

A TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À MORADIA

KALINE FERREIRA DAVI
Advogada da União no NAJ/BA;
Especialista em Direito do Estado e
Mestranda em Direito Público pela UFBA.

Sumário: 1 Introdução; 2 O Direito à Moradia como Norma Fundamental; 3 A Força Normativa do Direito à Moradia; 4 O Direito à Moradia como Direito Transindividual; 5 O Direito à Moradia como Objetivo do Estado Social; 6 Conclusão; 7 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, foi introduzido no art. 6º da Constituição da República de 1988 o direito à moradia. Esse dispositivo constitucional elenca os direitos sociais e está inserido no Título II – Dos direitos e Garantias Fundamentais, antecedido pelo art. 5º que contempla os direitos e deveres individuais e coletivos.

A idéia basilar desse trabalho é inserir o direito à moradia como integrante do mínimo existencial, para que alguém possa exercer sua qualidade de ser humano digno, pois não há dúvida de que aqueles que habitam as praças, pontes, viadutos, palafitas e invasões não têm como desfrutar dignamente de sua existência como pessoa; conseguem apenas sobreviver por um tempo, mas, pelo menos enquanto permanecerem sem um verdadeiro teto, não terão a salvo sua dignidade.

Analisar-se-á a força normativa do dispositivo constitucional que elenca o direito à moradia como direito social e a forma de sua tutela jurisdicional, bem como será indicado onde esse direito está situado, se na cooperação do bem-estar social ou no desenvolvimento econômico do País.

2 O DIREITO À MORADIA COMO NORMA FUNDAMENTAL

Até 14 de fevereiro de 2000 não existia no art. 6º da Constituição da República nenhuma menção ao direito social de moradia, o que foi acrescentado pela Emenda Constitucional nº 26, que inseriu a moradia ao lado de outros direitos, como educação, saúde, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados.

Mesmo antes da EC nº 26 a Constituição já se preocupava com o direito à moradia, o que pode ser

verificado em vários dispositivos constitucionais, como os arts. 21, XX, 23, IX, 30, VIII, nos quais o titular do poder constituinte já estabelecia competências para a União, Estados e Municípios desenvolverem programas de construção de moradias e melhoria das condições de habitação existente, inclusive de saneamento básico.

Além disso, sob o mesmo título dos direitos fundamentais são encontradas na Constituição normas tutelando o direito à moradia, como no art. 5º, XI, que garante a casa como asilo inviolável do indivíduo, e no art. 7º, IV, no qual o legislador constituinte se refere à moradia como necessidade vital básica do ser humano, ao lado da alimentação.

Por tudo isso, erigir o direito à moradia, como direito social fundamental à dignidade da pessoa humana, foi uma tarefa obrigatória para a legitimação da Constituição escrita em relação à verdadeira Constituição, a Constituição essência, repositório de aspirações sociais.

A função exercida pelo legislador constituinte é uma função de potência; e o órgão incumbido da alteração constitucional exerce apenas uma competência constitucional, contudo, todos os dois – legislador originário e de alteração – estão sujeitos a limites, muito mais extensos em relação aos que exercem apenas uma competência, mas também presentes e

limitadores em relação ao legislador constituinte originário.¹

Esses limites, extensivos também ao legislador constituinte, estão no direito suprapositivo que impõe limites transcendentais à ordem constitucional positivada, que são: as aspirações da sociedade civil e os direitos e garantias fundamentais do homem, preservados no direito internacional.

Quanto ao direito internacional, este já previa há muito a garantia do direito à moradia, conforme demonstraremos, citando alguns dos principais diplomas legais internacionais:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos que, no art. XXV, prescreve:

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

Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, em seu art. 11, dispõe:

Decreto 591, de 06 de julho de 1992.

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si

¹ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993. p. 38.

próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e *moradia* adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. (grifo nosso)

Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial que, no seu art. V, estabelece:

De conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados Partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: [...]

(e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente.

Além desses documentos, a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976); Declaração sobre o Desenvolvimento (1986); e a Agenda 21 (1992) prescrevem o direito à moradia como um direito fundamental.

Dessa forma, demonstramos que os preceitos assegurados pelo comprometimento internacional vinculam o Estado de tal forma que até o poder constituinte tem submissão como limite, quanto mais a competência do órgão de alterações, que, ao elaborar a emenda constitucional apenas positivou o que já era um impositivo de direito.

Além do direito internacional, também caracterizam o direito suprapositivo limitador da função do legislador constituinte as aspirações sociais. Como ensinou Lassale,² a essência de uma Constituição é a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação, e uma vez convertidos esses fatores em palavra numa folha de papel, elas adquirem status de Constituição jurídica ou Constituição escrita, não são mais simples fatores de poder, elementos apenas sociológicos ou políticos; são verdadeiros direitos. Quem atenta contra eles atenta contra a lei, e por isso é punido.

Assim, resta claro que o direito à moradia como integrante do princípio da dignidade da pessoa humana já existia anteriormente a sua inclusão no art. 6º da Constituição da República, e até mesmo antes da sua promulgação em 1988, isso por que alguns direitos são anteriores à própria existência do Estado, inerentes à condição humana, cabendo ao Estado apenas tutelá-los.³

3 A FORÇA NORMATIVA DO DIREITO À MORADIA

Não existem normas na Constituição da República sem força coercitiva, isso por que as forças reais de poder que atuam no plano sociológico e político passam a integrar o mundo jurídico por intermédio da Constituição escrita, ou Constituição jurídica, que só representará uma

² LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 3.

³ BRITO, Edvaldo. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio antonio Fabris, 1998.

insignificante folha de papel inútil caso não exteriorize os interesses dos sujeitos detentores das forças reais de poder, do contrário, são legítimas e eficazes.

O Professor Edvaldo Brito⁴ afirma que a eficácia da norma constitucional sempre foi objeto de reflexão, sobretudo por causa do entendimento tradicional da norma programática. Contudo, para ele a eficácia é um pressuposto da efetividade, porque somente se estabiliza a norma que, apta a gerar consequência, tem um relato capaz de ser recebido pelo destinatário de modo que não ocorra desconformação e, em havendo esta, ocorra sanção, tudo formando uma relação de adequação entre o relato e cometimento.

Citando Ruy Barbosa, o autor afirma expressamente que a Constituição é incompatível com a doutrina tradicional da norma programática, pois o contrário resultaria que as hipóteses normativas não seriam propriamente normas, mas sim meros conselhos. O autor declara sua posição afirmando que todas as cláusulas constitucionais têm força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional.

Comungamos da mesma opinião. A fundamental diferenciação das normas jurídicas em relação às demais normas de conteúdo puramente ético ou moral é a sua força cogente que, se lhe for subtraída, como propugnam os

doutrinadores tradicionais em relação às normas programáticas, transformarão os direitos sociais e econômicos, inclusive o de moradia, em simples compromissos ético-sociais para serem cumpridos quando e, se as autoridades públicas quiserem.

Admitimos que realmente é difícil conseguir identificar na norma constitucional a sanção estipulada para o caso de descumprimento da norma constitucional hipotética. Nesse aspecto, servimo-nos da magistral lição retirada tanto de Kelsen quanto de Córso. Quanto à teoria kelseniana, o Professor Edvaldo demonstra que foi dela a lembrança da estrutura dual da norma, quando Kelsen, em obra póstuma, apresenta novas idéias e admite que uma norma pode apresentar uma parte inteiramente independente da outra, só sendo ela inteiramente concebida no entrelaçamento lógico de seu conjunto.

No caso específico da Constituição, entendamos o entrelaçamento de seus próprios dispositivos, uma vez que a Constituição não poderá buscar sua integração em normas infraconstitucionais, a não ser em casos expressos em seu próprio texto.

Partindo da estrutura dual de Kelsen e complementando-a com as idéias corsianas, o Professor Edvaldo conclui que na Constituição, principalmente na parte dogmática,⁵ serão encontradas proposições

⁴ BRITO, op. cit., p. 51-52.

⁵ É o texto articulado da norma constitucional que mais se assemelha com as demais normas jurídicas.

hipotéticas disjuntivas constituídas de relato - endonorma e de cometimento - perinorma (contém a sanção). Ocorre que esse cometimento não se expressa apenas na linguagem verbalizada, comumente encontrada nas normas jurídicas, mas também quando essa mensagem normativa está dissipada em todo o repertório convencionado.

Considere-se nesse repertório não só a parte dogmática, mas também o prefácio e as disposições transitórias para que tenhamos uma norma jurídica completa, o que nos facilitará o processo interpretativo da Constituição.

A norma é eficaz quando irradia efeitos, quando produz resultados,⁶ e essa é uma qualidade indispensável às normas constitucionais, que são forças reais de poder transformadas em direito pela norma jurídica, dotada, sempre, de força normativa.

Valendo-nos da lição de Konrad Hesse,⁷ a força normativa da Constituição não se resume apenas à adaptação de uma realidade. A Constituição jurídica tem como objetivo converter-se ela mesma em força ativa, ou seja, ela não deve ser apenas um repositório de forças, mas representar uma força propulsora para o desenvolvimento. Para isso, ela tem que contar com a consciência dos responsáveis pela ordem constitucional, que terão que fazer presente não só a

vontade do poder, mas também a vontade da Constituição.

Fundindo o pensamento de Edvaldo Brito, Lassale e Hesse, conclui-se que a Constituição na essência é um conjunto de forças reais de poder, que adentram o mundo do direito pela Constituição jurídica ou escrita; e esta, só será legítima na medida em que estiver em consonância com a sua essência. Além disso, a própria Constituição tem como objetivo remodelar a realidade através de sua própria vontade, revelada na sua força normativa, por isso não se pode acatar a idéia de normas constitucionais programáticas como meros conselhos.

O direito à moradia, insculpido em apenas um vocábulo acrescentado ao art. 6º da Constituição, é um preceito normativo dotado de força imperativa, constitui proposição hipotética disjuntiva constituída de endonorma e de perinorma (contém a sanção). Ocorre que essa sanção não se expressa da forma corriqueira como na maioria das normas jurídicas, essa mensagem normativa está dissipada no repertório normativo constitucional, que é integrado pelo prefácio, pela parte dogmática e pelas disposições constitucionais transitórias.

Frise-se que a força normativa da Constituição só será realmente sentida num Estado onde as funções

⁶ BRITO, 1993, op. cit.

⁷ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

públicas ou os responsáveis pela ordem constitucional se submetam à lei emitida em conformidade com a Constituição, o que só ocorrerá através do exercício da função jurisdicional.

Nesse ponto cabe lembrar o que disse Bachoff,⁸ ao enaltecer a Suprema Corte Americana quando entrou em conflito com o Poder Executivo, e saiu fortalecida, sendo rechaçada quase unanimemente a tentativa de Roosevelt de reorganizar o Tribunal, o que para esse autor demonstrou a independência da Corte Constitucional no cumprimento de seu dever de zelar pela Constituição, mesmo que para isso desagradasse o Poder Executivo. Isso é o que almeja qualquer sociedade de um estado de direito, um Poder Judiciário que garanta a efetividade de seus direitos.

Definido nosso posicionamento sobre a eficácia e força impositiva dos direitos sociais, inclusive o da moradia, cumpre nesse momento analisar uma questão ainda mais tortuosa, que diz respeito à problemática em torno da qualidade de direito subjetivo do direito à moradia.

4 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO TRANSINDIVIDUAL

O direito à moradia não se confunde com o direito subjetivo da propriedade privada, estabelecido no art. 5º da Constituição Federal. Entende-

se que a moradia se identifica com a função social a ser atendida pela propriedade privada.

Sobre a função social da propriedade, o Professor Orlando Gomes⁹ ensina que com essa expressão – função social – o direito de propriedade passa a ser uma complexa situação jurídica subjetiva, ativa e passiva, deixando de ser um simples direito subjetivo. Acrescenta que o vocábulo função serve para designar a forma de operar um instituto, o que afasta a idéia da função social como conteúdo, como estrutura da propriedade, para se equiparar a técnica.

A funcionalização da propriedade, diz o autor, teria dupla serventia: classificar os bens idôneos à satisfação de interesses econômicos e coletivos, pressupostos de fato do interesse social; e, ainda, determinar a modificação das normas que disciplinam a atividade do proprietário. Já o adjetivo social que qualifica a função não tem conotação de não individualístico, mas sim de critério de avaliação de situações jurídicas ligadas ao desenvolvimento de determinadas atividades econômicas. O que, amiúde, quer dizer que o desempenho da função social da propriedade, embora previsto constitucionalmente, é um parâmetro elástico que deverá ser delimitado pelo legislador infraconstitucional e pelo juiz.

⁸ BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. p.83.

⁹ GOMES, Orlando. *Função Social da Propriedade*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 1989, p. 6.

Prossegue o professor baiano, citando Leon Duguit como o pai da idéia de que os direitos só se justificam pela missão social que desempenham, devendo o proprietário agir como um funcionário capaz de empregar a riqueza que possui em prol da riqueza social.

Adverte o professor que as idéias do Duguit justificaram as ações de Estados totalitários, mas, por outro lado, também inspiraram a doutrina da Igreja e se difundiram nos países de regime pluralista, o que demonstra a força dessa doutrina e a sua finalidade racional.

A inspiração ideológica da função social da propriedade, ao contrário do que pensam alguns, não nasceu no socialismo, tanto que os socialistas repugnam essa função social, que para eles é um conceito puramente técnico-jurídico para disfarçar a substância da propriedade capitalista. Na verdade, a inspiração da função social da propriedade é um conceito ancilar do capitalismo, que não acaba com a propriedade privada, esta continua exclusiva e transmissível livremente. Na esteira desse entendimento, a função social da propriedade facilita apenas sua desapropriação e a sua nacionalização.

Quanto ao valor normativo da função social, Orlando Gomes nega sua existência, considerando a função social como *ratio*, como princípio que vai inspirar ora o legislador, ora a administração pública, no exercício do poder regulamentar, ora o juiz, e principalmente esse, que poderá

modernizar o direito à luz desse princípio, exercendo uma interpretação criativa. Tal forma de adaptação do direito às novas diretrizes impõem riscos à segurança jurídica, contudo, não há outra forma de garantir a normatividade da função social da propriedade.

Conclui Orlando Gomes que não considera a função social como uma atribuição de competência do legislador para intervir na relação entre o sujeito e o objeto do direito real, e na qualificação das causas que justificam a intervenção. Para o autor, essa intervenção se justifica para proteger direitos difusos que nos casos concretos, se mostram mais relevantes do que a proteção do direito real, contudo, essas intervenções não integram o direito de propriedade, tanto que não podemos considerar essas limitações impostas como deveres do proprietário em situações ordinárias.

Aproveitando-se do ombro do gigante, entendemos, à luz dos ensinamentos parafraseados, que, se o direito de propriedade passou a ser uma complexa situação jurídica ativa e passiva, a partir da previsão constitucional de atendimento de sua função social, e sendo o direito à moradia um dos aspectos dessa função social da propriedade, concluímos que qualquer intervenção estatal no direito de propriedade por não cumprimento de função social, seja essa intervenção exercida pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário, só será legítima se, naquele caso concreto específico, a função social

expressa um direito transindividual, que pode ser no caso concreto o direito à moradia, se se mostrar mais relevante e por isso merecedor de tutela estatal em detrimento da propriedade como direito individual, que cederá diante de um direito social maior.

Não resta dúvida de que o direito à moradia não tem apenas conteúdo limitador da propriedade, embora integre a função social da propriedade, também é um direito autônomo de cunho programático que impõe deveres ao Estado no exercício de políticas públicas de fomento.

Lembrando o que diz o Professor Edvaldo Brito,¹⁰ o Estado moderno não é mais o Estado contemplativo de outrora, passou a se envolver na vida econômica, dedicando-se à satisfação das necessidades materiais do homem. É o Estado do bem-estar social que veio substituir o *laissez-fair et laissez-passer*, é o Estado de massas, de urbanização crescente, o Estado dos direitos sociais.

A atuação estatal, conforme enumera o autor na obra citada, pode ser resumida em três: atividade de coação; atividade de estímulo ou persuasão e atividade de prestação.

É justamente exercendo essa atividade de estímulo ou persuasão que o Estado deve efetivar o direito à moradia, não com programas

assistencialistas e pontuais, mas sim com uma política dedicada a satisfazer um direito coletivo.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em direitos de defesa e direitos de prestação. Os direitos de defesa têm cunho preponderantemente negativo, objetivando abstenções do Estado para proteger o indivíduo de ingerências em sua liberdade pessoal; enquanto os direitos de prestação têm por objeto conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática.¹¹

Baseando-nos nessa classificação, podemos afirmar que os direitos sociais têm traço nitidamente prestacional, sem deixar de ter também uma dimensão negativa. Vejamos o direito à moradia, que encontra na Constituição vários dispositivos que protegem seus titulares contra a ação do Estado e dos particulares, que não podem privar ninguém de uma moradia digna.¹² Ao lado do aspecto negativo, temos seu caráter de direito de prestação, que tanto se refere a ações do Legislativo, como de ações do Executivo. No primeiro caso nos referimos a medidas normativas, e, no segundo, de ordem material.

Considerado o direito à moradia como direito de defesa, não há maiores problemas, vez que sua execução por parte do Estado não implica um custo

¹⁰ BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993. p. 54-55.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 284.

¹² Ressalvamos que não se considera o direito à moradia como direito absoluto, nem mesmo em seu caráter defensivo, podendo ceder diante do conflito com outros direitos fundamentais.

desmedido que resulte na impossibilidade de sua efetivação pelo Judiciário; já no aspecto positivo, de prestação, existe uma dimensão econômica que pode configurar, segundo alguns doutrinadores pátrios,¹³ obstáculo fático ao atendimento da prestação. É aplicação da denominada aplicação da reserva do possível.

Além das circunstâncias socioeconômicas, defendem alguns que existe uma dificuldade relativa aos direitos sociais de cunho jurídico-normativo, pois esses direitos, para serem efetivados, dependeriam de concretização legislativa. A falta dessa concretização, segundo demonstra Sarlet,¹⁴ faz com que a doutrina, principalmente a alienígena, qualifique os direitos sociais prestacionais como direitos relativos, por dependerem de uma reserva do possível e de concretização por parte do legislador.

O autor citado afirma que, por essas razões, costuma ser negada aos direitos sociais a condição de direito que pode gerar para o titular uma pretensão deduzida em juízo.

Gomes Canotilho¹⁵ ensina que, embora somente alguns direitos sociais sejam *self-executing*, outros são direitos a prestações que dependem de atos intermediários do Executivo ou do Legislativo, ou seja, possuem um déficit

de justicialidade, que induz muitos a considerarem uma aporia dos direitos sociais e a reduzirem o princípio da democracia econômica, social e cultural, ao que chamou de uma simples linha de direção da atividade estadual. O professor lusitano não considera esse o entendimento constitucional. Para ele, a normatização expressa de direitos sociais na Constituição não significa apenas consagração de um princípio objetivo, mas também princípio fundamentador de pretensões subjetivas.

Para o autor não se pode minimizar os efeitos dos direitos sociais apenas como *standard* mínimo de vida, ou de apenas deferir valor de direito subjetivo quando se tratar de direitos sociais que já são objeto de garantias derivadas (Ex.: direito ao salário mínimo, direito à aposentadoria, direito ao seguro-desemprego); tratando-se de direitos as prestações sociais originárias, como é o caso da habitação.

O primeiro nome a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à garantia de um direito ao mínimo existencial foi Otto Bachoff,¹⁶ considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana reclama mais que liberdade, reclama a possibilidade de alcance dos recursos materiais para uma existência digna, o que leva à consideração de que o direito à vida não é apenas um direito de

¹³ op. cit., p. 288.

¹⁴ SARLET, op. cit., p. 291.

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995. p. 543.

¹⁶ BACHOFF, Otto. VVDStRL n. 12 (1954), p. 42. Apud SARLET, op. cit., p. 322.

defesa, que impõe ao Estado uma abstenção, mas também um direito a uma conduta positiva do Estado garantir uma vida digna.

Segundo Dalmo Dallari,¹⁷ no Brasil foram criadas duas teorias que servem apenas para obstar a efetividade dos direitos humanos: uma é a criação das gerações de direitos fundamentais, e a outra, a ausência de justiciabilidade.

Em relação à primeira teoria, Dallari opõe o argumento de que esses direitos são inerentes à condição humana, portanto todos eles nasceram juntos.

Concordamos, se admitirmos a possibilidade de direitos fundamentais de 1ª, 2ª e 3ª gerações, estaremos admitindo que nem todos eles são inerentes à condição humana, uma vez que em algum momento da sua evolução, o homem ainda não tinha todos eles, ou seja, alguns surgiram depois da existência humana.

Quanto à segunda teoria da ausência de justiciabilidade, Dallari é enfático ao defender que são justiciáveis sim! Pela fiscalização e pela cobrança, inclusive judicial, para que os governos tenham programa para atender a essas necessidades, que são direitos do povo brasileiro.

Deduz-se de todo o exposto que de nada adiantaria ter escrito sobre a eficácia da norma constitucional que contempla o direito à moradia, o que fez-

se em tópico anterior a esse, e, diante das dificuldades jurídico-normativas e econômicas que envolvem os direitos sociais, afirma-se que os cidadãos carecem de legitimidade para pleitear em juízo a prestação assegurada no art. 6º em relação ao direito à moradia.

Não incidiremos em tal contradição. Ou considera-se que a norma constitucional que assegura o direito à moradia é uma norma programática destituída de eficácia social – e dessa forma considero inadmissível a sua pretensão judicial, pois o poder público só cumpriria a norma quando e se quisesse – ou, ao contrário, defendemos que a norma constitucional é eficaz e, portanto, deverá ser efetivada pela atividade jurisdicional. Optamos pelo segundo caminho.

Ocorre que, ao admitir a possibilidade de prestação jurisdicional do direito à moradia, não se está admitindo a pretensão individual desse direito. Defendemos a judicialidade do direito à moradia, porém, não concebemos a viabilidade dessa pretensão ser deduzida em juízo de forma individual, por considerarmos o direito à moradia como um direito subjetivo que, embora possa ser individualizado, só poderá ser tutelado de forma coletiva.

Sobre o tema, oportuno é o ensinamento de Kazuo Watanabe,¹⁸ que nega a necessidade de um direito

¹⁷ DALLARI, Dalmo Abreu. 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, 2001, p. 76-77.

¹⁸ WATANABE, Kazuo et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 740.

subjetivo estar diretamente ligado a um titular individualizado, afirmando que essa concepção impediu, por muito tempo, que direitos pertinentes a toda uma coletividade pudessem ser juridicamente protegidos, o que considera herança da estreiteza de pensamento do liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica.

Para nós, o direito à moradia no seu aspecto prestacional está entre os direitos transindividuais ou metaindividuais que se compõem dos direitos coletivos *stricto sensu*, dos difusos e dos direitos individuais homogêneos, que se diferenciam entre si:¹⁹

a) nos direitos difusos seus titulares são indeterminados e não há entre eles relação jurídica base, isso no aspecto subjetivo; no aspecto objetivo temos a indivisibilidade do bem jurídico;

b) nos direitos coletivos *stricto sensu* seus titulares são grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica, base anterior à lesão ou ameaça de lesão; no aspecto objetivo o bem jurídico é indivisível; e

c) nos direitos individuais homogêneos seus titulares são pessoas determináveis, o bem jurídico é divisível, porém o fato de terem se originado de causa comum permite ser tutelados a título coletivo.

Diante dessa classificação, entendemos que o direito à moradia

não pode ser considerado um direito difuso, vez que seus titulares podem ser determinados e o bem jurídico não é indivisível; também não pode ser ele um direito coletivo *stricto sensu*, pois a relação jurídica base que une seus titulares decorre da lesão. Assim, concluímos pela inclusão do direito à moradia entre os direitos individuais homogêneos.

Só haverá pretensão a ser deduzida judicialmente por aqueles que tenham interesse de agir e legitimidade, ou seja, aqueles vitimados por uma causa comum, a ausência da atuação estatal, sofram ou estejam ameaçados de sofrer lesão aos seus direitos. Tais características coadunam-se perfeitamente com o direito à moradia no seu aspecto positivo, e refletem seu caráter de direito individual homogêneo.

5 O DIREITO À MORADIA COMO OBJETIVO DO ESTADO SOCIAL

Nesse século, no Brasil e no mundo, as relações entre Estado e domínio econômico passaram por três fases: a do liberalismo puro, em que as funções estatais se resumiam à prestação de segurança, justiça e alguns serviços essenciais; a do Estado social, do qual não mais se esperava apenas abstenção, mas, sim, que fosse capaz de atuar positivamente sobre a ordem econômica, reduzindo desigualdades e impedindo o abuso do poder econômico e a exploração do trabalho pelo capital; e, identificado como Estado neoliberal, é o

¹⁹ O Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, I, II e III, trata da definição desses direitos coletivos.

Estado que sofre a crítica severa quanto à ampliação das suas funções, é o Estado que se pretende diminuir, objeto do discurso da desregulamentação, da diminuição e da privatização.²⁰

O Estado atual tem a responsabilidade de estabelecer um método de satisfazer as necessidades coletivas, que é a formação de uma Administração Pública de Economia, voltada a satisfazer um número cada vez mais crescente de carências, por meio de atividades que se reconduzem a todas as atividades do Estado contemporâneo, conforme a lição do professor Edvaldo Brito.²¹

Essa atuação estatal se apresenta ora como produtora de bens; ora como reguladora do consumo; ora se traduz em ação fomentadora; disciplinadora, coordenadora e fiscalizadora das atividades econômicas privadas.

Com o objetivo de pôr em ação essas atividades, o Estado exerce um poder baseado no arbítrio racional, orientado axiologicamente no sentido de promover, dentro de certos limites, modificações dirigidas à totalidade ou a uma parte considerável da ordem social. É o que Forsthoff denomina de arbítrio conformador.²²

Assim, resta configurado que o Estado tem que se organizar para promover o desenvolvimento econômico, que só será gerado havendo também

promoção do bem-estar social, realizando todas as prestações em favor do indivíduo no âmbito da assistência vital envolvente das necessidades coletivas, tornadas ou não públicas por opção política, mas que justificam a intervenção estatal e o dirigismo econômico que as transformações políticas e econômicas experimentadas pela sociedade vêm propiciando.

Esse modelo estatal nasceu para tornar-se responsável pela ordenação da vida social, atuando no processo econômico com o objetivo de definir políticas e dirigir seu encaminhamento, construindo, em conseqüência, uma liberdade econômica compatível com os já citados ideais de bem-estar e desenvolvimento de todos os povos.

Vale assinalar que o crescimento econômico nem sempre vem acompanhado de desenvolvimento, pois esse último pressupõe mudança, e, caso o crescimento econômico não tenha gerado alterações na vida da população local, ele apenas reflete aumento do indicador econômico, nada mais.

O Estado, que persegue tanto o desenvolvimento econômico como o bem-estar social, visa ao aumento de renda *per capita* seguido de repartição equitativa de riqueza.

Por ser o desenvolvimento um fenômeno provocado, tem que haver vontade política para implementá-lo, e

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do estado no domínio econômico. *Revista Zênite Web Direito Administrativo*, Zênite, 1998..

²¹ BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

²² _____. *Limites da revisão constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

foi por isso que a ONU, em 1968, divulgou um relatório sobre a adoção de uma política dinâmica para o desenvolvimento da América Latina, na esperança de que cada país fosse encontrar a chave, dentro de seus moldes, para seus problemas. Uma das principais metas era modificar a estrutura social latino-americana, tida como obstáculo ao desenvolvimento porque: dificultava a mobilidade social; caracterizava-se por uma situação de privilégio na distribuição de riqueza; propiciava, diante desses privilégios e com referência à má distribuição, padrões extravagantes de consumo.²³

Deduz-se, portanto, que o desenvolvimento perseguido pelo Brasil como Estado dualista é aquele que busca satisfazer as necessidades de existência digna do homem, o que implica um comprometimento com o processo de transformação social, que deve ser planejado com previsão de uma determinada finalidade.

Quem planeja, por óbvio, deve almejar o melhor, o que é lembrado pelo professor Edvaldo Brito como pensamento utópico, entendida essa utopia não como uma idealização inatingível e fantasiosa, mas a utopia como estrutura ideal completa, situada num futuro mensurado ou imensurável, que servirá de meta direcionadora das ações estatais.

Essas lições sobre desenvolvimento econômico, transformação da

consciência social, planejamento direcionado para uma finalidade utópica, fazem-nos concluir que o direito à moradia como direito consagrado na Constituição Federal, dotado de eficácia plena, passível de tutela perante o Judiciário através de ação coletiva, só será plenamente realizado quando o Estado tiver vontade política para executar um planejamento voltado para esse propalado desenvolvimento, no qual o direito e a política fiscal desempenharão um papel fundamental.

Por oportuno, quanto ao direito à moradia ser matéria pertinente ao desenvolvimento econômico ou ao bem-estar social, cabe antes questionar, depois de delineado o perfil do Estado brasileiro como Estado dualista, se há possibilidade, principalmente diante do que estabelece a Constituição vigente, de ser dissociado o desenvolvimento econômico do bem-estar social. A resposta é negativa, sob pena de subvertermos a ordem constitucional, e os motivos já foram todos expostos.

Dessa forma, o direito à moradia ao alcance de todos será atingido quando for realizado no Brasil um verdadeiro processo de desenvolvimento, que represente crescimento econômico e bem-estar social.

6 CONCLUSÃO

Não concebemos as normas constitucionais que estabelecem direitos sociais como normas programáticas destituídas de concretude. Considera-se

²³ BRITO, op. cit., 1998.

essas normas aptas a gerar duplos efeitos. Como princípios, dotados de força normativa, são capazes de nortear a aplicação das demais normas infraconstitucionais ditando-lhes um caminho a seguir; assim como também são elas capazes de gerar direitos subjetivos tutelados judicialmente de forma coletiva.

O direito à moradia, tanto como direito de defesa como direito prestacional, tem plena exequibilidade, cabendo aos seus titulares se valerem dos mecanismos disponíveis, tanto para opor limites a outros direitos que afetem o direito fundamental de moradia, bem como para exigir do poder público as políticas públicas adequadas.

7 REFERÊNCIAS

- ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.
- BACHOFF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Coimbra: Almedina, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do estado no domínio econômico. **Revista Zênite Web Direito Administrativo**, Zênite, 1998.
- BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico**. São Paulo: Saraiva, 1982.
- _____. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1995.
- DALLARI, Dalmo Abreu. **1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos**. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, 2001.
- GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- GOMES, Orlando. Função Social da Propriedade. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**, Coimbra, 1989.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- WATANABE, Kazuo et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.