



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**

FRANCISCO REGINALDO DO NASCIMENTO

**DIREITO SOCIAL À MORADIA E SUA EXIGIBILIDADE
JUDICIAL-ANÁLISE DE SUA POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

**SOUSA - PB
2011**

FRANCISCO REGINALDO DO NASCIMENTO

**DIREITO SOCIAL À MORADIA E SUA EXIGIBILIDADE
JUDICIAL-ANÁLISE DE SUA POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Me. Paulo Henrique da Fonseca.

**SOUSA - PB
2011**

FRANCISCO REGINALDO DO NASCIMENTO

**DIREITO SOCIAL À MORADIA E SUA EXIGIBILIDADE JUDICIAL-ANÁLISE
DE SUA POSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado ao Curso de Direito do
Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal de Campina Grande
como requisito parcial para a obtenção do
título de Bacharel em Direito.

**Data da aprovação
01/06/2011**

Banca examinadora:

**Prof. Paulo Henriques da Fonseca
Orientador**

**Prof. Loudermário Ramos de Araújo
Examinador**

**Prof. Anne Cristine Ermínio Cunha
Examinador**

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos que direta e indiretamente contribuíram e ajudaram para que eu pudesse está neste momento realizando um sonho não apenas pessoal, mas de toda a minha família, principalmente de minha mãe (Dona Mundinha) e minha irmã (Leidaiane) a quem dedico com muito amor e carinho, por tudo que já fizeram por mim, sempre apoiando nos momentos que tentei desistir e continuam comigo enfrentando todos os obstáculos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a antes de tudo a Deus, que sempre me iluminou em todos os momentos difíceis da minha vida.

Agradeço aos meus amigos de caminhada durante todo o curso, Antonio Braz, Otavio Maia e Zuwyngles de Abreu, que foram os fieis companheiros dessa grande responsabilidade que surgiu daqui em diante.

Agradeço a minha esposa Andréa, sempre compreensiva nos momentos em que estive ausente para elaborar este trabalho e pelo apoio dedicado.

Um agradecimento especial ao meu grande amigo Edmilson Gomes, sempre presente no momento que precisei de livros, sendo também um grande motivador para dedicação aos estudos.

Quero agradecer ao meu orientador Pe. Paulo Henriques pela grande atenção despendida sempre pronto para atender nos momentos solicitados.

Agradeço ainda ao grande amigo irmão Aucleide Batista, que sempre foi e continua sendo um motivador assíduo, além de ser um grande torcedor para eu atingir com sucesso a carreira jurídica.

RESUMO

O Direito Social à moradia é um direito fundamental e está previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988. O Brasil possui um grande déficit habitacional, principalmente na parcela da população de baixa renda. O Estado tem a obrigação de dispor de moradia para todos que necessitarem de uma moradia e esta deve atender as condições mínimas de sobrevivência, como saneamento básico, infra-estrutura adequada etc. Os direitos fundamentais, conforme §1º do art. 5º da Constituição Federal têm aplicação imediata. Com a violação do direito social à moradia, surge o direito de demandá-lo judicialmente. Diversas normas infraconstitucionais objetivam assegurar e proteger à moradia do indivíduo. Ausência específica de instrumentos para a aplicação do direito social à moradia, através das vias judiciais. O Poder Judiciário tem legitimidade para apreciar qualquer demanda, no caso, também pode ser demandado moradias para quem não possui, em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. A jurisprudência tem se manifestado no sentido de garantir à moradia para quem precisa e sobreposto o direito à moradia em relação ao direito à propriedade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal quanto a possibilidade de demanda judicial e que o Estado tem o dever de dispor de tal direito. A doutrina especializada entende que é plenamente possível exigir do Estado o direito à moradia, através da via judicial, tendo o Poder Judiciário atribuição para interferir nas políticas públicas do Poder Executivo. O método utilizado neste trabalho é o indutivo dedutivo. Existe possibilidade de demanda judicial do direito social à moradia no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras chave: Direito Social – Moradia – Exigibilidade judicial.

ABSTRACT

The Right Social of housing is a fundamental right and is provided in Art. 6 of the Constitution of 1988. Brazil has a severe housing shortage, especially in the share of low-income population. The state has an obligation to provide housing for all who need a house and it must meet the minimum conditions for survival, such as sanitation, adequate infrastructure, etc.. The fundamental rights, according to § 1 of Art. 5 of the Constitution are applicable immediately. With the violation of social housing, there is the right to demand it in court. Various standards under the Constitution intended to ensure and protect the individual housing. Absence of specific instruments for the implementation of the social right to housing, through judicial channels. The judiciary is entitled to enjoy any demand in this case can also be sued for non-housing has, in deference to the principle of inafastabilidade jurisdiction. The case law has manifested itself in ensuring housing for those who need and overlapped the right to housing for the right to property. Precedents of the Supreme Court of the possibility of lawsuit and that the State has the duty to dispose of such right. The specialized doctrine believes that it is entirely possible to require the state the right to housing through the judicial process, and the judiciary to interfere in the allocation policies of the Executive. The method used in this work is the inductive deductive. There is possibility of judicial demand the right to housing in the Brazilian legal system.

Keywords: Social Law - Housing - Judicial Enforceability

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DO FATO RELACIONADO À MORADIA.....	11
2.1 Etimologia da Palavra Moradia	11
2.2 Leis referentes à implementação de Moradias.....	13
2.3 Tratados internacionais sobre direito de Moradia.....	17
2.4 O Direito comparado.....	19
2.5 A moradia como questão social e dados estatísticos.....	21
3 DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA: CONCEITO E ROL	25
3.1 Fundamento Constitucional Do Direito Social À Moradia	29
3.2 Leis ordinárias que cuidam do tema da moradia	32
3.3 Eficácia Horizontal dos Direito Fundamentais.....	39
4. INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA.....	41
4.1 Ações Constitucionais	43
4.1.1 Habeas Corpus	44
4.1.2 Habeas Data.....	45
4.1.3 Mandado de Segurança	45
4.1.4 Mandado de Injunção.....	47
4.1.5 Ação Popular	47
4.1.6 Ação Civil Pública	48
4.2 Ações Ordinárias	49
4.2.1 Ação de Manutenção, Ação de Reintegração de posse e Interdito Proibitório	50
4.2.2 Ação reivindicatória	51
4.3 Ações Declaratórias.....	52
4.3.1 Ação de Usucapião	52

4.3.2 Ação Cautelar.....	54
4.4 Demandabilidade do Direito à Moradia.....	54
4.5 Jurisprudência Sumular e Ementas.....	60
5 CONCLUSÃO.....	62
REFERÊNCIAS.....	64
ANEXO A – TABELA DO DÉFICIT HABITACIONAL URBANO NA PARCELA DA POPULAÇÃO DE RENDA MAIS BAIXA, SEGUNDO REGIÕES GEOGRÁFICAS, UNIDADES DA FEDERAÇÃO E REGIÕES METROPOLITANAS (RMS)-BRASIL-2007.....	67

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa sobre o direito social à moradia e sua exigibilidade Judicial visa uma análise da norma constitucional a partir da Emenda Constitucional nº 26/2000, momento em que a Moradia é inserida como Direito Social, sendo considerado um direito essencial e com status de norma constitucional.

É de importância tamanha e de fundamental relevância a pesquisa acerca do Direito Social à moradia e sua exigibilidade judicial, analisando a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois uma vez previsto no texto máximo legal, obviamente deve ser efetivado perante todos os seus destinatários.

No primeiro capítulo demonstraremos o direito à moradia relacionando ao fato social, tais como as preocupações dos governos anteriores com a questão da moradia, implementando programas sociais, ainda acentua-se à moradia como problemas percebido no âmbito internacional, onde se enfatiza os tratados de regularização da moradia. Nesse mesmo modo, tem-se destacado um comparativo do nosso direito social com as outras legislações, sem, contudo deixar de especificar o significado da palavra moradia.

Ainda neste capítulo apresenta-se o quadro da situação habitacional no Brasil, mostrando-se a grande carência de moradias, principalmente na população de baixa renda, levando-se em conta como uma questão social a ser resolvida.

O segundo capítulo apresenta o fundamento constitucional do direito social à moradia, onde tal direito é posto como um direito fundamental, ressaltando o seu conceito, bem como o rol taxativo expresso, além de destacar algumas citações do direito à moradia em outros dispositivos constitucionais. Este direito fundamental é enfatizado também na legislação infraconstitucional, por onde discorreremos sobre ele, mostrando a sua importância para o indivíduo e para a sociedade. Devido a importância desse direito fundamental, analisa-se, ao menos superficialmente, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Ressalta-se ainda, a Lei do inquilinato, uma legislação específica, que surgiu para regular as relações sobre o imóvel

alugado, envolvendo locador e locatário, onde demonstra a importância do tema e insuficiência normativa do direito comum, o civil, para atender a nova questão, a moradia.

No terceiro capítulo se abordará a exigibilidade judicial do direito à moradia e os instrumentos processuais do nosso ordenamento jurídico, enfatizando principalmente as ações constitucionais que são as garantias, onde objetivam assegurar os direitos previstos na Constituição Federal de 1988. Outras ações também merecem ser analisadas, tais como algumas ações ordinárias e as ações declaratórias, uma vez que se destinam a assegurar e preservar a moradia do indivíduo. A jurisprudência dos tribunais de cúpula será também utilizada para ilustrar como o tema é percebido nas demandas por direito que chegam à via judicial. Nesta análise jurisprudencial cumpre verificar a existência de sumulas em relação ao direito à moradia, bem como de ementas sobre a possibilidade de exigibilidade judicial desse direito, considerado essencial para todo o ser humano.

Nesse mesmo diapasão discorreremos sobre o entendimento da doutrina especializada em relação a possibilidade de demanda judicial do direito social à moradia, ressaltando que uma vez previsto na constituição, deve ser aplicado, não podendo este direito ficar como promessas constitucionais ou apenas um escrito qualquer.

Por fim, utilizando-se de todos meios de pesquisa, principalmente da doutrina que relata o tema apresentado, da jurisprudência, bem como fazendo uma análise empírica dos dados levantados, usaremos do método indutivo dedutivo para fazer a nossa conclusão sobre a possibilidade de demanda judicial do direito social à moradia no ordenamento jurídico brasileiro.

2 DO FATO RELACIONADO À MORADIA

A moradia encontra atualmente diversos amparos destinados a dar-lhe a devida atenção merecida, porquanto se mostra e tem sido considerada fundamental para todo e qualquer ser humano. Por seu turno, há vários institutos com o objetivo e a finalidade de garantir o direito social à moradia, tanto no âmbito nacional, bem como em âmbito internacional.

O problema da situação habitacional ganha expansão devido a omissão do Estado, tanto em relação em não dispor de moradias para a população carente, como também de não combater e fiscalizar as diversas construções irregulares, que causam outros problemas sociais ainda maiores para a sociedade.

Assim, impõe-se discorrer sobre os diversos temas relacionados à moradia em seus aspectos fáticos em suporte para posterior abordagem jurídica.

2.1 Etimologia da Palavra Moradia

Inicialmente, antes de qualquer argumentação sobre o direito à moradia, faz-se necessário verificar a etimologia da palavra moradia, que segundo a sua própria etimologia do verbo morar, do latim "*morari*", significa demorar, ficar. Assim, partindo desse entendimento da origem da palavra moradia passamos a compreensão do seu significado trazido pela doutrina e, que segundo o brilhante doutrinador José Afonso da Silva (2004, p.313), "o direito a moradia significa ocupar um lugar como residência, ocupar numa casa, apartamento etc, para nele habitar".

Já destacado o significado de moradia, há também de se analisar outras denominações relacionadas ao mesmo significado, que muitas das vezes são tratados como sinônimos, os quais são de suma importância entender as distinções entre moradia, residência, domicílio e habitação,

conceitos estes criados para distinguir algumas modalidades e determinados efeitos de uma relação jurídica.

A morada é local onde a pessoa natural se estabelece provisoriamente ou se encontra com certa habitualidade por certo período de tempo em determinado local. No mesmo sentido Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p.244), citando Roberto de Ruggiero:

Morada confunde-se com estadia, como sendo a mais tênue relação de fato entre uma pessoa e um lugar tomado em consideração pela lei, advertindo que a sua importância é porém mínima e subalterna, não produzindo em regra qualquer efeito, senão quando se ignora a existência de uma sede mais estável para a pessoa.

A residência é o local onde a pessoa tem-se como permanente, com o intuito de estabilizar-se e que segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p.244), "a residência pressupõe maior estabilidade e que é o lugar onde a pessoa natural se estabelece habitualmente".

O domicílio é segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2006, p.244) "o lugar onde a pessoa estabelece residência com animo definitivo, convertendo-o, em regra, em centro principal de seus negócios jurídicos ou de sua atividade profissional".

A habitação é aquela em que se destina a preservar, bem como a dar continuidade a morada daquele que faz jus a ela, em razão de se encontrar em uma extrema necessidade e em posição desprivilegiada em relação ao do seu co-habitador que deixou a morada. Segundo Silvio de Salvo Venosa (2007, p.461):

É atribuído ao habitador o direito personalíssimo e temporário de residir em imóvel, não podendo ser cedido nem mesmo o seu exercício. Cuida-se de direito real sobre coisa alheia, porque o titular reside em imóvel que não é seu, pode fazê-lo, evidentemente com sua família.

Após essas importantes distinções no que diz respeito aos considerados sinônimos da palavra moradia, torna-se ainda, ao menos, melhor esclarecer a pequena diferença existente entre moradia rural e moradia urbana.

Não há do ponto de vista prático uma grande diferença, uma vez que ambas corresponde ao local onde o indivíduo ali permanece, seja transitoriamente ou provisoriamente, caracterizando os conceitos de residência, domicílio e moradia já especificados anteriormente. Na verdade o que diferencia é que na moradia rural não existe todas as condições fundamentais adequadas de subsistência da pessoa humana, como água potável, saneamento básico, transporte público, educação próximo as residências, entre outros fatores essenciais a vida humana. Já a moradia urbana se ao menos não existe, mas presume-se que é aquela dotada de uma organização, de forma adequada, com todo o sistema de saneamento básico, água potável, iluminação pública, transporte público, ruas pavimentadas, ou seja, capaz de dispor a todos os moradores da cidade as condições fundamentais e adequadas a vida humana.

Pode-se também aqui, com o objetivo de retirar algumas dúvidas, tecer alguns comentários quanto à moradia individual e a moradia coletiva e dessa forma tentar esgotar as possíveis ligações de outros assuntos ao tema deste trabalho.

A moradia individual é aquela em que se destina ao lar de um grupo familiar, ou seja, onde permanece uma única família habitando determinado local, se protegendo da chuva, do frio, do calor e de vários outros fatores naturais, bem como por um grupo de moradores ligados por laços de amizade ou afinidades, sem que haja vários grupos isolados, residindo no mesmo ambiente.

A moradia coletiva é aquela em que grupo de famílias habita no mesmo ambiente e, que geralmente não há afinidade entre as famílias, um exemplo de moradia coletiva são os cortiços, onde, uns amontoados de famílias permanecem residindo no mesmo local.

2.2 Leis referentes à implementação de Moradias

O problema da moradia no Brasil não é recente, as preocupações com o assunto antecedem a constituição de 1988.

A trajetória da política habitacional no País tem sido marcada por mudanças na concepção e no modelo de intervenção do poder público no setor que ainda não logrou êxito, especialmente no que se refere ao equacionamento do problema da moradia para a população de baixa renda.

A Fundação da Casa Popular foi a primeira política nacional de habitação instituída em 1946 pelo presidente Eurico Gaspar Dutra e, que revelou-se ineficaz devido à falta de recursos e às regras de financiamento estabelecidas, o que comprometeu o seu desempenho no atendimento da demanda e ficou restrito a alguns Estados da federação, com uma produção pouco significativa de unidades.

Depois deste programa tiveram outros, como no caso do modelo de política habitacional implementado a partir de 1964, período da ditadura Militar, pelo Banco Nacional de Habitação (BNH), onde, baseava-se em um conjunto de características que deixaram marcas importantes na estrutura institucional e na concepção dominante de política habitacional nos anos que se seguiram. Essas características podem ser identificadas a partir dos seguintes elementos fundamentais: primeiro, a criação de um sistema de financiamento que permitiu a captação de recursos específicos e subsidiados, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) e o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), que chegaram a atingir um montante bastante significativo para o investimento habitacional. O segundo elemento foi a criação e operacionalização de um conjunto de programas que estabeleceram, em nível central, as diretrizes gerais a serem seguidas, de forma descentralizada, pelos órgãos executivos. Terceiro, a criação de uma agenda de redistribuição dos recursos, que funcionou principalmente em nível regional, a partir de critérios definidos centralmente. E, por último, a criação de uma rede de agências, nos estados da federação, responsáveis pela operação direta das políticas e fortemente dependentes das diretrizes e dos recursos estabelecidos pelo órgão central.

Deve-se salientar que desde o início da atuação do BNH, verificou-se a existência de problemas no modelo proposto, tendo o Banco, ao longo de sua existência, efetuado mudanças visando corrigir o percurso de suas ações no

que, entretanto, não foi bem sucedido, e, por não conseguir superar a crise do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), acabou extinto.

No decorrer da política habitacional, houve diversos problemas na implementação de políticas públicas voltadas para o atendimento da falta de moradias no nosso País. E, após, esses vários programas, houve a criação da Ação Imediata para a Habitação, programa instituído no governo Fernando Collor de Melo.

O BNH foi extinto em 1986 e as suas atribuições foram transferidas para a Caixa Econômica Federal, mas a área de habitação permanecia vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), cuja competência abrangia as políticas habitacionais, de saneamento básico, de desenvolvimento urbano e do meio ambiente. Em seguida no ano de 1987, o MDU é transformado em Ministério da Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente (MHU), que acumula, além das competências do antigo MDU, a gestão das políticas de transportes urbanos e a incorporação da Caixa Econômica Federal. Em setembro de 1988, ocorrem novas alterações: cria-se o Ministério da Habitação e do Bem-Estar Social (MBES), em cuja pasta permanece a gestão da política habitacional.

Com a Constituição de 1988 e a reforma do Estado, o processo de descentralização, um dos pontos principais do modelo proposto, ganha base para se efetivar. Dentro do processo de descentralização se estabelece uma redefinição de competências, passando a ser atribuição dos Estados e Municípios a gestão dos programas sociais, e dentre eles o de habitação, seja por iniciativa própria, seja por adesão a algum programa proposto por outro nível de governo, seja por imposição Constitucional.

Outros governos que seguiram também promoveram algumas políticas públicas com o propósito de minimizar a carência de moradias no Brasil, dentre eles, ressalta o governo de Fernando Henrique Cardoso com programas para a habitação e os principais foram o Pró-Moradia e o Habitar Brasil.

Há também de destacar os programas de moradia do governo de Luis Inácio Lula da Silva e entre os principais destacam-se o "PAC Habitação" e o programa "Minha Casa, Minha Vida". Esses programas do governo Lula estão tendo continuidade no governo da atual presidenta Dilma Rousseff.

Os atuais programas para a habitação estão previstos e fundamentados em diversos regulamentos normativos, os quais dispõem da forma como esses programas serão implementados e das políticas públicas direcionadas para a habitação.

O órgão responsável pela elaboração das políticas públicas é a Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das cidades, que coordenou a elaboração do Plano Nacional de Habitação - PlanHab, um dos mais importantes instrumentos para a implementação da nova Política Nacional de Habitação - PNH, previsto na Lei 11.124, de 16 de junho de 2005, que estruturou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS.

O processo participativo foi um dos pilares constitutivos do PlanHab. Ao longo de sua elaboração, a Secretaria Nacional de Habitação buscou consolidar um amplo pacto nacional para a garantia do direito a moradia digna. Foram organizados diversos debates regionais e setoriais, envolvendo especialmente o acompanhamento direto dos representantes do Conselho das Cidades e do Conselho Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - CGFNHIS. Essas diversas instâncias de participação foram importantes espaços de interlocução política, proposição e deliberação.

Nesse sentido, o PlanHab é parte de um processo de planejamento de longo prazo para o setor habitacional, que pressupõe revisões periódicas e articulação com outros instrumentos de planejamento orçamentário-financeiro do Governo Federal, como os planos plurianuais, permitindo que suas metas de produção física e de avanços institucionais possam estar associadas ao planejamento dos recursos necessários para sua cobertura e tendo o ano de 2023 como horizonte final para a elaboração de estratégias e de propostas.

Entre outras espécies normativas, destacam-se a lei 10.188, de 12 de fevereiro de 2001 e a lei 10.859, de 14 de abril de 2004, a primeira trata-se do programa de arrendamento residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, tendo ao final do arrendamento a opção de compra do imóvel pelo arrendador e a segunda com a mesma finalidade vem apenas a alterar alguns artigos da lei 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, dentre as mudanças as mais importantes, destaca-se a de que caberá a gestão do programa ao Ministério das cidades e a operacionalização do programa a

Caixa Econômica Federal. Há também outras espécies normativas tais como o decreto 5.435, de 26 de abril de 2005¹ que regulamenta a lei 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, bem como especifica os requisitos mínimos necessários do contrato de arrendamento residencial.

O decreto 5.779, de 18 de maio de 2006², também regulamenta a já citada lei, apenas alterando o art.1º do decreto 5.435, de 26 de abril de 2005. Destaca-se ainda, a portaria 337, de 29 de junho de 2006³ da Secretaria Nacional de Habitação, que dispõe sobre a alocação dos recursos do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR a serem utilizados na aquisição de imóveis para atendimento aos objetivos do Programa de Arrendamento Residencial – PAR.

2.3 Tratados internacionais sobre direito de Moradia

O direito à moradia está incluído em diversos documentos internacionais vinculativos, em que seus membros se obrigam a cumprirem as metas estabelecidas no acordo, tendo assim, os seus signatários os mesmos

¹ Art. 2º. Os contratos de arrendamento residencial conterão, obrigatoriamente, no mínimo, as seguintes disposições:

- I prazo;
- II valor da contraprestação e critérios de atualização;
- III opção de compra; e
- IV preço para opção de compra ou critério para sua fixação.

² Art. 1º Os incisos I e II do art. 1º do Decreto nº 5.435, de 26 de abril de 2005, passam a vigorar com a seguinte redação:

- I até R\$ 5.600.000.000,00 (cinco bilhões e seiscientos milhões de reais), nas operações de crédito perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; e
- II até R\$ 6.200.000.000,00 (seis bilhões e duzentos milhões de reais), na aquisição de imóveis para atendimento aos objetivos do Programa de Arrendamento Residencial."

³ Art. 1º Os recursos do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR, destinados a aquisição de imóveis para atendimento aos objetivos do Programa de Arrendamento Residencial – PAR, de que trata o inciso II, do art.1º, do Decreto nº 5.435, de 25 de abril de 2005, com a redação dada pelo Decreto nº 5.779, de 18 de maio de 2006, não contratados, no valor de R\$1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), serão alocados entre as Unidades da Federação conforme Anexo.

Art.2º Em função dos níveis de demanda qualificada para contratação, poderão ser efetuados remanejamentos de recursos entre as Unidades da Federação, a partir de solicitação fundamentada do Agente Executor do PAR.

objetivos. Entre os mais significativos destaca-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, no Artigo 11º, nº 1, determinando que:

Os Estados-Signatários no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e para a sua família, incluindo alimentação, vestuário e habitação adequados e a uma melhoria contínua das suas condições de vida.

Há também outros documentos internacionais dos quais podemos citar o programa das Nações Unidas para os Povoamentos Humanos, o ONU - Habitat.

O Programa para o Povoamento Humano das Nações Unidas, ONU – Habitat foi instituído em 1978, após uma primeira reunião mundial em Vancouver, conhecida como Habitat I, que teve por objetivo a coordenação das atividades das Nações Unidas relacionadas com a habitação e os povoamentos humanos.

Outro documento muito importante que vem tratar da moradia realizou-se no ano de 1996, em Istambul na Turquia que foi uma segunda conferência, a Habitat II, que deu origem à criação da Agenda Habitat, que desenvolve a promoção das Cidades Social e Ambientalmente Sustentáveis por parte da ONU - Habitat, cujo objetivo é proporcionar um abrigo adequado para todos.

De acordo com o parágrafo sétimo da Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, o homem é o centro do desenvolvimento sustentável, sendo indispensável a intensificação das ações para proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais para todos, bem como atender às necessidades básicas, como os serviços de educação, nutrição, saúde e, especialmente, uma habitação adequada para todos.

Ainda na Declaração de Istambul, no parágrafo 53 da Agenda Habitat, prevê que pelo menos um bilhão de pessoas no mundo não tem uma habitação adequada e estão vivendo em inaceitáveis condições de pobreza, sendo a maioria nos países em desenvolvimento.

Com relação a imposição a quem compete implementar moradias prevista na Declaração de Istambul, o parágrafo 44, enfatiza que os governos

devem tomar apropriadas ações em ordem para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia. Entre essas ações foi estabelecida a proteção para todas as pessoas dos despejos forçados que violem os direitos humanos, bem como de prover segurança legal de posse e igual acesso a terra.

Em 2002 a Assembléia Geral das Nações Unidas reforçou o mandato da agência e elevou o seu estatuto para um programa com todos os requisitos do sistema da ONU.

A ONU - Habitat trabalha em parceria com os governos, autoridades locais e organizações não governamentais. A sua visão estratégica compreende cinco elementos principais: a experiência a nível de gestão e da informação; a defesa de normas para um urbanismo sustentável e a redução da pobreza urbana; a cooperação técnica através do estabelecimento de uma relação entre estas normas e as atividades para a redução da pobreza urbana no terreno; o financiamento inovador para a urbanização e necessidades específicas de alojamento em zonas urbanas carentes e parcerias estratégicas.

Pode-se ainda enfatizar que a ONU - Habitat segue de perto o progresso da Declaração do Milênio Nº 7, Objetivo 11, que estabelece como objetivo, até 2020, a melhoria da vida de cerca de 100 milhões de pessoas que vivem em bairros degradados, levando em conta a percentagem de pessoas com acesso a saneamento, água potável, segurança de ocupação e habitação permanente.

2.4 O Direito comparado

O ordenamento jurídico brasileiro tem uma grande influência de outras legislações, onde a formação do regime jurídico tem uma base de ordenamentos jurídicos que asseguram os direitos sociais como fundamentais para o indivíduo e por conseguinte para toda a sociedade.

O ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito aos direitos sociais, assenta-se em legislações alienígenas e entre as legislações mais

influentes destaca-se o ordenamento jurídico alemão, principalmente na Constituição de Weimar na Alemanha em data de 1919.

A Constituição de Weimar assenta-se, sobretudo, no Estado Social e no constitucionalismo da social-democracia, visando a assegurar os chamados direitos de segunda geração, onde está explicitamente o princípio da igualdade entre os indivíduos.

A Constituição da República de Weimar, documento normativo que emergiu de uma Alemanha arrasada, contemplou direitos sociais e trabalhistas.

Pode-se aqui destacar que a Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha é de 23 de maio de 1949 e tem sido recorrentemente emendada, especialmente em virtude do processo de reunificação, que se consolidou após a queda do Muro de Berlim.

Há na seção inicial a indicativa de direitos fundamentais e orienta-se para a proteção da dignidade da pessoa humana e para a obrigatoriedade do respeito aos direitos fundamentais pelo Poder Público. Indica-se que a dignidade da pessoa humana é inviolável e que toda a autoridade pública terá o dever de respeitá-la e de protegê-la.

A legislação alemã também garante a tutela jurisdicional em caso de ofensa de qualquer dos direitos fundamentais.

A doutrina germânica e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão entendem que o reconhecimento dos direitos sociais depende da disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem o seu objeto (saúde, educação, assistência etc.). Para além, disso asseguram que a decisão sobre a disponibilidade desses recursos insere-se no espaço discricionário das opções do governo e do parlamento, através da composição dos orçamentos públicos. Esse limite que o Tribunal Constitucional Federal Alemão impõe, a doutrina chama-se de reserva do possível, uma vez que para a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos nos cofres públicos.

Outro ordenamento que convém ressaltar é o norte americano em que a importância deste Direito Constitucional resulta de que sua base legal é modelada pela jurisprudência, relacionada com o controle de

constitucionalidade (*judicial review*). Os Estados Unidos foram o primeiro Estado Federal, a primeira república instituída segundo o princípio democrático, e o primeiro sistema de governo presidencial a adotar a doutrina da separação dos poderes.

A separação de poderes no sistema constitucional norte-americano, derivou diretamente de Montesquieu. Pela organização política da União, ao Presidente da República é atribuída a função executiva; a função legislativa é atribuída às duas câmaras do congresso, sendo os Senadores eleitos para mandato de 06 (seis) anos, com renovação bienal de um terço, e os representantes por 02 (dois) anos; aos tribunais é atribuída a função judicial, notando-se ser dual a organização judiciária dos Estados Unidos, isto é, há tribunais estaduais e federais, com predominância de uma Corte Suprema formada por 09 (nove) juízes vitalícios designados pelo Presidente dos Estados Unidos com o parecer e acordo do Senado.

O Presidencialismo surgiu com a Constituição dos Estados Unidos.

Deve-se ainda ressaltar o direito constitucional da América Latina, que ao longo de sua História foi marcada por práticas políticas de centralização e concentração de poderes, fatores culturais e sociais, problemas econômicos e instabilidade política, incorporou institutos do sistema constitucional norte-americano, como o federalismo, o controle de constitucionalidade e o presidencialismo.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, teve como fontes não apenas o direito constitucional norte-americano, mas também os direitos português, espanhol, italiano, francês, dentre outros. Como visto, o ordenamento jurídico brasileiro tem semelhanças com outros ordenamentos, principalmente os citados anteriormente, onde baseou nestas legislações para formação do seu ordenamento jurídico

2.5 A moradia como questão social e dados estatísticos

Diante da inserção do direito a moradia como norma constitucional, há de ser demonstrada a necessidade da efetivação desse direito no seio social, uma vez que os números apontam a existência de um grande déficit habitacional no Brasil, onde milhares de pessoas estão vivendo em condições subumanas e outras com poucas condições financeiras têm que dispensar grande parte do que ganham para poder pagar um aluguel, deixando áreas essenciais, como a alimentação, educação, higiene pessoal, saúde sem recursos necessários a uma vida digna e adequada, o que poderia ter uma sobrevivência mais completa, caso tivesse a sua moradia com as adequadas condições de habitação.

Tem se verificado que o crescimento populacional, a migração para as áreas urbanas, as necessidades contraditórias pelas terras existentes e os recursos naturais e financeiros insuficientes do Estado resultam no aumento dos sem-abrigos e de habitações inadequadas. Desse modo, observa que em todos os países e não apenas no Brasil homens, mulheres e crianças dormem nos passeios, debaixo de pontes, em carros, estações de metrô, parques públicos, e barracas ou ocupam edifícios abandonados. Segundo as estimativas das Nações Unidas, mais de 100 milhões de sem-abrigo e milhares de pessoas no mundo inteiro vivem em habitações inadequadas.

Tem se constatado um grande déficit habitacional no Brasil, especificamente na população de baixa renda e dentro desta parcela se verifica a diferença entre as regiões brasileiras, bem como nas regiões metropolitanas do país.

Inicialmente, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), analisa-se a região norte e esta apresenta um déficit total habitacional urbano de 39,7%, destacando ainda um déficit de 50,4% dos domicílios mais pobres. Nesta região a carência de habitação encontra-se na população de renda de até 01 (um) salário mínimo, convém ressaltar que esses números correspondem a apenas em um media de 15,4% do total dos domicílios urbanos.

Na região nordeste, não se mostra diferente da região norte, apresentando dados similares, tendo um déficit total habitacional urbano de 38,7% e um percentual de 52,0% no total de domicílios mais pobres. No que se

refere à renda média familiar mensal dessa parte mais pobre, ela se encontra abaixo de um salário mínimo e representa um percentual em média de 10% do total dos domicílios urbanos.

Na região sudeste os dados em relação a habitação tem melhores condições que as regiões norte e nordeste. Não chega a ser um bom índice, mas tem um déficit habitacional total urbano de 35,1% e, possui também um percentual do total de domicílios mais pobres de 30 %. Nessa esteira, a renda média familiar mensal da parcela mais pobre fica entre 01(um) salário e 02 (dois) salários mínimos e essa parcela corresponde em média de 11% do total dos domicílios urbanos.

A região sul apresenta dados sobre a habitação semelhante a região sudeste. O déficit habitacional urbano total é de 37,2%, já o percentual no total de domicílios mais pobre corresponde a 30,1%. Outro ponto que se deve ressaltar é que a renda média familiar mensal da parcela mais pobre fica em média em 1,5 (um vírgula cinco) salários mínimos. Esses domicílios representam em média de 11% do total dos domicílios urbanos.

A região centro oeste não se distancia muito da região sul e da região sudeste, principalmente por causa dos melhores dados do Distrito Federal em relação a renda individual, mas que não chega a ser surpreendente. Esta região possui um déficit habitacional urbano total de 38% e que o índice percentual total nos domicílios mais pobres corresponde a 33,5%. Pode-se ainda destacar que a renda média familiar mensal da parcela mais pobre é de 01 (um) salário mínimo, tendo uma pequena diferença apenas no Distrito Federal que chega a 1,3 (um vírgula três) salários. Esta parcela carente de moradias corresponde a uma média de 12% do total dos domicílios urbanos.

No país o déficit habitacional urbano corresponde a 36,6% do total dos domicílios urbanos, bem como apresenta um índice de 36,2 no total de domicílios mais pobres⁴.

Dados do Departamento da Indústria e da Construção Civil da FIESP do ano de 2010 (DECONCIC) mais recentes de que os relacionados anteriormente apontam que o Brasil precisará de R\$ 3 (três) trilhões até 2022

⁴ Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), 2007, conforme tabela em anexo no final.

para construir os 23 milhões de moradias necessárias para suprir seu déficit habitacional.⁵

Como foi demonstrado anteriormente nos dados, o direito social à moradia não tem a eficácia e a aplicabilidade pretendida na constituição, o que após passados quase 11 anos como uma norma de aplicabilidade imediata ainda não se tornou plenamente disponível para todos os seus cidadãos.

⁵ Fonte: Deconcic- Departamento da indústria da construção civil da Fiesp - 2010 - Disponível em < www.fiesp.org.br > acesso em 03 de mar de 2011.

3 DIREITOS SOCIAIS E SUA EFICÁCIA: CONCEITO E ROL

Os Direitos Sociais não surgiram de forma imediata, ou seja, foram sendo aos poucos percebidos como uma necessidade para todos os seres humanos, passando sempre por transformações no ambiente coletivo, fazendo surgir esses direitos.

Direitos sociais são aqueles direitos que compõem a segunda geração, ou dimensão, de direitos fundamentais, terminologia esta cercada de diversas dúvidas e críticas, mas amplamente utilizada para caracterizar aqueles direitos que exigem, por parte do Estado, uma atuação positiva. Assim, também tem sido o entendimento de Alexandre de Morais, (2006, p.180):

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

Para melhor esclarecer o conceito de direito social, impede-se também trazer o conceito de outra doutrina especializada do brilhante José Afonso da Silva, (2004, p.285):

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

Na prática o direito social à moradia tem encontrado diversos entraves para sua aplicação e efetivação, seja por falta de políticas públicas concretas voltadas para a disponibilidade de moradias, ou porque tais políticas não possuem uma dotação de recursos suficientes para suprir a grande carência de moradia no nosso País.

É imprescindível que os direitos sociais possam ser efetivados, devido a uma razão lógica, pois uma vez previsto na constituição, sua função seria e será sempre atender as finalidades básicas de subsistência do ser humano na sociedade, tendo o Estado o dever de disponibilizá-los aos seus cidadãos, fazendo surgir à igualdade material e não apenas a igualdade formal da Constituição. Nesse sentido é o entendimento do brilhante jurista Paulo Bonavides (2004, p.379):

A importância funcional dos direitos sociais básicos, assinalada já por inúmeros juristas do Estado social, consiste pois em realizar a igualdade na Sociedade; "igualdade niveladora", volvida para situações humanas concretas, operada na esfera fática propriamente dita e não em regiões abstratas ou formais de Direito.

A eficácia jurídica do direito à moradia passa principalmente pela observação das garantias prevista na constituição Federal e dos instrumentos que propiciam meios legais e destinados a sua consecução. Nesse sentido entende Nelson Saule Júnior (2004, p.175):

A utilização das garantias constitucionais e instrumentos legais para a adoção nas áreas urbanas de políticas urbanas e habitacionais que permitam o acesso à terra e à moradia adequada a grupos vulneráveis, a urbanização e regularização fundiária das favelas, a melhoria das condições habitacionais dos cortiços, a oferta de habitações para a população moradora de área de risco de vida e/ou saúde, resultam na eficácia jurídica do direito à moradia.

Desse modo percebe-se que é necessário usar das garantias já existentes no ordenamento jurídico, não deixando de atender aos reclamos sociais por falta de um instituto específico para o direito à moradia.

Dessa forma, tem se verificado que o direito social a moradia torna-se sem eficácia, porquanto não se previu uma forma de garantir a aplicação efetiva de tal direito, uma vez que comparado com os direitos individuais, estes têm a sua forma de garantir a sua efetivação, tais como o habeas corpus, o mandado de segurança, etc. Assim também tem entendido Fernando Abujamra Aith, em tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, sobre Direito à moradia:

Os Direitos individuais possuem muito mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a absoluta falta de instrumentos e garantias jurídicas que protejam, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos. Enquanto os direitos civis e políticos exigem, basicamente, uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais exigem uma ação efetiva do Estado.⁶

Destarte, pode-se desta feita confirmar a tese do doutrinador citado anteriormente, não se percebendo de modo claro e sucinto um meio que todos possam utilizar para a sua efetivação, a fim de que todos aqueles necessitados, seja de moradia, ou de qualquer outro direito social, possa usufruir do mínimo indispensável a sua sobrevivência e dessa maneira, sendo este um direito fundamental deverá ser disponibilizado pelo Executivo e, caso não seja, surge para o indivíduo o direito de pleiteá-lo perante o Poder Judiciário.

A necessidade de uma regulamentação por parte do legislativo para a eficácia do direito à moradia, não pode ser aceito um argumento dessa envergadura. Nesse sentido Gerardo Pisarello (2003, p.155-156):

Supeditar la observación de las obligaciones habitacionales hasta aquí descritas a la simple voluntad de auto-limitación de las mayorías legislativas y de los aparatos administrativos «realmente existentes», sería condenarlas a un estatuto incierto: a concesiones revocables en el mejor de los casos; a simples «derechos sobre el papel» en el peor.

Como bem descrito pelo ilustre doutrinador, se para efetivar o direito à moradia tiver que aguardar uma regulamentação específica é condenar esse direito a um simples escrito em um papel, que no caso foi previsto na Constituição.

⁶ O Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, no Grupo de Trabalho: "Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)?" realizado na Pontifícia Universidade Católica-SP, em dezembro de 1999.

Desse modo, com o mandamento constitucional de dispor direitos para todos, especificamente à moradia, o Estado deve proporcionar o bem-estar aos seus cidadãos, através da materialização dos direitos sociais em políticas públicas que sejam, sobretudo, viáveis e eficazes para a redução das desigualdades sociais. Não é demais lembrar que essas políticas passam por problemas orçamentários, em que se deve revestir de certa prioridade e discricionariedade por parte do administrador na consecução das políticas públicas, observando os limites das devidas dotações orçamentárias.

Nada mais absurdo de que impor obstáculos a efetivação do direito à moradia com o argumento de que tal direito custa muito, uma vez que todos os demais direitos também têm um custo, seja ele uma abstenção ou uma prestação. "Todavia, ainda que presente em todas as espécies de direitos fundamentais, o fator custo nunca se constitui em um elemento impeditivo de efetivação, pela via jurisdicional, dos direitos de defesa", (NOVELINO, 2009, p.482).

Ainda em relação a falta de recursos por parte do Estado, como fator impeditivo da concretização de moradias, Gerardo Pisarello (2003, p.34) afirma que em "un marco asi, las dificultades de acceso a la vivienda no puede explicarse apelando al argumento de la escasez de recursos."

Esse mesmo pensamento dos estudiosos citados anteriormente é compartilhado por Dirley da Cunha Júnior (2009, p.737) afirmando que:

Os problemas de caixa não podem ser guindados a obstáculo à efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois imaginar que a realização desses direitos depende de caixas cheias do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, o que representaria uma violenta frustração da vontade do constituinte e uma desmedida contradição do modelo do Estado do Bem-Estar Social.

O direito social à moradia, na condição de direito subjetivo, o qual deverá ter a sua aplicação de forma imediata pelo Estado, não se exige qualquer regulamentação por parte do Poder Legislativo para a sua devida aplicação. Assim é o que está previsto no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Portanto, este como direito fundamental, deverá ter a

sua aplicação imediata, não necessitando de qualquer outra norma infraconstitucional para a sua efetivação.

3.1 Fundamento Constitucional do Direito Social À Moradia

O Direito Social à Moradia está previsto na Constituição Federal de 1988, no Título II dos direitos e garantias fundamentais, no capítulo II, no artigo 6º no rol dos direitos sociais, ao lado do direito a saúde, a educação, ao trabalho, ao lazer, a previdência social etc, sendo considerado um direito fundamental de todos os cidadãos brasileiros. Assim prevê o artigo 6º da Constituição: são direitos sociais “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

É necessário destacar que o direito social à moradia não era previsto no momento da promulgação da Constituição Federal de 1988, apenas foi inserido com a Emenda Constitucional nº 26/2000, após uma constatação do problema social no que diz respeito da falta de moradias adequadas no Brasil, além da influencia de organismos internacionais encarregados de fiscalizar as condições mínimas de subsistência e de moradias digna de todos os seres humanos. Desse modo, não é demais observar o relatório da comissão de constituição justiça em relação à emenda constitucional nº 26, resultado da proposta de emenda constitucional (PEC) nº 601/98, que segue:

A questão do direito à moradia tem sido objeto de acesso a polarizado debate social tanto em nível nacional como internacional. Fóruns, entidades de classe, entidades governamentais e não-governamentais têm-se reunido nesses últimos anos com vistas ao maior encontro de todos os tempos sobre o tema: a Conferência Habitat II, convocada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e realizada no período de 03 a 14 de junho deste ano.

Para esse evento, o Brasil foi indicado relator da parte da Agenda do Habitat (carta de intenções da conferência) que trata do “direito à moradia”. Coube-lhe, assim, a difícil tarefa de justificar, frente a

países como Japão, Estados Unidos e Coréia (que se posicionam contra a inclusão desse termo na agenda), a urgente necessidade de se reconhecer a moradia como um direito social.

A participação ativa brasileira em tão importante evento, de caráter mundial, coloca-nos em posição delicada, principalmente quando se verifica, em meio a uma situação eminentemente crítica das áreas urbanas brasileiras, uma lacuna na própria Constituição Federal, que não reconhece a moradia como um direito real, como a saúde, o lazer, o trabalho etc. Mas delicada ainda, fica a situação do Brasil quando, sabedores da realização da Conferência, os “sem teto” de todo país, já bastante organizados, ameaçam “pipocar ocupações de terrenos” na periferia das grandes cidades – conforme se lê nos mais renomados jornais do País.

As atuais condições de moradia de milhares de brasileiros chegam a ser deprimentes e configuram verdadeira “chaga social” para grande parte das metrópoles do País. Faz-se, portanto, urgente que se dê início a um processo de reconhecimento da moradia como a célula básica, a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do cidadão, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto ente social e produtivo, se empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, invariavelmente, a Nação⁷.

Antes mesmo de ser inserido no rol dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988, o direito à moradia já se encontrava com o caráter de norma programática previsto no artigo 23, IX, o qual deverá a União, aos Estados e aos Municípios promover programas habitacionais com condições de higiene adequadas para saudável sobrevivência do indivíduo.

A previsão do artigo citado anteriormente, também se constata uma grande preocupação do legislador constituinte com preservação do meio ambiente, no momento em que os programas habitacionais devem ser promovidos com o atendimento de programas de saneamento básico, evitando assim, as más condições de habitação, sem tratamento dos esgotos, deixando as pessoas expostas aos mais variados meios de contaminação, além de proteger o meio ambiente.

A ausência de moradia adequada com condições de higiene, saneamento básico, pavimentação, em situação de proporcionar aos seus

⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, 15 de dezembro de 1998. Disponível em <www.camara.gov.br> Acesso 17 de mar de 2011.

ocupantes espaço adequado, segurança, proteger do frio, do calor, da chuva, do vento e outros perigos para a saúde, dos riscos devido aos problemas estruturais e vetores de doença é um grande desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal de 1988, tendo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, do qual advém os demais princípios constitucionais de proteção ao ser humano. “A dignidade da pessoa é o comando constitucional para apurar a violação ao direito à moradia em diversas situações” (SAULE JUNIOR, 2004, p.149).

O autor ainda complementando o mesmo princípio enfatiza que:

A dignidade da pessoa humana como comando constitucional será observada quando os componentes de uma moradia adequada forem reconhecidos pelo Poder Público e pelos agentes privados responsáveis pela execução de programas e projetos de habitação de interesse social, como elementos necessários à satisfação do direito à moradia (Idem, 2004, p.149).

No entanto, dignidade não é um conceito que se ligue semanticamente ao conceito moradia por si só. É possível se imaginar o que seja moradia segura, moradia sem problemas, independente de se imaginar a quem essa moradia serve. Moradia digna, entretanto, é um conceito que foge das qualificações técnicas do que seria uma moradia adequada e vai depender de outro conceito para poder ser imaginado e descrito: o conceito de pessoa, e mais além, de sua dignidade. Dignidade da pessoa humana é um valor máximo a que se tem recorrido sempre a fim de dar ao direito uma interpretação que favoreça ao ser humano levando em conta a sua dimensão de pessoa, acima de qualquer outra coisa.

A dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos humanos é uma concepção que passa a ser incorporada pelos documentos relacionados a direitos humanos, integrantes do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, como também já destacado é um fundamento da República Federativa do Brasil.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, há outros com estreita relação ao direito à moradia, devendo ser aplicados com a finalidade de proteger a moradia do indivíduo. A defesa da paz e a solução pacífica dos

conflitos são princípios que devem ser perseguidos na existência de situações de violação coletiva do direito à moradia que elimine um dos elementos do núcleo básico deste direito que são a segurança, a paz e a dignidade da pessoa humana.

Um princípio essencial relacionado com os direitos sociais é o princípio da vedação do retrocesso social, que tendo o legislador instituído os direitos sociais, eles jamais poderão ser extintos, uma vez que a sociedade já se encontra em grau de elevação social e aceitabilidade de tais direitos.

Segundo Marcelo Novelino (2009, p.488) citando José C. V. de Andrade diz:

[...] decorre da proibição do retrocesso social o direito à manutenção do nível de realização legislativa do direito fundamental na esfera jurídica dos particulares, implicando na elevação, ao nível constitucional, das medidas legais concretizadoras dos direitos sociais.

O princípio da vedação do retrocesso social está diretamente relacionado ao princípio da segurança jurídica, devendo com isto implicar certa garantia de estabilidade das situações jurídicas criadas pelo legislador, não podendo haver um atraso social.

3.2 Leis ordinárias que cuidam do tema da moradia

No ordenamento jurídico brasileiro há algumas leis que objetivam proteger e regularizar a moradia, motivo pelo qual, torna-se essencial discorrer sobre elas.

A lei infraconstitucional 4.591, de 16 de dezembro de 1964 foi recepcionada pela Constituição Federal, sendo no momento de sua elaboração criada com objetivando de tratar das incorporações, transferência e solucionar os problemas existentes nos condomínios em edificações.

A lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a chamada lei de registros públicos, também foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e que

trata da forma de transferência da propriedade, desde a matrícula do imóvel até o respectivo registro, sendo assim, uma forma de se regularizar a moradia quanto a sua titularidade.

Outra norma infraconstitucional é a lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que foi alterada pela lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, e atende o objetivo de constituir instrumentos voltados à proteção do direito à moradia, mediante a proteção da segurança da posse da população moradora de assentamentos urbanos informais, bem como dispõe sobre a forma de parcelamento e desmembramento do solo urbano, apresentando significativas contribuições para a aquisição de moradias por parte dos indivíduos, uma vez que faz aumentar a oferta de solo urbano para construção de moradias. Essa lei também fez alteração na lei que trata sobre as desapropriações de interesse público, onde no artigo 1º que alterou o §3º, artigo 5º do Decreto-Lei 3.365, de 21 de junho 1941, dispõe sobre a desapropriação para implantação de parcelamento popular destinado às classes de menor renda, sendo que o imóvel desapropriado para este fim não se dará outra utilização e nem haverá retrocessão. Esta norma tem o objetivo de manter a destinação de áreas urbanas para loteamentos populares.

Há também a lei 8.009, de 29 de março de 1990, criada com a finalidade de proteger o bem de família e a moradia do executado, uma vez que a moradia é considerada um bem essencial para a melhoria da qualidade de vida do cidadão, além de poder possibilitar que o bem de família não seja objeto de penhora. No entanto, em relação a impenhorabilidade do bem de família, essa regra possui exceções que convém enfatizar, tais como nos casos dos créditos trabalhistas da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; no caso de credor de pensão alimentícia; em razão do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel; em razão de cobrança de impostos; no caso de ter sido adquirido com produto de crime, bem como no caso de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação⁸.

⁸ Essas exceções crescentes à impenhorabilidade do imóvel bem de família está a *contrario sensu* da normativa internacional, restando ao Brasil atender às recomendações nº 113 e 114 da agenda Habitat.

É importante ainda destacar, a preocupação do legislador brasileiro no que diz respeito a positivação do considerado bem de família, visando proteção e segurança do único bem que o indivíduo possui como moradia, além de facultar a quem possui mais de uma moradia, poder onerar uma delas como um bem de família. Tal instituto já demonstrava a intenção de evitar que pessoas ficassem desamparadas sem nenhum teto, sem a sua moradia, em razão da excessiva onerosidade sobre os seus bens.

Há ainda de destacar um ponto fundamental no que se refere ao bem de família em relação a figura do fiador no contrato de locação de imóvel. A Jurisprudência é pacífica quanto a possibilidade de penhora do bem de família do fiador, uma vez que este assume o risco no momento em que assume a obrigação, não podendo alegar em defesa ser o seu imóvel um bem de família.

O Código Civil brasileiro instituído pela lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 também tem em vários dos seus artigos apresentado preocupações importantes relacionadas para com a proteção e regularização da moradia, como se percebe em alguns institutos previsto

O primeiro artigo do Código Civil que convém observar é o art. 108, que dispõe da forma de validade dos negócios jurídicos, onde apresenta como se deve proceder para a real efetivação de tais negócios, evidenciando a escritura pública como essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis. No entanto, a regra possui exceções, sendo a escritura pública obrigatória apenas para os negócios superior 30 (trinta) vezes o salário mínimo vigente. Essa exceção tem o condão e visa fazer com que os negócios de pequena monta não seja obrigado a aumentar os gastos com a escritura pública, destinando tal finalidade de modo implícito para as pessoas de baixa renda em adquirir um imóvel e de poder regularizar a sua moradia.

No artigo 70 do código civil está conceituado a figura do domicílio da pessoa natural, como também estabelece a faculdade da pessoa escolher o seu domicílio, caso possua varias residências.

Um instituto muito importante previsto no artigo 1196 do código civil é figura da posse, que apesar de não assegurar permanentemente a moradia ao indivíduo, o mantém ao menos transitoriamente, podendo usar e fruir do imóvel

de que é possuidor, preservando-o contra qualquer ameaça em relação a sua posse.

Também se destaca no código civil um instrumento de proteção da moradia, a propriedade, prevista no artigo 1225, inciso I, e fundamental para manter o indivíduo no seu local de morada. Os direitos inerentes ao proprietário de usar, gozar e dispor na forma como entender o seu proprietário está positivado no artigo 1228 do código civil, além de poder reavê-la de quem quer que seja.

A habitação é um direito real que está direcionado para a moradia e este instituto se relaciona diretamente ela e está positivada no código civil brasileiro no artigo 1225, inciso VI, como um dos direitos reais, que são oponíveis *erga omnes*, atribuindo ao seu titular o poder de exercê-los plenamente, além de impor a todas as pessoas, indistintamente consideradas, o dever de respeitar o seu exercício.

A habitação tem se destacado com mais afinidade em relação à moradia. "Mais útil, em tese, que o simples uso, o direito de habitação serve para proteger vitaliciamente alguém, provendo-o de um teto de morada" (VENOSA, 2007, p.462). A habitação é assegurada ao cônjuge sobrevivente, podendo-o permanecer na moradia em que convivia com o de *cujos* enquanto vida durar, mesmo que já tenha acontecido a partilha, podendo usar dos meios possessórios a sua disposição para preservação do seu direito.

O direito real de habitação também foi estendido ao filho portador de deficiência que impossibilite para o trabalho, de acordo com o artigo 1611, § 3º do Código Civil de 2002. É importante frisar que o direito de habitação somente se torna direito real com o registro imobiliário.

Deve-se enaltecer que a habitação também está positivada no artigo 1414 do Código Civil, consistindo no direito de habitar gratuitamente casa alheia, destacando-se como uma forma de manter o indivíduo em uma moradia, sendo que o titular não pode alugá-la, bem como não pode emprestar.

Outra inovação trazida pela lei 11.481, de 31 de maio de 2007, também prevista no artigo 1225, inciso IX é a concessão de uso especial para fins de moradia, que se aplica as áreas de propriedade da União inclusive aos terrenos da Marinha e acrescidos, e será conferida aos possuidores ou ocupantes que

preenchem os requisitos legais estabelecidos na Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001.

Uma norma que deve ser bem enfatizado é o Estatuto das Cidades, Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, cujo nascimento se deu a partir dos debates ocorridos na II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul no ano de 1996, em que foram estabelecidas as bases da Agenda Habitat. Ressalte-se que esse instrumento tem como característica central uma concepção abrangente de política urbana, que compreende um conjunto de direitos que extrapolam a garantia de habitação e propriedade, envolvendo políticas públicas capazes de garantir o bem-estar do cidadão, o que se vincula de forma intrínseca ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A moradia ganha cada vez mais foros de ordem pública, ultrapassando a mera conformação jusprivatista.

O Estatuto da Cidade é importante em relação ao direito à moradia digna, uma vez que regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal de 1988 estabelecendo diretrizes para a política urbana, como forma de parcelamento do solo urbano, de subdivisão de imóveis, loteamento etc.

Segundo Reis e Leal (2006, p.1.740), manifestando sobre a criação e a importância do Estatuto das Cidades, entende que:

Trata-se de um diploma legal que deve estar inserido no contexto de desenvolvimento integrado da cidade, a partir da garantia de valores sociais, no amplo espectro da dignidade da pessoa humana e de uma atuação democrática que envolva uma nova relação entre Estado e sociedade, o que desperta o interesse para que se verifique a adequação daquele com os novos paradigmas constitutivos de um direito social.

Dentre os objetivos desta lei, destaca-se no artigo 2º, inciso I, que a:

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 a presente e futuras gerações.

Como visto o artigo 2º do Estatuto da Cidade, permite-nos uma dimensão da abrangência dessa lei e sua vinculação com a proposta de um

direito social a partir do poder local. Isso se dá em função de esse regramento contribuir para a concretização de princípios constitucionais como a função social da cidade e da propriedade.

Ainda também no artigo 2º, inciso III, consolida-se a idéia de democratização das decisões públicas, juntamente com a noção de cooperação entre os governos, apresentando uma ampla parceria com a iniciativa privada e setores da sociedade, superando a concepção tradicional de que o Estado, representado no espaço local do Município, deva suprir e resolver integralmente as demandas da sociedade, enquanto esta permanece numa posição de sujeito passivo das políticas públicas.

Pode-se afirmar que a propriedade do solo urbano é o objeto principal do estatuto das cidades, desde que atendida as suas finalidades previstas no texto constitucional, qual seja, a sua função social.

Desta forma, o Estatuto, mediante seus instrumentos de naturezas diversas vai se destinar, antes de qualquer coisa, a dar a propriedade um tratamento conforme a função social exigida como princípio pela Constituição Federal, fazendo com que o objeto desta propriedade, o solo urbano, seja aproveitado da melhor maneira possível. Os instrumentos destinados à realização da função social da propriedade do solo urbano não serão apenas de natureza administrativa ou tributária, como se possa pensar, tendo sempre em vista a execução de políticas urbanas, mas o Estatuto contém também normas direcionadas especificamente ao regime jurídico da propriedade privada, para que haja proteção tanto da posse quanto da propriedade em situações específicas que apresenta, situações estas extraídas das condições da conformação das cidades brasileiras, que até então careciam de proteção jurídica.

No Estatuto das Cidades ainda se observa os diferentes espaços de participação da cidadania no artigo 43, em que prevê de forma expressa a gestão democrática como dever do gestor, através de quatro mecanismos principais: órgãos colegiados de política urbana; debates, audiências e consultas públicas; conferências temáticas; e iniciativa popular no processo legislativo. Ressalte-se que esse rol é meramente exemplificativo, havendo

outras possibilidades, uma vez que o legislador no caput do referido artigo usou a expressão “entre outros”.

Há de ressaltar também a lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, o Estatuto da Pessoa Idosa, que não tem o objetivo específico relacionado à moradia, mas como se destina em proteger a pessoa idosa em todos os sentidos, resguarda e garante uma moradia digna ao idoso. De acordo com o artigo 37 desta lei o idoso tem direito a uma moradia digna, seja no seio da família natural, ou seja, em uma família substituta.

Também está previsto no artigo 38 do Estatuto do Idoso de que a pessoa idosa tem preferência na aquisição de moradias através dos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos. Tal previsão visa, sobretudo, em amparar quem se encontra em condições fragilizadas e que necessita de uma moradia para se proteger dos fatores naturais, como é o caso da pessoa idosa em situação de carência de moradia.

A lei 8.069, de 13 de julho de 1990 que cria o Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe de vários direitos assegurados a criança e ao adolescente, apesar de não trazer expressamente que toda criança tem direito a uma moradia, consagra e assegura a dignidade da criança e do adolescente, que sem sombra de dúvida também garante uma moradia digna a qualquer criança, pois não há dignidade sem uma moradia adequada com todas as condições disponíveis ao saudável desenvolvimento da criança e do adolescente.

Pode-se ainda, ressaltar a lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos e os procedimentos a ela pertinentes. Esta lei regulamenta a locação de imóvel minuciosamente, sendo uma norma até certo ponto complexa. Ela recentemente sofreu uma alteração da lei nº 12.112, de 09 de dezembro de 2009. Tal alteração veio, sobretudo, dar mais segurança para o locador, objetivando assim aumentar a disponibilidade de imóveis para alugar no mercado. Essa segurança para o locador pode ser percebida no fato de que foram acrescentados alguns incisos no art. 40 da lei 8.245/1991, possibilitando ao locador poder exigir novo fiador e a substituição da modalidade de garantia. Há de ressaltar que a nova lei do inquilinato trouxe a possibilidade de na ação de rescisão de contrato ser

cumulado também com o pedido de cobrança dos aluguéis e acessórios da locação, de acordo com o art.60, I, da lei 8.245/91.

Não se pode enfatizar categoricamente que a nova lei do inquilinato apenas veio proteger o locador. Uma mudança que favorece ao locatário está prevista no art. 4º, primeira parte, onde prevê que durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado.

Assim, se pode perceber que a complexidade do direito à moradia lhe confere um caráter transnormativo, pois alcança disposições normativas variadas que vão desde o direito patrimonial, imobiliário, registral até os novos direitos sociais e estatutos protetivos de grupos sociais mais vulneráveis como a mulher, a criança e o idoso, por exemplo.

3.3 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é aquela em que envolve as relações entre os particulares, fazendo com que os direitos de um indivíduo não venha prevalecer ao direito fundamental de outro indivíduo nas relações jurídicas habituais. Esta eficácia estar intimamente relacionada à autonomia do indivíduo, na sua liberdade.

Ao contrário da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a eficácia vertical é a que o Estado deve abster-se de praticar atos que violem os direitos fundamentais dos indivíduos, devendo respeitá-los e protegê-los. Esta proteção por parte do Estado deve estar presente também nas relações envolvendo particulares, evitando os abusos de terceiros.

As interpretações em relação a eficácia dos direitos fundamentais vem sendo transformada, pois abusos podem ser cometidos por terceiros e não apenas pelo Estado. Nesse sentido tem se manifestado Kildare Gonçalves Carvalho, (2008, p.690):

A mudança de paradigma da eficácia vertical dos direitos fundamentais decorreu, sobretudo, do reconhecimento de que não é somente o Estado que pode ameaçar esses direitos, como também

outros cidadãos nas relações horizontais entre si. O Estado, portanto, se obriga não apenas a observar os direitos fundamentais, em face das investidas do Poder Público, como também a garanti-los contra agressões propiciadas por terceiros.

Importante ainda destacar que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tende a proteger nas relações particulares os níveis de superioridade ou de desequilíbrio que porventura existam entre os indivíduos, em que um aglomerado particular poderoso deve ter o mesmo tratamento de apenas um único indivíduo, devendo ser considerada ilícita qualquer diferença de tratamento ou alguma restrição que violem a dignidade da pessoa humana.

Deve-se enaltecer que esse respeito dos direitos fundamentais entre os particulares deve na maioria das vezes serem observado na análise do caso concreto. Assim, entende Plínio Saraiva Melgaré, (2005, p.583):

[...] nas circunstâncias concretas em que se verificar a debilidade de tal proteção, há de firmar, pela via jurisdicional, ponderando-se as peculiaridades do caso concreto decidendo e a referência jusfundamental em questão, a eficácia e validade dos direitos fundamentais.

Desta feita, expondo resumidamente, a validade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares pode ser extremada pelos seguintes aspectos: Os princípios jusfundamentais, da liberdade, da igualdade, da isonomia, entre outros, influenciam a interpretação e a formulação do direito privado; todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais; os direitos fundamentais são invocáveis e possuem condições de ser tutelados frente a terceiros; a autonomia privada há de ser amplamente respeitada, bem como sua proteção; a vinculação dos direitos fundamentais entre particulares é de natureza negativa, determinando a abstenção de atitudes opostos a eles.

4 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

No ordenamento jurídico brasileiro existem diversos instrumentos processuais para a efetivação dos direitos, uma vez que existindo um direito, deverá também por consequência lógica haver uma garantia para este direito. É mandato constitucional fundamental a inafastabilidade da apreciação judicial e do direito de ação.

Convém destacar que não haveria nenhum efeito prático com os direitos consagrados na Constituição Federal, caso a própria constituição não houvesse previsto a forma ou meio de garantia de tais direitos, principalmente dos direitos fundamentais.

Um dos brilhantes estudiosos do direito constitucional brasileiro, Paulo Bonavides (2004, p.528), citando Rui Barbosa informa que:

O Direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos. Garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade, que defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.

Ainda no mesmo entendimento Paulo Bonavides (2004, p.528), citando Jorge de Miranda afirma:

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessória e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e indiretamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

O Estado tem o monopólio da atividade jurisdicional. Por seu turno, tem a obrigação de prestar a jurisdição a todo aquele que solicitar do Poder Judiciário.

Este direito conferido ao cidadão está capitulado no artigo 5º, inciso XXXV da constituição Federal de 1988, prevendo de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como se observa do artigo citado anteriormente, não resta dúvida quanto a possibilidade de o Poder Judiciário se manifestar em qualquer violação de direitos, principalmente de normas prevista no texto constitucional. De outro modo, tratando-se de direitos sociais, em que o Estado deve atuar de forma positiva, através do Poder Executivo, a interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas lançadas pelo executivo, há entendimentos no sentido de que tal interferência pode feri o princípio constitucional da separação dos Poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

O Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização dos direitos fundamentais, especificamente no que diz respeito ao direito social à moradia e para isso, passa pela a interpretação e crivo dos Magistrados quando os referidos direitos não são aplicados espontaneamente pelo Poder Executivo.

Tem-se muito relatado de que para a efetividade dos direitos sociais, direito este que necessita de uma ação, de um fazer dos governos, falta à vontade política na implementação das políticas públicas. Neste caso, bastaria apenas a vontade judicial para a concretização do direito à moradia.

Deve-se também considerar de que para efetivar os direitos sociais, há que existir uma grande gama de recursos, pois sendo insuficientes para atender a todos os direitos, deverá haver uma prioridade dentre os mais essenciais para a sociedade.

O grande problema, na área dos direitos sociais, é que o meio termo é freqüentemente encarado por meio da seguinte divisão de tarefas: o governo tem prioridade na implementação de políticas públicas que realizam direitos sociais, mas é dever dos juízes controlarem essa realização e, caso, seja provocado poderá complementá-la e corrigi-la.

A interferência do Poder Judiciário na consecução das políticas públicas do Poder Executivo, não se pode considerar que é um ativismo judicial, mas é apenas garantir uma resposta adequada de acordo com a finalidade esculpida na Constituição Federal de 1988.

Quando posto diante do Judiciário uma determinada demanda seja relativo a um direito individual, ou relativo um direito coletivo, deverá ser dada uma resposta plausível em respeito ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, mesmo que não haja um instrumento próprio para esta demanda, procurando resolver o problema e inaugurando uma nova técnica interpretativa. Nesse sentido é pensamento de Paulo Bonavides (2004, p.373), afirmando de que:

O verdadeiro problema do Direito Constitucional de nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado Social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos."

No ordenamento jurídico não existe a obrigatoriedade de primeiro se buscar um direito administrativamente, para em seguida recorrer ao Poder Judiciário, salvo, na Justiça Desportiva em que é necessário o esgotamento das vias administrativa, de acordo com o artigo 217, § 1º da Constituição Federal de 1988.

Os instrumentos de acesso são nada mais que todas as ações a disposição dos jurisdicionado, podendo fazer meio delas para pleitearem os seus direitos, caso tenha sido violados, tanto pelo Estado, bem como por um terceiro, agente econômico empresarial ou indivíduo.

4.1 Ações Constitucionais

Para a concretização do Direito social à moradia através da sua pretensão junto aos órgãos jurisdicionais, imprescindível se faz observar no ordenamento jurídico brasileiro alguns instrumentos adequados e capazes de sua realização.

No ordenamento jurídico brasileiro existem ações que pretende e visam a proteção em uma única demanda do interesse dos membros de um grupo, de um numero maior de indivíduos no pólo ativo da ação.

Essas ações são fundamentais para a eficácia dos direitos coletivos, pois buscam a sua aplicabilidade de forma abrangente desses direitos por um amparo mais amplo que os direitos individuais, que se utilizam das ações individuais.

Assim, é fundamental fazer uma análise e conceituar os remédios constitucionais, ou seja, as ações constitucionais previstas na Constituição Federal de 1988 que são o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção e ação popular.

Já a Ação Civil Pública pode ser considerada uma ação constitucional, sendo o entendimento de pequena parte da doutrina constitucionalista. Os que entendem ser a Ação Civil Pública uma ação constitucional esclarecem no sentido de que prevendo a constituição o legitimado para a propositura dessa ação, que no caso é o Ministério Público, logicamente está implícito este remédio constitucional.⁹ Desse modo, apenas a título de informação, discorre-se sobre esta ação, que não deixa de ser fundamental para a busca prática dos direitos sociais.

4.1.1 Habeas Corpus

O habeas corpus trata-se de uma ação penal constitucional e, é uma “garantia individual ao direito de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, fazendo cessar a ameaça ou a coação à liberdade de locomoção, em sentido amplo, o direito do indivíduo de ir, vir e ficar”, (MORAIS, 2006, p.112). Este remédio constitucional possui duas espécies e está previsto no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal de 1988, sendo um chamado de habeas corpus preventivo que se caracteriza num salvo conduto para o indivíduo. A outra espécie de habeas é o repressivo, que objetiva cessar o desrespeito a liberdade de locomoção do indivíduo.

⁹ Augusto Zimmermann (2002, p.261) entende que muito embora a ação civil pública não esteja prevista no Título II da Constituição, referente aos direitos e garantias fundamentais, deve ser alinhada aos demais remédios constitucionais ali existentes.

Quanto aos legitimados ativos do habeas corpus, por ser um atributo da personalidade, não se exige a capacidade de estar em juízo, nem a capacidade postulatória, podendo qualquer individuo fazer uso em beneficio próprio ou alheio.

4.1.2 Habeas Data

O habeas data é segundo Alexandre de Moraes (2006, p.128):

Direito que assiste a todas as pessoas de solicitar judicialmente a exibição dos registros públicos ou privados, nos quais estejam incluídos seus dados pessoais, para que deles se torne conhecimento e, se necessário for, sejam retificados os dados inexatos ou obsoletos ou impliquem discriminação

O habeas data pode ser impetrado tanto por pessoa física, seja brasileira ou estrangeira, como também por pessoas jurídicas. Essa ação constitucional de natureza civil está prevista no artigo 5º, inciso LXXII da constituição e tem o seu procedimento previsto na lei 9.507, de 12 de novembro de 1997.

4.1.3 Mandado de Segurança

O mandado de segurança é uma ação constitucional de natureza civil, sendo ele subdividido em duas espécies: O mandado de Segurança individual e o mandado de segurança coletivo.

O mandado de segurança individual é uma ação, “com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”, (SILVA, 2004, p.446). O mandado de segurança individual está previsto no artigo 5º da

Constituição de Federal de 1988 e pode ser impetrado pelo titular do direito líquido e certo, desde que não esteja amparado por habeas corpus ou habeas data. Esse titular pode ser pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, domiciliado ou não em nosso País, como também podem ser titulares as universalidades reconhecidas por lei, como as massas falida, o espólio, além dos órgãos públicos despersonalizados, que são dotados de capacidade processual, como as chefias do Poder Executivo, mesas do congresso, senado, câmara, etc.

O mandado de segurança tem o seu procedimento regulamentado na lei 12.016, de 07 de agosto de 2009, prevendo a forma do seu trâmite processual, objetivado atingir a sua finalidade para o qual foi posto no texto constitucional, sendo o rito tanto do mandado de segurança individual, quanto do mandado de segurança coletivo.

O mandado de segurança coletivo também é uma ação constitucional que visa a garantia dos direitos subjetivos líquidos e certos, sendo um modo de realização de direitos das coletividades inteiras. Este mandado constitucional tem sua previsão no artigo 5º, inciso LXX da constituição federal de 1988 e pode ser impetrado por "partidos políticos com representação no Congresso Nacional, por organização sindical e por entidades de classes ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados".

O mandado de segurança segundo José Afonso da Silva (2004, p.457):

Assenta-se em dois elementos: um, institucional, caracterizado pela atribuição da legitimação processual as instituições associativas para a defesa de interesses de seus membros ou associados; outro, objetivo, consubstanciado no uso do remédio para a defesa de interesses coletivos.

Essas entidades representativas objetivam defender os direitos e interesses dos seus membros. Nesse sentido José Afonso da Silva (2004, p.457) citando Celso Agrícola Barbi entende que a "legitimação dessas entidades de classe e associações se destina a reclamar direitos subjetivos individuais dos membros dos sindicatos e dos associados de entidades de classe e associações".

4.1.4 Mandado de Injunção

O mandado de injunção no entendimento de Paulo Bonavides (2004, p.551), "serve para remover inconstitucionalidade por omissão em matéria de direitos subjetivos constitucionais exarados na Carta Magna, ocorrendo sempre em casos concretos ou incidentalmente em uma lide." Tal mandado está previsto no artigo 5º, inciso LXXI da constituição Federal de 1988, assim prevendo: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." O objeto do mandado de injunção é assegurar o exercício de qualquer direito constitucional, seja individual, coletivo, político ou social, não regulamentado; assegurar a liberdade constitucional não regulamentado e as prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Os pressupostos do mandado de injunção são a falta de norma regulamentadora do direito, liberdade ou prerrogativa reclamada, como também ser o impetrante beneficiário do direito, da liberdade ou prerrogativa que postula em juízo.

4.1.5 Ação Popular

A ação Popular é uma ação de natureza coletiva, destinada a anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A ação popular tem sua previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXXII da Carta Magna, que assim prevê:

qualquer cidadão é parte legítima para propor a ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

De acordo com José Afonso da Silva (2004, p.461), a ação popular “se manifesta como uma garantia coletiva na medida em que o autor popular invoca a atividade jurisdicional, por meio dela, na defesa da coisa pública, visando a tutela de interesses coletivos, não de interesse pessoal.”

A ação popular é um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstancia no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, em que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente”.

4.1.6 Ação Civil Pública

Esta ação coletiva tem sua previsão constitucional no artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988 e, é regulamentada pela lei 7.347, de 24 de julho de 1985. É assente na doutrina e na jurisprudência que o objeto da ação civil pública abarca quaisquer direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais, uma vez que a defesa judicial promovida por meio de tais ações não se esgota nas hipóteses contempladas no artigo 1º da lei 7.347/85.

A ação civil pública é um instrumento processual destinado à proteção de interesses difusos da sociedade e, excepcionalmente, para a proteção de interesses coletivos e/ou individuais homogêneos. Tal instrumento não serve para amparar direitos meramente individuais, salvo, algumas exceções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Há por bem, neste momento conceituar interesse coletivo, uma vez que existe similitude com direito social, sendo aquele transindividual, mas pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo-os uma mesma base jurídica, ou seja, uma relação jurídica base.

Assim, estando o legitimado ativo, expressamente mencionado na Constituição Federal e, esta aplicar o *nomen jûris* ação civil pública, dá-se, portanto, a natureza constitucional a essa ação.

4.2 Ações Ordinárias

Mas como a questão jurídica da moradia tem também uma dimensão privatista e patrimonial, configuração mais clássica do direito civil, também vetustas ações judiciais que se prestam a tutela desse direito. Assim, apesar da dimensão jurídico-política do direito à moradia como se depreende do tratamento constitucional, a matéria tem um viés privatista, de direito patrimonial e disponível e, portanto, exigível e judicializável pelas vias ordinárias e não apenas constitucionais.

Com o objetivo de assegurar à moradia a quem já se encontra residindo em um determinado local se protegendo de diversos fatores que afetam ao ser humano, necessário se faz discorrer sobre algumas ações que visam a assegurar a permanência do indivíduo na sua moradia.

Vale evidenciar nesse momento que as ações tem por objeto a moradia, sejam através das ações possessórias, bem como através das ações de proteção da propriedade, mas com isso não se esgota todas elas, sendo também o uso uma forma, que, apesar de não está insito em todos os direitos inerentes a propriedade, resguarda os seus direitos de usar corretamente.

Torna-se interessante aqui destacar apenas ações que tem por objeto a moradia, uma vez que são essenciais como forma de fazer com que o indivíduo permaneça no seu local onde se encontra ali residindo.

Com relação a posse temos as ações manutenção da posse, reintegração da posse e os interditos proibitórios. Mas antes é imprescindível conceituar a figura do possuidor, como sendo todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade, com previsão no artigo 1196 do Código Civil Brasileiro.

4.2.1 Ação de Manutenção, Ação de Reintegração de posse e Interdito Proibitório

A ação de manutenção da posse visa a permanência ou a continuação do individuo no bem que esta sendo objeto de turbação. “A turbação é todo ato que embaraça o livre exercício da posse” (GONÇALVES, 2008, p.131).

A reintegração da posse é a ação que objetiva recuperar a posse perdida por esbulho. “O esbulho consiste no ato pelo qual o possuidor se vê privado da posse mediante violência, clandestinidade ou abuso de confiança, acarretando, pois, a perda da posse contra a vontade do possuidor” (GONÇALVES, 2008, p.133).

Tanto a manutenção como a reintegração da posse tem a sua previsão legal no artigo 926 do Código de Processo Civil de que o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no caso de esbulho¹⁰.

Para o ajuizamento dessas ações é necessário o preenchimento dos requisitos da sua posse, da turbação ou esbulho praticado pelo réu, a data da turbação ou esbulho e a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração, de acordo com o artigo 927 e seus incisos de I à IV do CPC.

O interdito proibitório é uma ação preventiva da posse, uma vez que é usada como meio de o possuidor direito ou indireto se proteger da turbação ou esbulho iminente, mediante mandado proibitório, em que se pode cominar ao réu determinada pena pecuniária, caso transgrida o preceito, conforme o artigo 932 do Código de Processo Civil.

Existe ainda outra ação voltada para a proteção dos mais completos dos direitos subjetivos que é do direito da propriedade, sendo este um dos mais

¹⁰ Vale destacar numa análise mais crítica sobre essas ações que a turbação ou esbulho são situações fáticas que podem afetar a moradia, mas que podem ser praticadas por agentes distintos: ou outro pretendente à posse ou o proprietário inclusive, se prevalece uma interpretação da posse no contexto dos direitos sociais.

importantes dos direitos reais e com isto visa a proteção da propriedade moradia do indivíduo.

4.2.2 Ação reivindicatória

A ação reivindicatória é aquela em que o proprietário tem a faculdade de perseguir a coisa onde quer se encontre e em poder de quem a detenha essa coisa. Nesse mesmo sentido é o entendimento manifestado por Carlos Roberto Gonçalves (2008, p.209):

A ação reivindicatória tem o caráter essencialmente dominial e por isso só pode ser utilizada pelo proprietário, por quem tenha *jus in re*. Nessa ação o autor deve provar o seu domínio, oferecendo prova inconcussa da propriedade, com o respectivo registro, e descrevendo o imóvel com suas confrontações, bem como demonstrar que a coisa reivindicada se encontra na posse do réu.

Há a necessidade de fazer uma distinção entre a ação reivindicatória e a ação de imissão na posse, pois na ação reivindicatória o autor pede o domínio e posse, podendo o réu, neste caso, opor contra o proprietário qualquer defesa, tanto sobre a posse, como também sobre a propriedade. Já na ação de imissão na posse o autor não pretende discutir a propriedade, uma vez que esta já se tem como certa, e pretende apenas a consolidação da posse, cabendo ao réu argüir a nulidade da aquisição da propriedade pelo seu dono, bem como uma justa causa para reter o imóvel.

O direito real de uso tem sua relação com a moradia, porquanto pode qualquer indivíduo ser usuário de um imóvel, fazendo deste imóvel a sua moradia. Segundo Silvio Salvo Venosa (2007, p.460):

O uso representa o *ius utendi* por inteiro, consagrando o direito de retirar da coisa tudo que for suscetível, sem receber nenhum fruto. O usuário poderia servir-se da coisa, porém não poderia ceder o seu exercício, porque o preço do aluguel seria fruto civil.

Assim, pode-se afirmar que o usuário tem apenas o simples direito de usar de coisa alheia. Por já ter sido destacado o significado de uso e habitação no capítulo anterior, torna-se necessário averiguar as possíveis ações relacionadas a tais institutos.

Tanto no caso do uso, como na habitação, podem os titulares valer-se da ação reivindicatória no exercício do direito de seqüela. Eles podem reivindicar a coisa do proprietário ou de terceiro. Caso os titulares já possuam a posse podem utilizar-se dos meios possessórios. "Ainda podem ajuizar a ação de preceito cominatório para obrigar a entrega da coisa" (VENOSA, 2007, p.464).

4.3 Ações Declaratórias

A ação declaratória está prevista no artigo 4º do Código de Processo Civil, prestando à declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Esta visa um acerto de uma relação jurídica, na declaração judicial acerca de um direito em litígio.

Partindo do significado de ação declaratória faz-se por bem analisar as ações declaratórias prevista no nosso ordenamento jurídico, principalmente as que têm uma grande importância para o direito social à moradia. Nas situações de ocupação irregular, mas, de longa data e desconhecidos os titulares do imóvel, as declaratórias constituem as únicas provas, colhidas em juízo, para suprir a carência de documentos formais.

4.3.1 Ação de Usucapião

Apesar de haver no ordenamento jurídico brasileiro espécies variadas de usucapião, o que interessa para os efeitos de efetivação do direito social à moradia é aquele previsto na Constituição Federal, art. 183.

A ação de usucapião, que está prevista no artigo 183 da Constituição Federal de 1988, prevê os requisitos necessários para aquisição por parte do possuidor do imóvel urbano ou rural que encontra em sua posse. Esta ação também está regulamentada no Estatuto das Cidades, mostrando-se a sua importância e tendo a sua finalidade voltada para a efetivação da moradia, impondo alguns requisitos para seu deferimento.

Esta espécie de ação figura como uma ação individual, estando também prevista no artigo 9º do Estatuto das Cidades, já que foi positivado na Constituição Federal.

Outra espécie de usucapião é o coletivo que foi uma inovação do Estatuto das Cidades, visando o amparo da coletividade de moradores e utentes de imóveis. Tal possibilidade manifesta o interesse de na gestão dos espaços urbanos se resolverem problemas que levariam muito tempo e com a referida ação pode ser dada uma resposta em um curto espaço de tempo, além de evitar excessivas ações. Esta espécie tem sua previsão no artigo 10 do Estatuto das Cidades e devido a sua importância merece aqui se transcrito integralmente:

Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

A ação de usucapião coletiva condiciona o seu exercício quando não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, caso estes não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural, os titulares, assim, serão identificados, pois são os membros da comunidade, representados pela associação em juízo, regularmente constituída, com personalidade jurídica, e explicitamente autorizada pelos representados, conforme o artigo 12, inciso III da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Esta autorização de representação pode ser através de uma ata de reunião em que os membros concordam em demandar judicialmente os seus direitos, buscando a defesa de seus interesses, no caso, a sua moradia.

Observa-se ainda que a condição de não ser proprietário de imóvel urbano ou rural, deve servir como uma das condições associativas, servindo como uma prova pré-constituída, aliás, pela própria condição destas comunidades, é automaticamente preenchido este requisito previsto pelo legislador no organismo associativo.

4.3.2 Ação Cautelar

Outra ação judicial importante é a ação cautelar que "presta-se a jurisdição apenas para proteger o bem ou o direito a ser disputado pelas partes na ação principal, permitindo a sua higidez, evitando venha a se deteriorar." (MOTENEGRO FILHO, 2007, p.150).

Esta ação não visa efetivar o direito social à moradia, mas sim proteger o bem, que no caso seria a moradia daquele que porventura esteja na iminência de perdê-lo e com o exercício deste instrumento tem a garantia de permanecer na sua moradia enquanto haja o desfecho final em outro processo.

Segundo Misael Montenegro Filho (2007, p.150), essa ação "é de conservação do direito, não o declarando, finalidade própria da demanda de conhecimento. Assim, não fosse a ação cautelar assumiria a feição de ação satisfativa, o que é impróprio, pelo menos de forma geral".

4.4 Demandabilidade do Direito à Moradia

A demandabilidade dos direitos sociais não é unânime na doutrina, no entanto boa parte dos estudiosos brasileiros e estrangeiros tem se manifestado no sentido de que é plenamente possível a sua demandabilidade, onde encontra respaldo legal na Constituição Federal de 1988.

Nas interpretações dos direitos sociais no que se refere a sua efetividade através de demandas perante o Poder Judiciário, há divergência da

doutrina, mas aos poucos se percebe que esse entendimento está se transformando, ou seja, mudando para sua possibilidade de demandar. Nesse mesmo sentido tem sido a percepção de Marcelo Novelino (2009, p.483):

O discurso contrário à eficácia positiva dos direitos sociais, outrora predominante em nossa doutrina e jurisprudência, vem sendo gradativamente substituído por uma postura mais ativista do Poder Judiciário no sentido de conferir a merecida efetividade a esses direitos fundamentais. Embora alguns direitos sociais tenham apenas uma dimensão objetiva, a grande maioria, na qualidade de direitos fundamentais possui também uma dimensão subjetiva, conferindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado determinadas prestações materiais.

Essa mudança de postura da doutrina vem, sobretudo, dar concretude aos direitos que já eram previsto na constituição, de modo que uma vez não realizados espontaneamente pelo Poder Executivo, surgem para os seus destinatários o direito de recorrer ao Poder Judiciário, para que só assim sejam aplicados.

Os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna, onde se prevê no artigo 5º, §1º que tais direitos devem ter aplicação direta e imediata e dentro do sistema normativo constitucional é descabida e desnecessária qualquer ação do legislativo para a sua implementação, como já destacado. Nesse sentido Dirley da Cunha Júnior (2009, p.627) tem se manifestado, ampliando para o fato de tais direitos não serem efetivados, abre-se a possibilidade de sua demanda judicial, assim argumentando:

Isso significa que a norma-princípio do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada a sua efetivação.

O autor ainda concluindo o seu pensamento, acrescenta quanto a postura do Poder Judiciário em relação a violação de tais normas (idem, p. 267):

Com isso, defendemos a tese de que, em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário, valendo-se de um autêntico dever-poder de controle das omissões do poder público, desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa.

A atuação do Poder Judiciário nas áreas que poderia assim dizer específicas de outros poderes relativiza-se com o princípio do ativismo judicial, sendo este encenado numa maior participação do juiz nos processos coletivos, resultante da presença de forte interesse públicos primários em tais causas, principalmente no controle judicial de políticas públicas. Esse princípio não vai de encontro ao princípio consagrado da separação dos poderes, previsto na Constituição Federal de 1988, podendo tais princípios serem plenamente aplicados, dentro de certa razoabilidade e proporcionalidade em que se aplica a qualquer decisão.

Pode-se ressaltar que qualquer indivíduo pode acionar o Estado através das vias judiciais, assim, “não existe, ao ângulo técnico-jurídico, qualquer obstáculo a que se mova contra o Estado uma ação que tenha como objetivo uma obrigação de fazer, inclusive com a cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença” (BARROSO, 2006, p.144).

No que diz respeito a efetivação do direito social à moradia, através das vias judiciais, observa-se que uma vez esteja previsto na constituição, deve o Estado dispor de certos direitos aos seus destinatários e não há nenhum obstáculo para sua exigibilidade. Nesse mesmo sentido a doutrina especializada de Victor Abramovich e Cristhian Courtis (2002, p.132-133) assenta que:

Cuando la conducta exigible del Estado en materia de derechos económicos, sociales y culturales resulta claramente determinable, no existe impedimento teórico para considerar que estos derechos son directamente exigibles por via judicial, bien a partir del reclamo individual, bien a través de la articulación de un reclamo colectivo. En los casos en los que la violación de la obligación estatal resulte clara, y la conducta debida por el Estado para reparar la violación pueda señalarse sin dificultad, la acciones judiciales deben estar dirigidas a obtener del Estado la realización de la conducta debida para reparar

la violación del derecho, del mismo modo que frente a la violación de cualquier derecho civil o político.

No entanto alguns doutrinadores entendem no sentido de que tais direitos têm obstáculos para efetivação e divergem quanto a possibilidade de demandá-lo judicialmente. Nesse sentido se manifesta Gustavo Amaral (1999, p.113):

Pretender que as prestações positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as conseqüências financeiras e eventuais impossibilidades do erário é divorciar tais prestações de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá...voltados para um estado de equilíbrio social, incompatível com a total desestabilização das finanças públicas.

Apesar de tal pensamento contrário, o Poder Judiciário tem legitimidade para intervir nas ações do Executivo, se assim não fosse seria desconsiderar o valor do texto legal da Carta Magna. Esse é o pensamento de Luis Roberto Barroso (2006, p.150):

Quem militar no entendimento de que não cabe ao Judiciário interferir em questão que, por sua natureza, é essencialmente política e econômica, deve defender, como conseqüência, a supressão do dispositivo ou a sua conversão em regra programática. O que desafia a seriedade com que deve ser tratada a Constituição é o raciocínio fundado em que não vale o escrito

Com base na previsão do art. 5º, §1º da Constituição, convém asseverar que a ausência de concretização jamais poderá representar óbice à aplicação imediata dos direitos fundamentais, combinando com o art. 5º, inciso XXXV, principio da inafastabilidade da jurisdição. Nessa trilha se manifesta Dirley da Cunha Júnior (2009, p.629):

O Judiciário não apenas está investido do indeclinável dever de garantir a plena eficácia dos direitos fundamentais, como está autorizado a remover eventual lacuna decorrente da falta de concretização, podendo se valer, para tanto, dos meios fornecidos pelo próprio sistema jurídico positivado, que contempla norma do art. 4º da LICC.

Há entendimentos, como vistos, que os direitos sociais podem ser demandados judicialmente, estando o direito social à moradia entre eles, poderá também logicamente ser objeto de demanda judicial, caso não seja aplicados voluntariamente pelo Poder Executivo.

A efetivação dos direitos sociais, segundo uma parte da doutrina deve-se prescindir de uma disponibilidade de recursos financeiros nos cofres do Estado para a sua aplicação, levando-se em consideração a integração da teoria da reserva do possível. Essa teoria é uma criação alemã que jamais deverá ser posta no nosso ordenamento jurídico. Assim entende Dirley da Cunha Júnior (2009, p.735):

Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições socioeconômicas do País em que se desenvolveram, de modo que é impossível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.

Esclarecedor sobre a possibilidade de demanda judicial e o controle que o Judiciário deve exercer nas políticas públicas é uma decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45¹¹. Com maestria se manifestou o Ministro:

A omissão do Estado que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais

¹¹ Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 ARGTE: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB ARGDO: Presidente da República Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 de abril de 2004. Disponível em: < www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_nacional> Acesso em: 02 de mar de 2011.

na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto consoante já proclamou esta Suprema Corte que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

O Ministro ressalta ainda que a cláusula da reserva do possível não pode ser um argumento correto para justificar a não efetivação dos direitos sociais pelo Estado. Continua o relator, Ministro Celso Melo:

Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível", ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar)

Desse modo, observa-se que a doutrina e a jurisprudência tem se mostrado sensível a aplicação dos direitos sociais, aceitando a possibilidade de o Judiciário interferir na fruição dos direitos sociais e conseqüente imposição do dever jurídico ao Estado ou a outro obrigado particular.

4.5 Jurisprudência Sumular e Ementas

A jurisprudência pátria não se tem chegado a um entendimento consensual no que diz respeito a aplicação dos direitos sociais, através do Poder Judiciário no exercício da atividade jurisdicional, tendo de certo modo que interferir nas ações planejadas pelo Poder Executivo.

Até o momento não há na jurisprudência nenhuma sumula, quando se refere ao objeto de demanda exclusivo o direito social à moradia, uma vez que isso só acontecerá a partir do momento em que os juízes e os tribunais forem provocados a se manifestarem sobre o direito social à moradia.

Mas existem súmulas que indiretamente protegem a quem se encontra residindo em determinado imóvel. A súmula que tratam de tal problema é a Súmula 80 do STF, com a seguinte redação: "Para a retomada de prédio situado fora do domicílio do locador, exige-se a prova da necessidade". Outra sumula que visa assegurar o indivíduo na sua residência é a súmula 237 do STF, que segue transcrita: "O usucapião pode ser argüido em defesa".

Há de ressaltar que já existe na jurisprudência posições que merecem ser invocadas em relação à aplicação imediata dos direitos sociais, tendo, desse modo, sido destacado o direito social à moradia como fundamental e sobrepondo sobre outros consagrados como o direito a propriedade. Desse modo, torna-se necessário especificar a ementa que segue transcrito abaixo:

PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE – INDEFERIMENTO DE LIMINAR – DIREITO DE MORADIA QUE SE SOBREPÕE AO DIREITO DE PROPRIEDADE - AUSÊNCIA DE DANO DE IMPOSSÍVEL OU DIFÍCIL REPARAÇÃO.

Decidiu o Juízo a quo, em ação de reintegração de posse, indeferir o pedido de liminar, argumentando que, numa ponderação dos interesses a serem considerados no caso em exame, o direito constitucional a ser primeiramente protegido é o de moradia, já que não existe risco para a Autora de dano irreparável ou de difícil

reparação.-Irretocável, portanto, a decisão agravada.- Agravo de instrumento desprovido¹².

Como visto, na jurisprudência há entendimento, que apesar de não ser o dominante, mais se tem posto o direito social a moradia como essencial para o ser humano, capaz de prevalecer sobre outros não menos importantes, dando assim, a sua efetiva condição de direito fundamental e em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto à aplicação dos direitos sociais através a atividade jurisdicional, tem-se decisões na jurisprudência que impõe medidas a serem adotadas e executadas pelo Poder Executivo, fazendo com que os direitos sociais previsto na Carta Magna não seja apenas um escrito qualquer e sim tenha realmente efetividade na sociedade, em razão daqueles que estão ausente destes direitos.

¹² Agravo de Instrumento; UF: RJ; Registro Número: 2002.02.01.046023-1; Agravado:Jorgete Rocas de Figueiredo; Agravante: Caixa Econômica Federal - CEF; Tribunal Regional Federal da 2ª Região; Relator(a): Desa. Federal Vera Lúcia Lima – Julgado em 9 de dezembro de 2003.

5 CONCLUSÃO

Os Direitos Sociais estão positivados expressamente no nosso ordenamento jurídico, inserido no capítulo II do título II dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 e dentre os direitos sociais está o direito social à moradia previsto no artigo 6º, juntamente com outros direitos como a saúde, a educação, o trabalho, a segurança etc.

O Brasil apresenta um grande déficit habitacional, principalmente na parcela da população de baixa renda, onde diversas pessoas se encontram em extrema carência de moradias, vivendo em condições inadequadas e subumanas, debaixo de pontes, viadutos, estando ainda, expostos a todos os tipos de fatores naturais como sol, chuva, calor etc.

Apesar dos governos terem buscado implementar políticas públicas destinadas a disponibilizar moradias para os cidadãos, tais políticas tem se mostrado insuficientes para atender a todos aqueles que necessitam de moradias. No entanto, o Estado tem o dever de disponibilizar moradias para todos, aplicando o mandamento constitucional, previsto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, onde prevê que a norma definidora de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata, assim, não necessita de qualquer regulamentação de atribuição do Poder Legislativo para a devida efetivação do direito social à moradia.

O Poder Executivo encarregado da obrigação de dispor de moradias para todos, tem sido defendido por alguns doutrinadores, com o argumento de que para efetivar tal direito tem um custo alto e, não há disponibilidades de recursos nos cofres públicos, devendo-se aplicar a teoria da reserva do possível. Essa teoria, no entanto, não deve ser aplicada no nosso ordenamento jurídico por esse ter condições socioeconômicas adversas da qual a teoria foi criada, como no caso do ordenamento jurídico alemão.

Por outro lado, a doutrina especializada manifesta que o fator custo, não pode ser um obstáculo para impedir a aplicabilidade dos direitos sociais pelo Poder Executivo, podendo o direito social à moradia ser demandado judicialmente.

Não dispondo o Estado espontaneamente de moradias para quem precisa, surge o direito de buscar a via jurisdicional para a efetivação de tal direito, assim, o Poder Judiciário tem legitimidade para a apreciação de demanda nesse sentido, uma vez que conforme art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Esta atuação do judiciário interferindo nas políticas públicas do executivo não fere o principio da separação dos poderes, apenas cumpre com as suas atribuições previstas no ordenamento jurídico.

Ainda que o Poder Judiciário tenha legitimidade, tem-se entendido que não há um meio específico para garanti-lo e demandá-lo judicialmente o direito social à moradia, mas alguns doutrinadores têm pensado diferente. Pode e deve o Judiciário, utilizando-se, caso a lei seja omissa, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, conforme art. 4º da LICC, para a efetivação de qualquer direito garantido constitucionalmente, especificamente à moradia. Expressamente no artigo 5º da mesma LICC, se determina que ao decidir e aplicar a lei "o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", sendo-lhe vedado não decidir, a vedação do *non liquet*.

Portanto, caso o direito social à moradia não esteja à disposição de quem necessitar de moradia, qualquer individuo pode acionar o Poder Executivo através das vias judiciais, fazendo valer o previsto na Carta Magna e não deixando como simples escritos ou promessas constitucionais, sendo plenamente possível a demanda judicial do direito social à moradia no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor, COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**, Madrid: Trotta, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14.ed. São Paulo:Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidade de Constituição Brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro:Renovar, 2006.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Diário da Câmara dos Deputados. Brasília, 15 de dezembro de 1998. Disponível em <www.camara.gov.br> Acesso em: 17 de mar de 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**.3.ed.rev.,ampl.,atual. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 14.ed.,ver. Atual. e ampl.- Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, no Grupo de Trabalho: "Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)?" realizado na Pontifícia Universidade Católica-SP, em dezembro de 1999. Disponível em :< www.ajufergs.gov.br> Acesso em:15 de dez de 2010.

DECONCIC- Departamento da indústria da construção civil da Fiesp - 2010 - Disponível em < www.fiesp.org.br > Acesso em :03 de mar de 2011.

FILHO, Agassiz; CRUZ, Danielle da Rocha.(Coord). **Estudo de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mario Moacyr Porto/** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume I: parte geral. 8.ed.rev.,atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. volume V: direito das coisas. 2. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2.ed., São Paulo: SRS Editora, 2008.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 4.ed. 2.reimpr.-São Paulo: Atlas, 2007.

MELO, Celso de Albuquerque (et. Al). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MELGARÉ, Plínio Saraiva. (Um olhar sobre os direitos fundamentais e o Estado de Direitos – breves reflexões ao abrigo de uma perspectiva material) In:ALMEIDA

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 20.ed. São Paulo:Atlas, 2006.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3.ed.rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, São Paulo: Método, 2009.

PISARELLO, Gerardo. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria, 2003.

REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

Supremo Tribunal Federal Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 ARGTE: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB ARGDO: Presidente da República Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 29 de abril de 2004. Disponível em: <www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_nacional> Acesso em: 02 de mar de 2011.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VENOSA, Silva de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. 7.ed.-São Paulo: Atlas, 2007. (coleção direito civil; v.5).

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LEGISLAÇÃO CITADA

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 03 de mar de 2011.

_____. **Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 03 de mar de 2011.

_____. **Estatuto do Idoso**. Lei nº 10.741 de 01 de outubro de 2003. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de mar de 2011.

_____. **Estatuto das Cidades**. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 13 de mar de 2011.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de julho de 1990. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 14 de mar de 2011.

_____. **Lei nº 8.245 de 18 de outubro de 1991**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 de mar de 2011.

_____. **Lei nº 12.112 de 09 de dezembro de 2009**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 10 de mar de 2011.

**ANEXO A – TABELA DO DÉFICIT HABITACIONAL URBANO NA PARCELA
DA POPULAÇÃO DE RENDA MAIS BAIXA, SEGUNDO REGIÕES
GEOGRÁFICAS, UNIDADES DA FEDERAÇÃO E REGIÕES
METROPOLITANAS (RMS)-BRASIL-2007**

ESPECIFICAÇÃO	RENDA MÉDIA FAMILIAR MENSAL DA PARCELA MAIS POBRE			DÉFICIT HABITACIONAL URBANO DA PARCELA MAIS POBRE		
	EM REAIS	EM S.M	percentual do total dos domicílios urbanos	absoluto	percentual do total do déficit habitacional urbano	percentual no total dos domicílios mais pobre
Norte			..	195.434	39,7	50,4
Rondônia	380	1,0	15,4	21.387	46,9	40,7
Acre	380	1,0	15,9	9.409	54,5	48,4
Amazonas	380	1,0	15,2	49.215	41,3	51,5
Roraima	372	1,0	10,1	4.209	29,1	45,9
Pará	370	1,0	10,0	78.478	35,1	54,4
RM Belém	380	1,0	14,2	40.349	44,3	51,5
Amapá	380	1,0	13,8	14.412	49,9	73,3
Tocantins	380	1,0	16,7	18.324	42,5	39,2
Nordeste				554.340	37,8	52,0
Maranhão	220	0,6	10,1	78.392	32,4	70,3
Piauí	250	0,7	10,2	34.389	45,2	65,3
Ceará	244	0,6	10,1	81.479	35,9	45,6
RM Fortaleza	350	0,9	10,4	44.691	37,3	46,0
Rio Grande do Norte	295	0,8	10,0	36.842	42,6	56,6
Paraíba	240	0,6	10,3	41.552	42,4	50,4
Pernambuco	232	0,6	10,1	85.155	37,5	44,0
RM Recife	262	0,7	10,0	46.456	35,8	43,3
Alagoas	220	0,6	10,0	30.329	33,6	50,1
Sergipe	312	0,8	10,0	28.868	47,4	61,5
Bahia	282	0,7	10,0	137.334	38,2	49,9
RM Salvador	360	0,9	10,1	137.334	36,0	48,9
Sudeste				783.507	35,1	30,0
Minas Gerais	380	1,0	12,3	182.698	39,3	29,1
RM Belo Horizonte	400	1,1	10,9	42.533	32,9	25,7
Espírito Santo	380	1,0	11,1	34.841	38,7	35,1
Rio de Janeiro	400	1,1	11,1	151.586	32,1	26,7
RM Rio de Janeiro	400	1,1	10,5	113.156	30,1	27,1
São Paulo	500	1,3	10,6	414.382	34,4	31,4
RM São Paulo	500	1,3	10,6	210.121	33,9	32,7
Sul				229.665	37,2	30,1
Paraná	430	1,1	10,1	90.814	37,7	31,8
RM Curitiba	500	1,3	10,1	33.185	39,0	35,2
Santa Catarina	600	1,6	10,9	52.531	41,9	30,2
Rio Grande do Sul	402	1,1	10,0	86.320	34,4	28,5
RM Porto Alegre	450	1,2	10,3	44.763	34,8	32,8
Centro Oeste				148.398	38,0	33,5
Mato Grosso do	380	1,0	11,4	21.608	33,9	30,1
Mato Grosso	380	1,0	12,8	25.188	38,0	29,4
Goiás	380	1,0	13,2	62.973	40,6	29,5
Distrito Federal	480	1,3	10,2	38.629	36,6	53,5
Brasil				1.911.344	36,8	36,2
Total das RMs				625.320	34,4	34,0

Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), 2007.

Notas: a) no cálculo do déficit habitacional o componente coabitação familiar inclui apenas as famílias conviventes que declararam intenção de constituir novo domicílio; b) s.m.: salário mínimo