empreendedor, quando da venda dos lotes seguintes.

(b) outro fator atrativo ao incorporador – talvez o mais fundamental – e que a periferia oferta com maestria é a instabilidade financeira da classe pobre. O empreendedor vende um lote ou uma casa. O então proprietário paga algumas prestações – no início sempre possíveis – mas, devido ao arrocho de seus salários e ao crescimento vertiginoso dos reajustes mensais, deixa de pagar. O empreendedor, então, executa a tomada do imóvel parcialmente pago pelo valor das prestações iniciais e torna a vendê-lo já mais valorizado.³⁴

³³ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 42.

³⁴ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 43.

Deste modo, com os mencionados mecanismos utilizados pelo mercado, para as populações mais carentes a moradia torna-se uma mercadoria restrita, a habitação (ou a falta dela) deixa patente a espoliação dos habitantes da periferia. Os programas habitacionais ofertados pelo Poder Público são insuficientes, seja pela intensidade ou pela concepção mercadológica que está à sua base, o que plasma um ambiente propício à ampliação da exclusão habitacional e faz crescer exponencialmente o contingente dos “sem-teto”. Tais programas nada mais são que linhas de crédito ou financiamento, que operam consoante as regras bancárias básicas.³⁵

2.4.3. A periferia e as restrições em relação ao direito à cidade.

Um fenômeno nefasto que ocorre em relação às populações periféricas é negação de seu direito à cidade, aos serviços básicos que deveriam ser disponibilizados pelo Poder Estatal, tais como, aos postos de saúde, escolas, saneamento básico (água tratada, esgoto, coleta de lixo), transporte coletivo. A dispersão dos loteamentos ocupados nos arredores da cidade exige do Poder Público a disseminação de várias unidades de serviço para atender necessidades pontuais. Considerando o sempre esgrimido argumento da limitação prestacional do Estado, os serviços públicos não são disponibilizados, ou são ofertados de modo precário.³⁶

³⁵ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 45. No que diz respeito aos programas habitacionais explica ainda a autora: “há que se ter com que pagar prestações, ou seja, auferir uma renda mínima estabelecida. Há que se comprovar a origem da renda, o que significa a exigência de estar registrado no emprego, exigência que nem todos preenchem. É exigido, também, o pleno domínio da terra. Uma posse legal que nem sempre está presente nos processos de apropriação de solo urbano nas periferias”.

³⁶ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 45. Especialmente quanto ao transporte público observa a autora: “A distância física dos centros encarece, também, outros serviços básicos. O transporte é o elemento fundamental para a ligação das periferias com tudo o que acontece na cidade. Um elemento concreto e indispensável que permite o trabalho, o consumo, o gozo da cidade. Garante a sobrevivência da periferia. Assegura o deslocamento da mão-de-obra. Por cobrir longas distâncias e por percorrer vias em precárias condições de tráfego, encarece a tarifa e exige mais tempo em deslocamentos. Isso provoca cansaço e reduz o tempo de seus usuários para outras atividades como a cultura, o lazer, a convivência social, e principalmente para a discussão dos problemas da comunidade. Ciente da importância dos transportes de passageiros, o Estado demonstra certa preocupação com esse serviço. No entanto, embora nos grandes centros urbanos linhas mais confortáveis cruzem suas áreas centrais e bairros

Com efeito, a cidade está composta por vários segmentos de pessoas, com interesses distintos. Para que prevaleçam os interesses de uns, os de outros são sacrificados. De modo que, aqueles que detêm o poder econômico detêm também o poder político. Com este exercem o direito de mandar, decidir, de interferir nos processos eletivos onde seus representantes são legitimados a ocupar cargos públicos. Desta forma, a defesa de seus interesses é garantida. No oposto, emerge (ou submerge) o habitante segregado da periferia, sem renda, sem poder, com pouca influência nas tomadas de decisão do Estado.³⁷

Colocando-se às claras as relações travadas na esfera da urbe atual, observa-se que a lógica da distribuição dos investimentos nas cidades submete-se à lógica e aos interesses de quem comanda essa distribuição, criando privilégios, ornando bairros de modo desnecessário – em prejuízo de investimentos em áreas mais carentes da cidade³⁸ -, modernizando e reservando frutos da urbanização a um segmento restrito dotado de renda.

Destarte, tem-se que conquanto os habitantes das periferias sejam os operários das metrópoles contemporâneas e que por meio de suas mãos edifique-se toda a infra-estrutura que nelas há, vê-se como cotidianamente são privados de desfrutá-la em sua plenitude - como o fazem as classes mais abastadas - configurando-se um verdadeiro *apartheid* social e espacial.

Neste capítulo procuramos analisar a cidade contemporânea, demonstrando os efeitos do desenvolvimento capitalista nas relações travadas no seio da urbe, tais como, o embrutecimento da cidade, sua transformação num sistema de objetos, a despersonalização da rede urbana, assim como o desafio que tem sido viver nas áreas periféricas. Passa-se a agora ao exame das possibilidades de se exercer o direito constitucionalmente tutelado de morar em tais cidades, inospitais que são.

nobres, oferecendo um serviço relativamente rápido e sofisticado, nas periferias, contrapondo a essa imagem de modernidade, prevalece o arcaico”.

³⁷ MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 49.

³⁸ Por esta razão, pode-se argumentar que, deliberadamente, as desigualdades são promovidas e sustentadas tanto pelas classes dominantes quanto pelo Estado, já que a ação deste acaba sendo parcial – a despeito do seu ar de neutralidade -, neste sentido, ver MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*, p. 49.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTEXTO, CONTEÚDO E POSSÍVEL EFICÁCIA.

3.1. Direitos fundamentais: algumas ponderações de cunho terminológico e conceitual.

Para efeito do presente trabalho, partiremos da premissa de que é plausível estabelecer limites conceituais a fim de discernir direitos fundamentais de direitos humanos, que, além de uma relevância semântica e didática, possua importância prática.³⁹

A distinção tem como fundamento – dentre outras teses – a existência de diversos planos de positivação, já que – consoante entendimento de parte expressiva da doutrina – o termo “direitos fundamentais” diz respeito àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera constitucional de determinado Estado; por outro lado, a expressão “direitos humanos” atrela-se aos direitos reconhecidos no âmbito internacional, independente de uma vinculação com determinada ordem constitucional, e que, desse modo, aspira validade internacional.⁴⁰

No que tange à temática assim disserta Canotilho:

Direitos fundamentais são direitos homem, jurídico institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, pp. 416-417.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Obra citada, p. 417. Cabe destacar que, não obstante a possibilidade de traçar-se tal distinção terminológica os chamados direitos humanos sempre trarão junto a si o atributo fundamentalidade, dada a sua importância e essencialidade do ponto vista substancial. Não é por outra razão que parcela dos autores pátrios tem utilizado a expressão “direitos humanos fundamentais”, compreendendo os planos nacional e internacional de positivação. Neste sentido, ver FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, bem como MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.

inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigente numa ordem jurídica concreta.⁴¹

Na mesma esteira, impende aqui averbar que a Constituição de 1988 consagrou tal distinção terminológica, já que em seu art. 4º, inciso II⁴², determina que a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos - dentre outros princípios enumerados no artigo -, assim como o Título da nossa Constituição, portando a epígrafe “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”⁴³.⁴⁴

Não raro, os direitos previstos no plano internacional são incorporados aos ordenamentos internos de cada Estado. A tendência é revelada no expressivo número de constituições contemporâneas, seja no sentido de agasalhar expressamente os direitos que vem sendo reconhecidos no plano internacional, seja pela previsão de uma cláusula geral de abertura aos direitos previstos na esfera internacional.⁴⁵ O direito à moradia é um exemplo deste processo, visto que está reconhecido concomitantemente como direito humano (plano internacional) e fundamental (plano interno).⁴⁶

3.2. O contexto: globalização, exclusão social e a crise do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989, p. 434.

⁴² Constituição Federal, art. 4º, inciso II:

“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;”

⁴³ O Título dos Direitos e Garantias Fundamentais compreende os art. 5º ao 17.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 417.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35. A referida abertura revela-se atualmente com a previsão dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição que assim dispõem:

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

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

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 419.

A problemática jurídica da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais, dentre eles o direito à moradia, insere-se num contexto de globalização, exclusão social e crise dos Estado Democrático de Direito e dos próprios direitos fundamentais, notadamente em países periféricos. Com esta ordem de coisas, um dos principais argumentos içados para se impedir o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais diz respeito à realidade socioeconômica e, sobretudo, à limitada capacidade prestacional do Estado.⁴⁷

Nesta parte do presente trabalho, buscar-se-á indicar alguns efeitos que o processo de globalização tem causado sobre o Estado Democrático de Direito e, a partir disto, identificar a cada vez mais insofismável crise de efetividade da Constituição, assim como dos direitos fundamentais nela averbados. Isto porque, ainda que alguns se rebelem contra tal fato, não há como negar, a Carta de 1988 consagrou um Estado Democrático de Direito⁴⁸, com um significativo rol de direitos fundamentais, de todas as dimensões (ou gerações), abrangendo uma extensa lista de direitos sociais.⁴⁹

Os sistemas democráticos hodiernos sofrem, quase que invariavelmente, com a confusão que se tem estabelecido entre os interesses do governo e os interesses privados, de agentes econômicos, cada vez mais presentes nos processos decisórios do Poder Público a fim de capitanear a flexibilização e/ou aniquilamento de conquistas sociais. Neste sentido, insere-se a percuciente observação de Ferrajoli, advertindo-nos em relação à mencionada crise e identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas governo”.⁵⁰

Como decorrência desse processo, presencia-se a maior debilidade do Estado e situação de risco da democracia, no que tange à sua condição de promover e tutelar instituições democráticas e direitos fundamentais, coloca-se sob

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 419.

⁴⁸ Conforme o disposto em seu art. 1º, *caput*: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 420.

⁵⁰ *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 420.

grave ameaça a própria noção de cidadania, enquanto direito a ter direitos. Além disso, vivencia-se um alarmante incremento nos índices de exclusão social, sendo que “exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda”.⁵¹

Neste mesmo contexto, constata-se que contingentes excluídos da população, submetidos às mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – decorrentes da opressão socioeconômica – acabam não sendo identificados como titulares de direitos subjetivos públicos, não são, portanto, verdadeiros “sujeitos de direitos”, uma vez que excluídos do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Deste quadro surgem reflexos de três ordens: (a) intensificação do processo de exclusão da cidadania; (b) redução, ou mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência social, moradia etc); (c) ausência ou precariedade de instrumentos jurídicos idôneos a dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na ordem jurídica.⁵²

Dado este contexto fático, nota-se uma crescente descrença em relação aos direitos fundamentais, que atinge não apenas a efetividade desses direitos, mas também o plano do próprio reconhecimento e do papel que devem desempenhar em sistemas democráticos. Ocorre que, a partir da compreensível ótica dos oprimidos, os direitos fundamentais passam a ser avaliados como verdadeiros privilégios de certos grupos, basta observar a paradoxal relação entre os “sem terra” e os “com

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 421. Complementa ainda o mesmo autor, “assume especial relevância a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do *apartheid* social), de tal sorte que a ‘cartografia urbana’ passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas ‘civilizadas’, onde as pessoas – ainda – vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em ‘zonas selvagens’, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto da manutenção da ordem e proteção das ‘zonas civilizadas’, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também expressão cunhada por Boaventura Santos – do fenômeno do fascismo do Estado paralelo”

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 422-423. Na mesma linha, prossegue o autor observando o seguinte: “É em face da erosão crescente dos direitos sociais, econômicos e culturais, agregada ao aumento da pobreza e dos níveis de desemprego estrutural, que Boaventura de Souza Santos fala na transição – para os integrantes das classes sociais despossuídas – de um ‘estatuto da cidadania’ para um estatuto de ‘lumpencidadania’, isto é, para uma ‘cidadania de trapos’, em se fazendo a tradução literal do alemão”.

terra”, os “sem teto” e os “com teto”, enfim, aqueles que exercem seus direitos e os que têm seus direitos sonegados.⁵³

3.3. Moradia como direito fundamental da pessoa humana.

3.3.1. Síntese sobre a evolução do direito (fundamental) à moradia no plano internacional e constitucional.

Em termos de reconhecimento expresso pela ordem jurídica positiva de direitos sociais, econômicos e culturais, exsurge como pioneira a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948⁵⁴, na qual, pela primeira vez, averbou-se o reconhecimento e a necessidade de tutela de tais direitos, dentre eles o direito à moradia. Com efeito, reza o art. XXV, primeira parte, da Declaração:

1. 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 controle.

Posteriormente, outros tratados internacionais previram direitos sociais, econômicos e culturais, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, também ratificado e incorporado ao direito interno brasileiro⁵⁵, seu art. 11, tem a seguinte redação:

§1 - Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas,

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 424.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 425.

⁵⁵ Aprovado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991. Assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor no Brasil em 24.2.1992. Promulgado pelo Decreto nº 591, de 6.7.1992.

assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medida apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

Cabe aqui citar documentos oriundos de conferências promovidas pela ONU sobre a problemática dos assentamentos humanos, tais como, a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos – Habitat I – de 1976 e a Declaração de Istambul – Habitat II – de 1996. Na Declaração de Vancouver assevera-se que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Na Declaração de Istambul, além do exposto reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, houve minuciosa previsão quanto ao seu conteúdo e extensão (art. 43), assim como responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização.

Lembramos ainda, entre outros tratados internacionais, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969)⁵⁶, cujo art. 5º prevê, sem discriminação por motivo de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, entre outros direitos, o direito à moradia. No mesmo diapasão, tem-se as Convenções Internacionais sobre eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979)⁵⁷, a Convenção sobre os direitos das crianças (1989)⁵⁸, assim como a Convenção sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores

⁵⁶ Adotada pela Resolução nº 2.106-A da Assembléia das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 4.1.1969. Promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8.12.1969. Publicada no D.O. de 10.12.1969

⁵⁷ Adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembléia das Nações Unidas, em 18 de dezembro de 1979. Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 93, de 14.11.1983. Ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984 (com reservas). Promulgada pelo Decreto nº 89.406, de 20.3.1984. O art. XIV, segunda parte, da Convenção assim reza:

“2. Os Estados Membros adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a:

(...)

h) Gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações”.

⁵⁸ Adotada pela Resolução nº L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro e 1990. A convenção sobre o direito das crianças dispõe em seu art. 27, §3º:

“§3 - Os Estados Membros, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a

migrantes (1990), contém determinações acerca do direito à moradia, com alguma variação no que tange ao alcance deste direito.

No que concerne ao ordenamento jurídico interno, sem embargo de ter sido o direito à moradia reconhecido expressamente no texto constitucional somente no ano de 2000, com a Emenda Constitucional nº 26 – que incorporou ao art. 6º, caput, o direito em questão -, constata-se que outros dispositivos constitucionais faziam alusão ao direito à moradia, seja quando regulando a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 24, inciso IX), seja quando no art. 7º, inciso IV, definiu salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com a moradia. Do mesmo modo, a referência à função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII, e arts. 170, inciso III, e 183, §2º), bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191).

Para além do sobredito, não há como negar que, o direito à moradia estriba-se e é decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que, para a mínima realização deste, emerge como imprescindível o elemento moradia, que integra o rol de necessidades básicas a qualquer pessoa.⁵⁹

tornar o efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação”.

⁵⁹ Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 428. A título ilustrativo vale trazer à colação o Acórdão proferido em 19 de agosto de 1999 pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp. nº 213.422, Relator Ministro José Delgado, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MUTUÁRIO COM DOIS FINANCIAMENTOS. IMÓVEIS SITUADOS EM LOCALIDADES DIVERSAS. CONTRIBUIÇÕES REGULARES PARA O FCVS - FUNDO DE CORREÇÃO DE VARIAÇÕES SALARIAIS. POSSIBILIDADE DE COBERTURA. ART. 9º, § 1º, DA LEI 4.380/64.

1 - O art. 9º, § 1º, da Lei 4.380/64, expressamente rezava que "as pessoas que já foram proprietárias, promitentes compradoras ou cessionárias de imóvel residencial na mesma localidade...(vetado)... não poderão adquirir imóveis objeto de aplicação pelo sistema financeiro da habitação".

2 - Merece ser mantida a interpretação do aresto de segundo grau no sentido de que o dispositivo supratranscrito, quando vigente, permitia a aquisição de mais de um imóvel pelo SFH, desde que não localizados no mesmo Município.

3 - A questão habitacional é um problema que possui âmbito nacional, e suas causas devem ser buscadas e analisadas sob essa extensão, devendo ser assumida pelos vários segmentos da sociedade, em mútua colaboração na busca de soluções, eis que a habitação é elemento necessário

De outra banda, com arrimo no art. 5º, §2º, da Carta Magna, considerando que o Brasil é signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, particularmente do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, já incorporado ao ordenamento pátrio, conforme demonstramos anteriormente, parece-nos lícito sustentar que o direito à moradia, antes mesmo da Emenda nº 26, estava expressamente consagrado em nossa ordem jurídica interna.⁶⁰

De todo modo, qualquer questionamento quanto à inclusão do direito à moradia no rol de direitos fundamentais sociais resta superada com a referida Emenda Constitucional. Ademais, ainda que não se trate de um direito que materialmente inove em nossa ambiência jurídico, indubitavelmente a expressa positivação confere novas potencialidades ao direito fundamental à moradia, sobremaneira no que diz respeito à sua eficácia social, ou efetividade.

3.3.2. Fundamentação e conteúdo do direito à moradia.

3.3.2.1. Fundamentação: direito à moradia, vida e dignidade da pessoa.

Contemporaneamente, em nosso ordenamento jurídico pátrio, a maior parte da doutrina e jurisprudência reputa a dignidade da pessoa humana como fundamento primeiro e principal de um conceito material para os direitos fundamentais. O direito à moradia (direito fundamental que é) comunga de tal lógica, de modo que desfruta de uma íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, percuciente é a observação de Ingo Sarlet:

Provavelmente é ao direito à moradia – bem mais que ao direito de propriedade – que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar – numa tradução livre – que a propriedade constitui

da própria dignidade da pessoa humana, encontrando-se erigida em princípio fundamental de nossa República (art. 1º, III, da CF/88).

4 – Recursos especiais improvidos.

(Resp 213.422, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, Julgado em 19.08.1999, DJ 27.09.1999).

⁶⁰ Seguindo entendimento esposado por SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 429.

(também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit). Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.⁶¹

Dada a importância do elemento moradia na vida concreta de cada cidadão, torna-se irrefragável sua inclusão no rol dos direitos de subsistência, como expressão do próprio direito à vida, já que mesmo o senso comum leva-nos a ver no lar um aspecto essencial à existência de todo e qualquer ser humano para que se viabilize uma vida minimamente digna.

3.3.2.2. *Conteúdo do direito à moradia.*

Parece-nos adequado examinar a substância do direito à moradia partindo da terminologia adotada pelo legislador constituinte. Diferente do formato averbado noutros documentos legais, a Carta de 1988 não traz adjetivos junto à moradia. À guisa de exemplo, temos no Pacto Internacional de 1966 a referência à moradia adequada, a Constituição Belga fala em moradia decente⁶². Nossa Constituição consigna apenas o direito à moradia, sem qualquer predicado, o que não significa dizer que esta moradia possa ser interpretada como não adequada ou não decente, já que todo quadro axiológico-normativo constitucional desautoriza tal exegese.

Nesta empreitada em que se almeja demarcar o conteúdo do direito à moradia, cumpre distingui-lo do direito de propriedade (e do direito à propriedade). Tendo em vista sua fundamentalidade material para se propiciar uma existência digna, o direito à moradia poderá – se é que não deverá – assumir, em inúmeras

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 431-432.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 433.

hipóteses, uma posição preferencial em relação ao direito de propriedade, importando em restrições a este, o que, de resto, é consoante com a idéia de função social, esculpida na Constituição Federal⁶³.

Tendo em vista o silêncio do legislador constitucional do concerne à delimitação do conteúdo mínimo do direito à moradia, torna-se imprescindível buscar seus contornos nos diversos tratados e documentos internacionais celebrados pelo Brasil e já incorporados ao direito interno. Estes, quando têm por objeto direitos fundamentais da pessoa humana, possuem *status* constitucional, na condição de direitos fundamentais em sentido material, integrando o que se convencionou denominar de bloco de constitucionalidade⁶⁴. De maneira que, constata-se desde logo sua estreita vinculação à dignidade da pessoa humana, uma vez que na exegese do conteúdo do direito à moradia, há que se ter em conta os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, nos termos das exigências postas pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de um completo bem estar, físico, mental e social⁶⁵.

No que tange ao manejo da normativa internacional na temática em exame, vale aduzir o que disserta Ingo Sarlet:

Se a nossa própria Constituição foi omissa neste passo, nada impede – pelo contrário, tudo impõe (inclusive nossa Carta Magna) -, que se faça o uso da normativa internacional também nesta esfera. Justamente neste texto, buscando estabelecer padrões internacionais, a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais identificou uma série de elementos básicos a serem atendidos em termos de um direito à moradia:

a) segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza ou origem;

⁶³ Cabe aqui salientar que expressiva doutrina julga merecedora de tutela somente a propriedade socialmente útil.

⁶⁴ Entendimento que se extrai do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição de 1988, que assim versa:

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

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 435.

- b) disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico etc);
- c) as despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;
- d) a moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes;
- e) acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente aos portadores de deficiência;
- f) localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais;
- g) a moradia e modo de construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.⁶⁶

Tais diretrizes demonstram que o direito à moradia digna reclama a observância de qualitativos mínimos, não podendo ser entendido somente como direito a um teto sobre a cabeça ou espaço físico para (sobre)viver.

Tem-se, desta feita, que, não obstante toda a normativa internacional, é essencial a atuação dos órgãos estatais, sobretudo o Poder Legislativo (mas não somente), no sentido de se conferir linhas mais vivas sobre o direito à moradia bem como quanto aos meios de sua implementação, sem olvidar o averbado nos tratados internacionais que regem a matéria, assim como os valores e princípios prevalente em nosso ordenamento jurídico⁶⁷.

3.3.2.3. O direito à moradia: complexo de direitos (e deveres) de cunho negativo.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 436.

⁶⁷ É o que se almejou realizar, por exemplo, com algum sucesso, na edição da Lei nº 10.257/2001, o Estatuto da Cidade.

Ao nosso entender o direito à moradia compreende um complexo de situações jurídicas, envolvendo direitos e deveres⁶⁸, assumindo, portanto, tanto a condição negativa (defensiva) quanto a positiva (prestacional)⁶⁹. Deste modo, por exemplo, o direito à saúde será direito negativo quando se estiver a rechaçar (direito de defesa) eventuais comportamentos tendentes a vulnerar a saúde das pessoas, mas será direito positivo (ou seja, direito a prestações) quando se cuida do acesso aos serviços e bens da área de saúde. As coisas se passam de modo similar no que diz com o direito à moradia, ver-se-á pormenorizadamente adiante.

3.4. Eficácia e efetividade possíveis do direito à moradia na sua dupla perspectiva defensiva e prestacional.

3.4.1. O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais: significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal.

A presença do texto contido no art. 5º, § 1º, da nossa Constituição, tem sido atribuída à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte. A exemplo do que ocorre no direito comparado, nota-se que a doutrina e a jurisprudência pátria ainda não alcançaram um estágio de consensualidade no que concerne ao alcance e significado do preceito em exame, que passou a figurar como um dos tópicos mais polêmicos do nosso direito constitucional.⁷⁰

Uma questão preliminar, cujo enfrentamento se faz imprescindível, diz respeito à abrangência material da mencionada norma. Não obstante a localização

⁶⁸ No que concerne às situações jurídicas subjetivas complexas, ver PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 105-107.

⁶⁹ Neste sentido ver ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 419 e seguintes. Impende registrar, outrossim, que não se desconsidera a tese de Holmes e Sustain, segundo a qual todos os direitos são também sempre positivos, indicando a superação da já clássica distinção entre direitos negativos e direitos positivos, uma vez que para a garantia de direitos, tais como, a vida, a propriedade etc (direitos de defesa) torna-se indispensável a alocação de recursos para disponibilizar todo um aparato estatal (juízes, policiais, dentre outros) que possam assegurar que os direitos reconhecidos pela Constituição sejam tornados efetivos, de tal sorte que também os direitos tidos como negativos implicam custos (Sarlet, Ingo. Obra citada, p. 438).

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 442.

topográfica da regra, o que poderia ensejar uma interpretação mais restritiva, tem-se sua aplicabilidade em relação a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), e não restrita aos direitos individuais e coletivos previstos no art. 5º da Constituição Federal. Deste modo, pugnamos pela aplicabilidade imediata de todas as normas constantes no catálogo (art. 5º a 17), assim como daquelas situadas noutras partes do Texto Constitucional ou até mesmo nos Tratados Internacionais. A exegese assim realizada não encontra empecilhos na Constituição, pelo contrário, visto que se harmoniza com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, consagrados no art. 5º, § 2º.⁷¹

De outra banda, impende reconhecer que, mesmo na esfera das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, encontram-se alguns preceitos que a literatura jurídica nacional anuiu em denominar de normas de eficácia limitada, as quais não são idôneas a produzir a integralidade de seus efeitos sem a intervenção do Legislador. Na Constituição de 1988 temos como exemplos o art. 5º, inciso XXXII⁷², e o art. 7º, inciso XI⁷³.

Do até aqui aduzido, evidencia-se que a interpretação mais adequada da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição, é a que parte do pressuposto de que se cuida de norma de índole principiológica, devendo ser considerada como uma espécie de mandado de otimização, ou seja, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. De maneira que, o postulado da aplicabilidade imediata não poderá ter como norte a lógica do tudo ou nada, como ocorre com as regras jurídicas.⁷⁴

3.4.2. O direito á moradia na condição de direito de defesa.

⁷¹ PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 90.

⁷² Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁷³ Constituição Federal, art. 7º, inciso XI: “participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

⁷⁴ Neste sentido, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*, p. 446.

No que tange à dimensão negativa, ou função defensiva dos direitos fundamentais, tem-se que o direito à moradia deve ser tutelado em face de agressões de terceiros. Tanto o Estado quanto o particular possuem o dever jurídico de respeitar e de não vulnerar a moradia das pessoas, de modo que qualquer conduta violadora pode ser impugnada em juízo. É esta a dimensão a que os tratados internacionais fazem remissão quando utilizam os termos respeitar e proteger.⁷⁵

Tendo em vista que se dirigem em geral a um comportamento omissivo, demandando uma abstenção e a não intervenção estatal na esfera da autonomia privada ou no âmbito de proteção do direito fundamental, não se observa, em regra, a dependência da efetivação destes direitos a prestações fáticas e normativas por parte dos destinatários. Assim sendo, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos independem de uma concretização legislativa, dada a sua suficiente normatividade.⁷⁶

Neste sentido, impende fazer referência à lição de Ingo Sarlet:

Justamente na esfera dos direitos de defesa, é possível afirmar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da nossa Carta Magna, tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade integral em juízo.⁷⁷

Pode-se, portanto, sustentar que, no pertinente aos direitos de defesa, a lei não é um elemento prescindível à fruição do direito. Ademais, há que se acentuar, inexistente qualquer motivo para se negar a aplicação do contido no art. 5º, § 1º, da Constituição, porquanto no que diz respeito aos direitos negativos não têm cabimento os argumentos lançados para negar a aplicabilidade imediata dos direitos

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição, p. 447.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 105.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 447-448.

a prestações, quais sejam, a limitação dos recursos públicos e a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação⁷⁸.

Há que se ponderar, todavia, que o direito à moradia, bem como os demais direitos fundamentais, não pode ser reputado, *a priori*, – mesmo que apenas em sua dimensão negativa – como sendo um direito absoluto, no sentido de totalmente isento de restrições. Isto porque, em hipóteses em que diferentes direitos fundamentais, de diferentes titulares, entram em choque, faz-se necessário o exame da viabilidade de uma restrição, que, em todo caso, deverá procurar a preservação do núcleo essencial de cada direito e os critérios impostos pelo princípio da proporcionalidade, o que demanda uma ponderação de bens e ou interesses.⁷⁹

Dada a sua condição de direito de defesa, impõe-se a referência à proteção do direito à moradia contra um possível retrocesso estatal, ou seja, contra a supressão ou esvaziamento de seu conteúdo por parte, sobretudo, do Legislador. Considerando a vinculação do direito à moradia com o direito à vida e a dignidade da pessoa humana, pode-se plausivelmente pugnar pela impossibilidade da eliminação do direito através de emenda à Constituição, o que configura um verdadeiro limite material ao poder de se reformar a Constituição.⁸⁰

Para além do exposto, parece-nos evidente que ao legislador não é lícito revogar ou alterar textos normativos infraconstitucionais que tenham dado maior concretude aos preceitos constitucionais. Assim, de maneira a ilustrar o sobredito, não poderia o legislador revogar integralmente ou em aspectos nucleares – sem aduzir alternativas compensatórias – o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/01), já que se trata inequivocamente de um instrumento essencial para se conferir maior eficácia e efetividade ao direito à moradia.

⁷⁸ Neste esteira, vale trazer à colação a observação de Ingo Sarlet: “É também por esta razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle, impõe aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados” (SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 453).

⁷⁹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, p. 267 e seguintes.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 453.

4.3.3. Dimensão prestacional (positiva) do direito à moradia.

A partir do reconhecimento jurídico do direito à moradia, uma das questões mais intrigantes que se tem debatido diz respeito à possibilidade de o titular do direito (em princípio, qualquer pessoa, tendo em vista o princípio da universalidade dos direitos fundamentais) exigir do Poder Público uma determinada prestação capaz de assegurar o exercício do direito de morar, e de modo compatível com os ditames de uma vida digna. Noutras palavras, poderia o Estado ser compelido a disponibilizar moradia para os que demonstrarem que estão privados deste bem jurídico fundamental e que não podem adquiri-lo com recursos próprios?

Não se pode olvidar que, para parcela significativa da literatura jurídica nacional e internacional, é justamente na sua dimensão prestacional que os direitos sociais – inclusive o direito à moradia – são considerados normas constitucionais programáticas (impositivas de programas, fins e tarefas).

No que concerne à condição de norma programática do direito à moradia, assim disserta Ingo Sarlet:

Não há como desconsiderar que o direito à moradia inequivocamente também (mas não só) assume, no que diz com a sua perspectiva prestacional, a condição de norma programática, impondo ao poder público a tarefa de atuar positivamente na promoção, proteção, enfim, na concretização da metas constitucionalmente estabelecidas, no sentido de assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana para a população.⁸¹

Um aspecto que merece destaque na dimensão positiva do direito à moradia se refere à multiplicidade de opções e possibilidades de prestações estatais

⁸¹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 456.

tendentes a viabilizar a efetivação do direito⁸². Deste modo, por exemplo, uma intervenção legislativa no que tange ao regime de locações residenciais poderia, sem deixar de conferir garantias ao proprietário, tolher abusos praticados em relação ao locatário, com previsão da impossibilidade de uma retomada imotivada, pelo controle dos preços dos alugueres e seus reajustes, ou com o estabelecimento de prazos razoáveis para a desocupação⁸³.

Há ainda, neste leque de possibilidades prestacionais dadas ao Poder Público, a opção de se facilitar o acesso a uma habitação. Isto se faz, por exemplo, através da disponibilização de crédito para fins de aquisição e construção de residências, com a construção de casas populares – de custo menor em relação às unidades ofertadas pelo mercado – dentre outras possibilidades.

Há uma iniciativa legislativa que merece destaque, trata-se da edição do “Estatuto da Cidade”, Lei nº 10.257, de 10/07/2001 – que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal⁸⁴ e estabelece diretrizes gerais da política urbana. Este

⁸² No concernente ao amplo leque de possibilidades de prestações estatais para assegurar o direito à moradia, ainda que discordemos das conclusões a que chega, vale fazer referência ao voto do Ministro Cezar Peluso, apresentado no RE 407.688/SP, em que sustenta a constitucionalidade do art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/1990 – que admite a penhora do bem de família do fiador de contrato de locação -, assim argumenta o Ministro do Supremo Tribunal Federal:

“Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implemento por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional mediante precisão de reforço das garantias contratuais dos locadores (...) Ora, o Estado pode concretizar, conformar esse direito a moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação do tipo normativo como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação. À medida que restringirmos o conceito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante a locação, porque os locadores – como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarregam essa classe, que é a grande classe de despossuídos” (RE 407.688/SP, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 08/02/2006, DJ 06/10/2006).

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 457.

⁸⁴ Constituição Federal, arts. 182 e 183:

“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.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

diploma legal trouxe avanços significativos no pertinente à implementação do direito à moradia, já que define diretrizes gerais que devem nortear a elaboração e execução da política urbana (*vide* art. 2º do Estatuto da Cidade⁸⁵), disponibiliza ao

§ 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:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

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”.

“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”.

⁸⁵ Estatuto da Cidade, art. 2º:

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

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

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

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

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

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

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

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

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

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

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

f) a deterioração das áreas urbanizadas;

g) a poluição e a degradação ambiental;

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

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

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

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

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

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

Poder Público instrumentos jurídicos e administrativos que viabilizam uma melhor gestão do espaço urbano (art. 4º⁸⁶ e seguintes do Estatuto, com especial referência

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

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

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

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

⁸⁶ Estatuto da Cidade, art. 4º:

“Art. 4º Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

a) plano diretor;

b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

c) zoneamento ambiental;

d) plano plurianual;

e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;

f) gestão orçamentária participativa;

g) planos, programas e projetos setoriais;

h) planos de desenvolvimento econômico e social;

IV – institutos tributários e financeiros:

a) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU;

b) contribuição de melhoria;

c) incentivos e benefícios fiscais e financeiros;

V – institutos jurídicos e políticos:

a) desapropriação;

b) servidão administrativa;

c) limitações administrativas;

d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;

e) instituição de unidades de conservação;

f) instituição de zonas especiais de interesse social;

g) concessão de direito real de uso;

h) concessão de uso especial para fins de moradia;

i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;

j) usucapião especial de imóvel urbano;

l) direito de superfície;

m) direito de preempção;

n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;

o) transferência do direito de construir;

p) operações urbanas consorciadas;

q) regularização fundiária;

r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;

s) referendo popular e plebiscito;

VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).

§ 1º Os instrumentos mencionados neste artigo regem-se pela legislação que lhes é própria, observado o disposto nesta Lei.

§ 2º Nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, a concessão de direito real de uso de imóveis públicos poderá ser contratada coletivamente.

§ 3º Os instrumentos previstos neste artigo que demandam dispêndio de recursos por parte do Poder Público municipal devem ser objeto de controle social, garantida a participação de comunidades, movimentos e entidades da sociedade civil”.

ao Plano Diretor), bem como procura garantir uma gestão democrática da cidade (conforme arts. 43 a 45 do Estatuto).

Levando em conta o direito à moradia na condição de um direito a prestações materiais (fáticas) que possibilitam o exercício efetivo do direito à moradia, tem-se que os tratados internacionais, assim como a legislação interna, não impõe ao Estado a obrigação de disponibilizar a todos uma moradia de modo imediato, mas compele o Estado a realizar empreendimentos e esforços concretos a fim de viabilizar o acesso ao direito. Entretanto, não há como deixar de considerar a eventual possibilidade de se admitir um direito subjetivo a prestações fáticas, que possa ser tutelado pelo Judiciário, sobremaneira quando se tem em conta o quão essencial é o direito de morar na realização do princípio da dignidade da pessoa humana.⁸⁷

Desenvolvendo esta ordem de idéias vale trazer à colação os argumentos de Robert Alexy, que, em síntese, se poderá reconhecer um direito subjetivo originário a prestações nas seguintes circunstâncias: (a) quando indispensáveis ao princípio da liberdade fática; (b) quando o princípio da Separação do Poderes, bem como outros princípios materiais (notadamente os relativos a direitos fundamentais de terceiros), forem afetados de maneira branda. Para Alexy, as mencionadas condições são satisfeitas quando estão em jogo direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo de vida digna – o que inclui o direito à moradia.⁸⁸

Cabe consignar que, uma solução nos moldes da desenhada por Alexy bem se ajusta a natureza principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal. Isto porque, considerando que parece ser inviável uma realização imediata e plena de todos (e para todos) os direitos sociais prestacionais e que não se pode negar peremptoriamente a existência direito subjetivo a prestações, deve-se buscar a otimização (maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais.⁸⁹

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 459.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 494 e seguintes.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia, p. 460.

Neste contexto, desempenha um papel essencial o princípio da dignidade da pessoa humana, no sentido de servir de parâmetro no delineamento de um padrão mínimo de direitos a ser reconhecido incondicionalmente pelo Estado. Destarte, negar, por exemplo, o acesso à educação fundamental, à saúde básica, a assistência aos desamparados (disponibilizando alimentação, vestuário e abrigo), o acesso à Justiça, bem como a moradia, importa em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana.⁹⁰

No que concerne à possibilidade de sopesar o princípio da dignidade da pessoa humana com outros princípios positivados na ordem jurídica a fim de demarcar seu conteúdo, vale transcrever a observação de Ana Paula de Barcellos: “Não é possível ponderar um princípio, especialmente o da dignidade da pessoa humana, de forma irrestrita, ao ponto de não sobrar coisa alguma que lhe confira substância; também a ponderação tem limites”⁹¹.

Com base no exposto, advogamos a tese de que o direito de morar é um dos elementos que compõem o padrão do mínimo existencial. No que tange à possibilidade de reivindicá-lo em juízo, há que se verificar as circunstâncias do caso concreto, sendo imprescindível uma ponderação dos bens e valores em conflito, não havendo como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada. De modo que, sempre o argumento da reserva do possível, ou da Separação do Poderes, ocasionar grave lesão à dignidade da pessoa humana, poder-se-á sustentar a possibilidade de reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações.⁹²

⁹⁰ No que se refere a este mínimo existencial como núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, ver BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 247 e seguintes.

⁹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 253.

⁹² Aduzindo posicionamento similar, temos SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*, p. 461.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

ROL BIBLIOGRÁFICO

- ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Tradução Sebastião José Roque. São Paulo: Editora Ícone, 1995.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MORAES, Alexandre. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 1997.
- MOURA, Rosa; ULTRAMARI, Clovis. *Metrópole: Grande Curitiba: teoria e prática*. Curitiba: IPARDES, 1994, p. 37.
- MOURA, Rosa. O ocaso das cidades. In: *Mediações fundiárias: caderno de extensão*. Curitiba: Editoração da Universidade Federal do Paraná, Outubro de 1998.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.
- SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 3ª ed. São Paulo: Editora Hucitec, 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.