

O DIREITO SOCIAL À MORADIA *VERSUS* POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS À HABITAÇÃO: POSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO APLICAR A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA COMO FORMA DE CONCRETIZAR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE SOCIAL HOUSING RIGHTS VERSUS PUBLIC POLICIES FOR HOUSING: POSSIBILITY OF THE JUDICIARY TO APPLY THE LEGALIZATION OF POLITICS AS A WAY TO ACHIEVE THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Diogo de Calasans Melo Andrade¹

Resumo

O direito fundamental a moradia é uma necessidade humana vital, biológica e indispensável para uma vida digna. Não existe vida digna sem moradia também digna. A nossa Lei Maior, trouxe o direito à moradia como direito fundamental através da Emenda Constitucional n.º 26, mas tal norma ainda não é uma regra no direito brasileiro. O problema, ou seja, é a falta de moradia de grande parte da população brasileira, em razão das ineficazes políticas públicas voltadas a concretização desse direito fundamental. Essas políticas públicas voltadas à habitação são realizadas pelo Poder Executivo, através dos programas de governo. São vários os entraves à efetivação desse direito, além da falta de políticas pública, os custos para sua concretização e a não destinação de verba específica no orçamento para programas habitacionais, além da limitação da reserva do possível. Ocorre que, na falta do poder executivo, na realização de projetos voltados à habitação e a omissão do legislativo na aprovação de um orçamento reservado para moradia, cabe ao Poder Judiciário atuar na concretização dessas políticas públicas (judicialização da política), com a revisão das decisões e atos omissos dos demais poderes.

Palavras-chave: moradia; políticas públicas; não concretização.

Abstract

The fundamental right to housing is a vital human need, biological and indispensable for a dignified life. There is also worthy life without decent housing. Our Largest Law, brought the right to housing as a fundamental right through the Constitutional Amendment 26, but this rule is not a rule in Brazilian law. The problem, in other words, is the lack of much housing of the population, due to ineffective public policies aimed at achieving this fundamental right. These public policies for housing are carried out by the Executive Branch, through government programs. There are several obstacles to the enforcement of this right, and the lack of public policies, the costs for its implementation and not to allocate specific budget in the budget for housing programs, beyond the limitation of booking as possible. It happens that, in the absence of executive power, in carrying out projects related to housing and the legislature's failure to approve a budget

¹ Doutorando em direito pela Mackenzie, mestre em direito pela UFS, professor universitário e advogado. www.diogocalasans.com e contato@diogocalasans.com

set aside for housing, it is up to the courts to act towards these public policies (legalization of politics), with a review of the decisions and silent acts of the other branches.

Keywords: housing; public policies; not achieved.

Sumário: Aspectos introdutórios. 1. A Teoria dos direitos fundamentais e a moradia. 2. A função social como releitura da propriedade. 3. As políticas públicas voltadas à moradia. 4. A não concretização do direito a moradia. 5. A importância da sociedade civil e a fiscalização do poder judiciário nas políticas públicas voltadas à moradia. Conclusão. Referências

Aspectos introdutórios

O Estado deve promover a justiça social e a participação política efetiva, concretizando o direito social à moradia - direito fundamental e social de aplicação imediata. A não concretização do direito social à moradia representa um obstáculo à conquista da cidadania plena, além de ferir o princípio da proporcionalidade por proteção insuficiente aos direitos fundamentais, a ensejar ações do controle de constitucionalidade.

O Estado deve agir de forma positiva, implementando políticas públicas voltadas à habitação, através de programas de ação governamental, concretizando o direito fundamental à moradia, através da atuação na ordem econômico-social. Não basta que o Estado reconheça constitucionalmente o direito à moradia, mas deve atuar de forma positiva, por meio das políticas públicas habitacionais efetivas.

A não implementação de políticas públicas nesse sentido, deve oportunizar à sociedade civil e ao Poder Judiciário uma atuação mais positiva e impositiva, como agentes formuladores e fiscalizadores, uma vez que apenas os programas de governo não solucionam a problemática relativa à moradia.

Além do mais, o grande número de favelas e os eventos da natureza colocam as pessoas que ali residem em risco de vida, necessitando de uma mudanças efetivas direcionadas à resolução do problema da infraestrutura. É necessário que haja políticas públicas perenes voltadas à moradia e não apenas a programas de governo, pois esses programas são temporários - assim como os Governos - no entanto, o direito à moradia é permanente.

No Brasil, a propriedade privada é enaltecida em detrimento do interesse social, conquanto o regime capitalista de exploração corroborado pela especulação imobiliária promoveu a segregação urbana e a mercantilização do espaço urbano que hoje culminam com a existência de milhões de famílias que estão sem moradia ou em moradias precárias, ou seja, à margem das políticas públicas de desenvolvimento urbano.

Essa falta de um lugar digno para viver implica diretamente na educação, no emprego (difícil acesso do trabalhador ao local de trabalho, redução das horas de descanso, despesas com transporte), na saúde, nos direitos da personalidade do indivíduo, em suma, é a contraposição da dignidade da pessoa humana, uma vez que o homem passa a ser um meio, e não um fim, como quer um Estado Democrático de Direito.

O deficit habitacional é o somatório das habitações precárias, da coabitação familiar e do ônus excessivo com aluguel. Apesar de existirem instrumentos para acesso à moradia, quais sejam, a usucapião urbana, concessão de uso especial e as zonas especiais de interesse social, o pagamento de aluguéis etc., esses métodos não concretizam o direito à moradia.

Com o intuito de criar políticas voltadas à habitação e moradia, surgiu o programa mais importante dos últimos anos, estabelecido pela Medida Provisória 459/2009, convertida em lei n.º 11.977/09, denominado “Programa Minha Casa, Minha Vida”. Ele é gerido pelo Ministério das Cidades e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal e os imóveis são de propriedade do Fundo de Arrendamento Residencial. No entanto, há problemas nesse programa, dentre eles, o tempo para a entrega dos imóveis, a aplicação do programa para um número limitado de pessoas sem teto e a opção por quantidade de moradia em detrimento da qualidade que resvala na dignidade da pessoa humana.

O problema a ser aprofundado é a falta de moradia de grande parte da população brasileira em razão das ineficazes políticas públicas voltadas à concretização desse direito fundamental. São vários os entraves à efetivação desse direito, dentre eles a falta de políticas públicas, os custos para sua concretização e a não destinação de verba específica no orçamento para programas habitacionais, sob a tutela da reserva do possível em contraposição ao mínimo existencial. Além do mais, os imóveis novos possuem altos custos sob a perspectiva da classe sócio-econômica aqui estudada, e os imóveis mais acessíveis estão localizados em áreas distantes, aptos a ocasionar transtornos àquelas pessoas que os habitam.

Dessarte, surgem alguns questionamentos que se delineiam como pontos de partida: No Brasil quais são os programas de governo ou políticas públicas voltadas à habitação? Quais grupos são beneficiados com essas políticas? É necessário que haja transferência de propriedade de alguns para que haja moradia para outros? É justo limitar a execução das políticas públicas à reserva do possível? É necessário esperar uma atitude

positiva do Estado para efetivar esse direito ou pode o cidadão, através do Poder Judiciário, atuar na concretização desse direito social?

1. A teoria dos direitos fundamentais e a moradia

Para a corrente positivista de Hans Kelsen, havia a prevalência da lei sem considerar a moral, mas por consequência das atrocidades cometidas na II Guerra Mundial, especialmente pelo Nazismo, passou-se a inserir os valores morais nas ciências jurídicas - o que ficou conhecido como “a virada Kantiana” - que abriu espaço para os valores e princípios, dando origem ao pós-positivismo. Este Movimento que teve como um dos seus expoentes o jurista Robert Alexy inseriu a tese de que os princípios constitucionais seriam normas jurídicas. Comentando essa nova mentalidade, Marmelstein, (2011, p. 13) assim leciona:

(a) os princípios constitucionais possuem um forte conteúdo ético-valorativo; (b) a teoria moderna reconhece a normatividade potencializada dos princípios, ou seja, os princípios e as regras são espécies de normas jurídicas; (c) a Constituição é o ambiente mais propício à existência de princípios; (d) por isso, a Constituição passou a ocupar um papel de destaque na ciência do direito.

No Brasil, a teoria dos direitos fundamentais teve destaque após a Constituição Federal de 1988 e, principalmente nos anos 2000, considerada a era dos direitos fundamentais e da judicialização. Esses direitos, especialmente a moradia, têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal), são cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º, IV da Constituição Federal) e possuem hierarquia constitucional. Explicando a característica aplicabilidade imediata, Ingo Sarlet entende-se que é a mais importante e assim discorre:

Talvez a inovação mais significativa tenha sido o art. 5º, 1º, da CF, de acordo com o qual as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata, excluindo, em princípio, o cunho programático destes preceitos, conquanto não exista consenso a respeito do alcance deste dispositivo. Que qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. (SARLET, 2010, p. 66)

Para Alexy (2012, p. 69) o conceito de direitos fundamentais pode assim ser definido:

Segundo as definições que acabam de ser formuladas, de caráter ainda provisório, são normas de direito fundamental somente aquelas normas que são expressas diretamente por enunciados da Constituição alemã (disposições de direitos fundamentais)

A definição dos direitos fundamentais também é trazida por Dimoulis (2012, p. 40) como:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Dentre os direitos do homem, encontra-se o direito à moradia como consequência da funcionalização da propriedade e de sua função social. Tem caráter social e fundamental o direito à moradia e, sendo assim, são expectativas positivas que geram direito aos cidadãos de requerer satisfações positivas junto ao Poder Judiciário e, normalmente, perante o Estado.

Já propriedade, além de um direito fundamental, é um princípio da ordem econômica que assegura aos agentes econômicos direito à propriedade dos fatores de produção e circulação de bens, garantindo a livre concorrência. Para Alysso Leandro Mascaro (2008, p. 28-30) é na propriedade privada um dos fundamentos do capitalismo e o corpo do direito privado:

Na propriedade privada se dá um dos cernes do fundamento econômico do capitalismo.

....

A propriedade privada como fundamento do direito ganha espaço e passa a constituir, ao lado da iguade formal e da liberdade negocial, o corpo do direito privado

Em relação a função social da propriedade entende Figueiredo (2014, p.167) que a inobservância desse princípio legitima a interferência do Estado sob a propriedade privada:

Assim, a função social da propriedade cuida da socialização desses direitos individuais, de cunho privatista, no qual o uso e a fruição da propriedade privada passam a ser condicionadas a atendimento de um objetivo maior, previamente estipulado por lei, cuja inobservância legítima a interferência do Estado sob a esfera de domínio privado do proprietário, podendo, inclusive, acarretar a expropriação do bem.

Toda propriedade deve atender a sua função social, e como forma de operacionalizá-la ou funcionalizá-la, utiliza-se do direito moradia. Ocorre que, para a propriedade urbana atenda sua função deve-se atender as exigências do plano diretor e as constitucionais, já a propriedade rural deve-se preencher os requisitos da constituição, assim ensina Solange Teles da Silva (2007, p. 175):

Se por um lado, a propriedade urbana cumpre sua função social ao atender as exigências do plano Diretor (art.182, § 2o CF /88) e os princípios constitucionais, a propriedade rural cumprirá sua função social ao atender concomitantemente os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e de todos os trabalhadores no (art. 186 da CP /88).

Assim, percebe-se que o direito fundamental à moradia é um direito social, de aplicação imediata, ou seja, não necessita de uma lei regulamentadora para sua efetivação.

2. A função social como releitura da propriedade

Léon Duguit foi o primeiro a difundir a expressão “função social da propriedade” em sua obra *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*. Ele fundamentou-se nos ensinamentos de Auguste Comte e de Émile Durkheim, negando o direito subjetivo uma vez que as pessoas que vivem em sociedade têm deveres em relação aos outros, observe:

El hombre no tiene derechos; la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la sociedad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados. (DUGUIT, 1920, p. 35-36):

A função social, para alguns, é um princípio vinculado ao direito subjetivo, ou seja, o poder emanado da Lei ao indivíduo para a satisfação de seus interesses. É o que ensina Farias (2012, p. 308) que o interesse individual só pode ser exercido se em conformidade com o social, quando afirma:

Portanto, ao cogitarmos da função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá merecimento à persecução de um interesse individual, se este for compatível com os anseios que com ele se relacionam.

Comentando esse direito subjetivo, Tepedino (2001, p. 291) denomina de direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo somente pode-se definir na relação concreta, senão veja-se:

Recupera-se, assim, o percurso anteriormente traçado, com intuito de estabelecer o desenho da propriedade na Constituição brasileira com direito subjetivo dúctil, cujo conteúdo pode-se definir somente na relação concreta, no momento em que se compatibilizam as várias situações jurídicas constitucionalmente protegidas.

Acontece que quem tem direito subjetivo absoluto sobre uma propriedade pode optar por não usá-la, violando a função social. Mas o exercício excessivo desse direito

subjetivo, lesionando a finalidade social, torna a atuação desproporcional do proprietário, configurando um abuso de direito objetivo. Assim, percebe-se que a propriedade privada não pode mais ser considerada unicamente como um direito subjetivo, pois dela decorre diversos efeitos, funções e conteúdos. Assim é o que explica Melo (2013, p. 59):

Essa dimensão subjetivo-individual da propriedade necessita da análise de dois aspectos: os interesses pessoais do dono e os interesses não pessoais da sociedade, para que, após essa análise, detecte-se o atendimento da função social. Com isso, a propriedade deve se atender à dimensão individual e à coletiva, seja a propriedade privada ou não, pois ambas são constitucionalmente resguardadas.

Na verdade, a propriedade está vinculada à dimensão objetivo-institucional, que se subdivide em: a democrático-funcional, a prestacional e a processual. A primeira está interligada com a liberdade, a segunda ao interesse social e a terceira com a prestação estatal possível, ou seja, com a eficácia dos direitos fundamentais. Comentando essa dimensão da propriedade privada, Santana (2012, p. 25) assim leciona:

De logo, impende anotar que a vertente objetivo-institucional da propriedade privada decorre da consideração desta como uma instituição jurídica acessível a todas as pessoas e cujo conteúdo deve ser determinado pela função social que cada categoria de bens objeto do domínio é chamada a cumprir em cada caso. É esta uma concepção da propriedade privada consentânea com aquela doutrina dos direitos fundamentais que versa que estes, para além de encerrarem posições jurídicas subjetivas, possuem uma perspectiva objetiva que se identifica com conteúdos normativos diversos.

Além desses dois aspectos, subjetivo e o objetivo, a propriedade deve ser examinada sobre dois momentos distintos, o estático, regulada em termos de pertença ou pertinência do seu titular, satisfazendo a sua subsistência e de sua família, ou seja, um poder e, o momento dinâmico, de utilização, em razão do fim a que se destina, ou seja, função social (GRAU, 2010, p. 248-249). Assim, explica o mesmo autor:

Não há grandes dificuldades para a compreensão do conúbio entre *poder e dever* – isto é, entre *direito e função* – enquanto concebemos a função social como princípio gerador da imposição de *limites negativos* ao comportamento do proprietário, porque essas limitações são análogas às manifestações de poder de polícia, coerentes com a ideologia do Estado Liberal. A questão se torna complexa quando, em sua concreção, a função social é tomada desde uma *concepção positiva*, isto é, como princípio gerador da imposição de comportamentos positivos ao proprietário. A lei, então – âmbito no qual se opera a concreção do princípio – impõe ao proprietário (titular de um direito, portanto de um *poder*) o dever de exercitá-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não exercitá-lo em benefício de outrem. (GRAU, 2010, p. 249)

Gomes (1986, p. 90) há muito tempo, já escreveu sobre a função social da propriedade, consistindo na sua idoneidade a atingir e obter fins sociais, ou seja, conforme a utilidade social:

Conclui-se, em definitivo, que a atividade do proprietário de bens de produção não pode cumprir-se em contraste com a utilidade social, somente se justificando sua proteção jurídica se em conformidade com esse propósito. Diz-se, em fórmula expressiva, que a função social da propriedade consiste na sua idoneidade a atingir e obter fins sociais. Desse modo, um conceito equívoco, como é ainda o de utilidade social, vem adquirindo significação normativa, expressa no tratamento que está a ser dado à propriedade na legislação especial que a encara nessa perspectiva.

Tempos depois, o mesmo autor Gomes (2005, p. 127) assim discorreu sobre a função social da propriedade como uma situação jurídica subjetiva, com a natureza de um poder ligado a certos fins: “A propriedade seria uma situação jurídica subjetiva com a natureza de um poder (potesta) que encerra deveres, obrigações e ônus. Nesse sentido, a propriedade é hoje uma função social quando exercida para certos fins”.

Já Carvalho (2011, p. 23), assim conceituou a função social vinculando as ações e políticas públicas com a finalidade de atender os anseios da sociedade:

A função social é o poder que tem o titular do direito de atender, cumprir e desempenhar os vários programas de ações e políticas públicas, com vistas a atender os anseios da sociedade contemporânea, fazendo com que todos sejam beneficiados com a prática e o exercício dos direitos e deveres a cada um pertencente.

Segundo Gama (2008, p. 52), a função social não significa socializar, mas sim atender as diretrizes do plano diretor ou das leis especiais:

Vale ressaltar que a expressão função social não significa socializar a propriedade, e sim atender às diretrizes e postulados do plano diretor – no caso da propriedade imóvel urbana – ou de leis especiais, como o Estatuto da Terra e o Estatuto da Cidade.

Por outro lado, Arrone (1999, p. 210) adverte que a função social traz deveres negativos (dos demais em relação ao titular do bem) e positivos (do proprietário em relação à comunidade):

A propriedade, na mesma medida em que positiva um dever negativo dos demais em relação ao titular, positiva deveres positivos deste em relação à comunidade em que resta inserida, cambiantes em face do caso concreto (ambos os aspectos), eis que tanto o direito de propriedade como a sua função social somente ganham concreticidade na tópica incidência, axiologicamente hierarquizante.

De mais a mais, Pires (2007, p. 72-74) vincula a função social com a justiça social, buscando a distribuição equânime de riqueza:

Diante desse panorama constitucional e de sua interpretação sistêmica, o dever do proprietário vai além da destinação socialmente útil que se deve conceder ao bem e se fixa na obrigação de dar um destino que atenda à justiça social. (grifo do autor)

...

A função social da propriedade possui o objetivo de buscar e alcançar uma equânime distribuição de riqueza, portanto, está diretamente ligada à concretização da justiça social.

O direito de propriedade, com o advento do Estado Social do Direito, continua a ter um caráter de direito individual, mas passou a exigir que o proprietário adotasse uma função social capaz de operacionalizar a propriedade.

Torres (2010, p. 262) vincula a função social à realidade social em sua volta, considerando os valores que a sociedade elegeu em determinada época:

Função social é uma daquelas expressões que fazem desprender o juiz do texto frio da lei para adequá-lo à realidade social a sua volta, considerando os valores que a sociedade elegeu em determinada época.

E diz Lotufo (2008, p. 350) sobre o papel ativo, sancionatório e perene da função social da propriedade:

A função social tem papel ativo, ao lado do sancionatório e de caráter perene. Assim, a propriedade que não teve a função social respeitada, mesmo que alienada a novo adquirente, não se desobriga este de atender às exigências da legislação, quer ambiental, quer protetora do patrimônio histórico e artístico.

Pilate (2012, p. 76) assim discorre sobre o princípio da função social entendendo como uma categoria de soberania participativa e a tutela jurídica, não consistindo em uma limitação da propriedade:

Para encerrar esta parte, tenha-se claro que o conceito de função social pressupõe, para ter eficácia, a autonomia política, jurídica e (extra) patrimonial do coletivo: sujeito próprio (a coletividade), autonomia dos bens respectivos (da coletividade e não do Estado como pessoa jurídica separada da população), soberania de leis participativas (distintas das leis representativas do Parlamento) e tutela jurídica com especificidade própria (na dimensão de agora). Não é simples limitação da propriedade, ou simples atributo de determinados bens (os de produção), nem se restringe à solidariedade proprietária. É categoria da soberania participativa.

Parte da doutrina defende que o possuidor que exerça sua posse com função social tenha proteção em face do proprietário que não está dando a função social à propriedade (TORRES, 2010, p. 350). Diferente não é o conceito trazido por Maluf (2010, p. 57-61), que defende que a função social da propriedade é um poder-dever, visando a

satisfação das necessidades do proprietário e da coletividade, interligada à ideia de limitação ou restrição ao direito de propriedade:

O conteúdo da função social da propriedade pode então ser entendido como o dever e o poder que tem o proprietário do bem de realizar a satisfação das suas necessidades pessoais, visando concomitantemente a satisfação das necessidades comuns de uma coletividade.

...

Entendemos a função social da propriedade como o plexo de limitações ou restrições legais que regulam o uso da propriedade visando coibir o seu mau uso e evitar o seu individualismo, sem no entanto alterar-lhe a substância, visando ao bem-estar da coletividade, valorizando a essência do ser humano e possibilitando a sua sobrevivência com dignidade.

Assim, deve-se conceituar a função social da propriedade como um princípio onde a propriedade deve ser dinâmica e operacionalizada, devendo extrair dela benefícios individuais, que busquem os interesses particulares, mas, principalmente, os sociais onde defende-se os fins coletivos.

3. As políticas públicas voltadas à habitação

Para entender as políticas públicas voltadas a moradia Matsumoto (2012, p. 164) traz seu conceito: “compreende políticas públicas como uma atuação do Estado no sentido de reduzir os efeitos negativos da descontinuidade administrativa, assim como para potencializar os recursos disponíveis”. Complementando o conceito de políticas públicas Comparato (2007, p.97) assim leciona: “como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”

Essas políticas públicas voltadas à habitação são realizadas pelo Poder Executivo, através dos programas de governo. Ocorre que, na falta desse poder, cabe ao Poder Judiciário atuar na concretização dessas políticas públicas (judicialização da política), com a revisão das decisões e atos omissos dos demais poderes, esse é o pensar de Matsumoto (2012, p. 170): “é possível e legítimo que o Poder Judiciário atue na concretização de políticas públicas, sendo também um garantidor da eficácia constitucional [...]”

Com o elevado número de pessoas nas cidades surgem os problemas, dentre eles a violência, malhas viárias estreitas, o desemprego em massa, o trabalho informal e a falta de moradia. Assim, não se pode imaginar a dignidade de uma pessoa que sequer tenha acesso a um lar digno, como forma de garantir o mínimo existencial, esse é entendimento de Roguet (2013, p. 310):

[...] não basta que o Estado propicie o simples habitar ao cidadão, devendo estruturar uma moradia que possibilite o desenvolvimento dos atos básicos de higiene pessoal, acesso às redes de esgoto e saneamento, área não isoladas e acessíveis com transporte público, contando com escolas e postos de saúde, como forma de garantir o mínimo existencial.

Esse direito fundamental é uma necessidade humana vital, biológica e indispensável para uma vida digna. Não existe vida digna sem moradia também digna. Uma das funções da propriedade urbana é a consecução da moradia, pois o direito à moradia é um direito ao acesso à propriedade da habitação, que por meio do mercado imobiliário, chegamos à propriedade.

Os constitucionalistas tratam esse direito como um direito humano, de segunda geração ou dimensão e, um direito fundamental social, já os civilistas como um direito real de conteúdo patrimonial, é o que diz Milagres (2011, p. 63) quando entende que: “Na visão constitucional, o direito à moradia configura direito fundamental de segunda geração ou dimensão, de conteúdo mínimo, objeto de implementação gradativa mediante a realização de políticas públicas”.

Já Souza (2013, p. 213) defende ser o direito à moradia um exercício que deve ser protegido e efetivado pelo Estado:

O direito à moradia torna-se um exercício que deve ser naturalmente protegido e efetivado pelo Estado, independentemente de norma infraconstitucional ou constitucional, já que decorre de um estado de necessidade do indivíduo e, em contrapartida, de um dever legal assumido pelo Estado Brasil, inclusive perante organizações internacionais.

O direito à moradia não se resume a programas habitacionais, mas sim às condições de habitabilidade proporcionadas pelos centros urbanos, e que a impossibilidade de um pleno exercício deste impõe um custo muito elevado para a sociedade e, por conseguinte, uma demanda efetiva sobre o Poder Público. (MUKAI, 2007, p. 66). Importante esclarecer que essa norma, apesar de ter aplicação imediata (Art. 5º, 1º da CF), não significa dizer que o Estado deve dar uma casa a cada indivíduo, como adverte Mattos (2006, p. 79):

Importa destacar, entretanto, que tal entendimento não autoriza dizer que a norma reconhece a obrigação do Estado de dar uma casa para cada indivíduo, assim como a norma estabelecida no artigo 7º da Constituição não reconhece o direito subjetivo a um emprego e, sim, a criação genérica de oportunidades de trabalho e proteção ao trabalhador.

Com o mesmo pensar, entende Souza (2013, p. 165) que o direito de moradia não guarda relação obrigatória com o direito de propriedade, não podendo exigir do Estado um imóvel para todos:

O fato de todos terem o direito à moradia, portanto, não significa que têm o direito de exigir que o Estado dê um imóvel para todos. Não podemos jamais fazer tal afirmação. Pois o direito à moradia não guarda relação obrigatória com o direito de propriedade.

Assim, para a maioria da doutrina entende-se que a moradia não seria um direito que pudesse ser exigido em face do Estado (BONIZZATO, 2007, p. 178 e 153). Nesse sentir, as prestações estatais sujeitas à implementação por intermédio de políticas públicas não conferem aos particulares direitos subjetivos oponíveis contra o Estado.

4. A não concretização do direito a moradia

De mais a mais, a reserva do possível surge como argumento contrário à concretização dos direitos fundamentais, exigindo que as pretensões formuladas em face do Estado sejam analisadas com a devida razoabilidade. Dentre as várias acepções da razoabilidade, Ávila (2012, p.173) destaca três, a primeira como equidade, a segunda similar à congruência e a terceira equiparada à equivalência:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, quer mostrando sob a qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual se faz referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Na equidade deve-se analisar o que normalmente acontece, analisando as circunstâncias do fato e o aspecto individual do caso. Já na congruência, utilizaremos o suporte empírico e a relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. Por fim, na equivalência, utiliza-se da equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

Por outro lado, entende Milagres (2011, p. 136) que há obrigação do Estado garantir a eficácia ao direito à moradia:

Um comportamento positivo também é exigível, quando instituída, por lei ou pela vontade, obrigação dessa natureza. Assim, há obrigação de o Poder

Público garantir eficácia plena ao direito à moradia, sobretudo aos indivíduos desprovidos minimamente de recursos econômicos.

Interessante é o pensar de Fonte (2013, p. 147) em relação a reserva do possível, quando defende que pode-se condicionar a existência de previsão orçamentária futura:

Assim, seria interessante e justo que as sentenças nesta matéria reconhecessem o direito prestacional pretendido na demanda, mesmo que fosse para condicioná-lo à existência de previsão orçamentária futura, quem sabe até incluí-los na lista de precatórios alimentares prevista no art. 100 da Constituição Federal de 1988.

Já Liberati (2013, p. 119) defende a reserva do financeiramente possível, uma vez que não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis, mas sim o legislador:

[..] no sentido de que ao estado somente poderia ser exigida a execução dos direitos sociais, se tivesse efetiva capacidade financeira para isso. Todavia, não é o Estado que fixa o montante de recursos disponíveis para a concretização das ações. Tal dever compete ao legislador, que ajusta o orçamento pretendido pelo Estado, configurando uma reserva constitucional da efetiva capacidade de prestação do Estado [..]

Esse argumento usado pelo Poder Público da falta de dinheiro é um dos entraves à aplicação desse direito, tese essa que não é adequada, uma vez que, segundo Milagres (2011, p. 67) a insuficiência de fundos não pode ser causa da não efetividade desse direito:

É preciso vencer essas limitações ou restrições. A ausência ou insuficiência de recursos estatais não pode ser causa da não efetividade do direito à moradia, que, pela sua essencialidade e pelo seu caráter existencial, pode ir muito além de uma concepção de direito fundamental social.

5. A importância da sociedade civil e fiscalização do poder judiciário nas políticas públicas voltadas à moradia

Não restam dúvidas que para efetivar os direitos fundamentais as instituições jurídicas, órgãos e poderes do Estado podem sofrer o controle necessário, esse é o pensar de Gianpaolo Poggio Smanio (2013, p. 10):

Essa conceituação jurídica permite que as Instituições Jurídicas e os órgãos e Poderes do Estado possam efetivar as decisões Políticas e sofrer o controle necessário de sua atuação, sobretudo para assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

No mesmo sentido é o entendimento de Luis Roberto Barroso (2010, p. 882) quando afirma que pode o judiciário impor ou invalidar ações administrativas e políticas públicas, sempre que o judiciário estiver atuando para preservar um direito fundamental:

É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo – impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente. Vale dizer: para que seja legítima, a atuação não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador, precisando reconduzir-se a uma prévia deliberação majoritária, seja da constituição, seja do legislador.

Já Clarisse Seixas Duarte (2013, p. 35) entende que as questões referentes as políticas públicas podem chegar ao Judiciário através de ações individuais e este pode, no caso de falhas ou desvios, aplicar o direito:

Ainda que essas questões cheguem ao Judiciário por meio de ações individuais, o que deve ser apreciado é se existe uma política pública (objeto primário dos direitos sociais) em curso; se ela é adequada e suficiente; em caso negativo, qual é a razão disso; se os recursos previstos são apropriados para obtenção dos resultados pretendidos e se esta havendo correta aplicação dos mesmos. Em caso de falhas ou desvios, ainda que o pedido seja individual, não se trata de fazer realocação irracional e individualista de recursos, mas de aplicar o Direito em um caso concreto de omissão ou desvio de Poder Público, o que, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, constitui lesão a direito e, como tal, não pode ser excluída da apreciação do Judiciário.

Corroborando esse entendimento, o STF decidiu que pode o Poder Judiciário, em caráter excepcional, interferir na formulação e implementação das políticas públicas, sempre que comprometer a eficácia dos direitos constitucionais:

Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie em exame (STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 410.715-5)

Por outro lado, esse entender não é unânime, uma vez que Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 595) possui entendimento contrário, quando afirma que não podem os juízes ignorar as políticas públicas existentes, concedendo, de forma irracional e individual, medicamentos ou tratamentos:

Não é possível, devido a razões que serão analisadas mais adiante, que os direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os chamados direitos individuais (civis e políticos), ou seja, juízes não podem ignorar as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde ou vagas em sala de aula a todo aquele que recorrer ao Judiciário.

De mais a mais, é de uma importância a participação na sociedade civil, através de seus conselhos de políticas públicas, de audiências públicas na fiscalização do cumprimento da política. Sobre o papel da sociedade civil na implementação das políticas públicas ensina Hércio Ribeiro que surtem resultados na efetivação dos direitos sociais (2013, p. 59):

O papel da sociedade civil na expansão da esfera pública e da participação cidadã na implementação das políticas públicas sociais precisa ser avaliado pelo Neoconstitucionalismo, sob pena de acabar incorporado uma concepção liberal requeitada de democracia.

Os estudos sobre a sociedade civil brasileira demonstram que, embora ela não deva ser tomada como panaceia para a solução dos problemas, sinergias positivas entre instituições e sociedade organizada dão melhores resultados na efetivação dos direitos sociais, tornando as políticas públicas mais eficientes e transparentes ao mesmo tempo em que tornam o poder público mais sensível às informações que surgem de um contexto complexo e heterogêneo.

Conclusão

Assim, como uma das funções do princípio da função social da propriedade urbana é se chegar à moradia, com o acesso à habitação e um lar digno, uma vez que não existe vida digna sem moradia, percebe-se que um dos caminhos para a efetivação desse princípio social é a atuação do cidadão, individualmente ou através da sociedade civil, cobrando as políticas públicas ao Estado, como também, o papel do Poder Judiciário controlando e fiscalizando os demais poderes, no que se refere às políticas públicas, com o objetivo de concretizar o direito social à moradia e chegarmos a cidadania plena.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARONNE, Ricardo. **Propriedade e Domínio: Reexame Sistemático das noções nucleares de Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BONIZZATO, Luigi. **Propriedade Urbana Privada e Direitos Sociais**. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO, Francisco José. **Teoria da Função Social do Direito**. Curitiba: Juruá, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.** In: Mello, Celso Antonio Bandeira de (org). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 4ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012

DUARTE, Clarisse Seixas. **O Ciclo das Políticas Públicas.** In: Gianpaolo Poggio Smanio e Patrícia Tuma Mantins Bertolin (org). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

DUGUIT, Léon.. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón.** Trad. de Carlos G. Posada. Madrid: Francisco Beltran; Librería Español y Extranjera, 1920.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** vol 1. 10ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico.** 7ªEd. Rio de Janeiro, 2014.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira; OLIVEIRA, Anadrea Leite Ribeiro de Oliveira. **Função social da propriedade e da posse.** In GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Função Social no Direito Civil. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** 19 ed. Rio de janeiro: Forense, 2005.

_____. **Ensaio de Direito Civil e de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Aide, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas Públicas no Estado Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Limitações Urbanas ao Direito de Propriedade.** São Paulo, Atlas: 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011

MASCARO, Alysso Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro.** 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATSUMOTO, Meggie Iara; BARBOSA, Claudia Maria. **A Legitimidade do Poder Judiciário na Condução de Políticas Públicas para a Realização de Direitos Fundamentais.** In Danielle Anne Pamplona (Coord). Políticas Públicas. Elementos para Alcance do Desenvolvimento Sustentável. Curitiba: Juruá, 2012

MATTOS, Liana Portilho. **Nova Ordem Jurídica-Urbanística: Função Social da Propriedade na Prática dos Tribunais**. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2006.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à Moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Alexandre Campos. **Para Além da Produtividade Econômica: Um estudo acerca das condicionantes da função social da propriedade rural**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito Público Contemporâneo) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2013.

MUKAI, Toshio. **Temas de Direito Urbanístico e Ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. **Função Social da Propriedade Urbana e o Plano Diretor**. Belo Horizonte: Fórum, 2007

RIBEIRO, Hélcio. **Constituição, Participação e Políticas Públicas**. In: GianpaoloPoggioSmanio e Patrícia TumaMantinsBertolin (org). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

ROGUET, Patrícia; CHOEFI Roberta Dib. **Políticas Públicas e Moradia: Rumo a Concretização do Direito à Cidade**. In: GianpaoloPoggioSmanio e Patrícia TumaMantinsBertolin (org). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTANA JR, Gilson A. de; ROXO, Hugo L. C. **A filosofia de Gadamer e o direito: redesenhando horizontes metodológicos**. In FILHO PAMPLONA, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord). Metodologia da pesquisa em direito e a filosofia. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais – uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª Ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Solange Teles. **Direito Fundamental ao meio ecologicamente equilibrado: avanços e desafios**. Revista de Direito Ambiental, v. 48, p. 224-247, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais**: In SOUZA

NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: LumenJuris, 2010.

SMANIO, GianpaoloPoggio. **Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania**. In: GianpaoloPoggioSmanio e Patrícia TumaMantinsBertolin (org). O Direito e as Políticas Públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, SergioIglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habilitação: Análise comparativo e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. 3ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos Constitucionais da Propriedade Privada**. In
TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse – um confronto em
torno da Função Social**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.