



O DIREITO À MORADIA E SUAS GARANTIAS NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Dissertação de Mestrado: Fernando Mussa Abujamra Aith

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Filosofia e Teoria Geral do Direito

Professor Orientador: Doutor Fábio Konder Comparato

Dezembro de 2001

DOAÇÃO

1.4.3	CONCEITO	Pag. 34
	CAPÍTULO 2: O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 37
2.1	APRESENTAÇÃO DO CAPÍTULO	Pag. 37
2.2	FORMAÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 40
2.2.1	A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS	Pag. 47
2.2.2	DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 48
2.2.3	PACTOS DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E DOS DIREITOS SOCIAIS, CULTURAIS E ECONÔMICOS	Pag. 49
2.3	O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL	Pag. 51
2.3.1	A INTEGRAÇÃO ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL	Pg. 55
2.3.2	O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 57
2.3.3	PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 59
2.3.3.1	ESTADO DE DIREITO	Pag. 60
2.3.3.2	UNIVERSALIDADE	Pag. 63
2.3.3.3	TRANSNACIONALIDADE	Pag. 66
2.3.3.4	PROGRESSIVIDADE, INDIVISIBILIDADE, INTERDEPENDÊNCIA	Pag. 67
2.3.3.5	IRREVERSIBILIDADE OU IRREVOGABILIDADE	Pag. 69

	CAPÍTULO 3: O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL	Pag. 72
3 1	O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	Pag. 73
3 2	O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 76
3 2.1	OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS QUE RECONHECEM O DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO HUMANO	Pag. 77
3.2.1.1	O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS	Pag. 83
3.2.1.1.1	PROPÓSITOS E PRINCÍPIOS DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS	Pag. 84
3.2.1.2	O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 85
3.2.1.3	O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NO PACTO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	Pag. 89
3.2.1.4	O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA AGENDA HABITAT	Pag. 90
	CAPÍTULO 4: AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DTOS HUMANOS	Pag. 94
4.1	A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL	Pag. 95
4.1.1	AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À MORADIA A APLICABILIDADE E A EFICÁCIA	

	DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA E SUAS GARANTIAS	Pag. 95
4.1.1.1	O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA COMO NORMA CONSTITUCIONAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA	Pag. 97
4.1.1.1.1	APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À MORADIA	Pag. 98
4.1.1.2	A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	Pag. 98
4.1.1.2.1	FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA	Pag. 100
4.1.1.3	A USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL	Pag. 102
4.1.1.3.1	DA USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO	Pag. 103
4.1.1.3.2	USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL	Pag. 105
4.1.1.4	O CAPÍTULO DE POLÍTICA URBANA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A POLÍTICA URBANA E O PLANO DIRETOR COMO GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA	Pag. 106
4.1.1.5	GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS DO DIREITO À MORADIA	Pag. 108
4.1.1.5.1	A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL	Pag. 108
4.1.1.5.1.1	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO ATENDA O DIREITO À MORADIA	Pag. 112
4.1.1.5.1.2	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA POLÍTICA PÚBLICA QUE NÃO ATENDA O DIREITO À MORADIA	Pag. 119
4.1.1.5.2	ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE	

	PRECEITO FUNDAMENTAL	Pag. 120
4.1.1.5.3	DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO	Pag. 124
4.1.1.5.4	O DIREITO À MORADIA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA DEFESA EM AÇÕES DE DESPEJO E REINTEGAÇÃO DE POSSE	Pag. 128
4.1.2	AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL	Pag. 132
4.1.2.1	DO ESTATUTO DA CIDADE	Pag. 132
4.1.2.1.1	INSTRUMENTOS	Pag. 136
4.1.2.1.1.1	DOS INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO	Pag. 137
4.1.2.1.1.1.1	DOS PLANOS NACIONAIS, REGIONAIS E ESTADUAIS DE ORDENAÇÃO DO TERRITÓRIO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL E DO PLANEJAMENTO DAS REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS OU MICRORREGIÕES	Pag. 138
4.1.2.1.1.1.2	PLANEJAMENTO MUNICIPAL: PLANO DIRETOR	Pag. 140
4.1.2.1.1.1.3	OUTROS INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO MUNICIPAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CIDADE	Pag. 143
4.1.2.1.1.2	INSTITUTOS TRIBUTÁRIOS E FINANCEIROS	Pag. 146
4.1.2.1.1.2.1	DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – IPTU PROGRESSIVO	Pag. 146
4.1.2.1.1.2.2	DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA	Pag. 149
4.1.2.1.1.2.3	DOS INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS E FINANCEIROS	Pag. 152
4.1.2.1.1.3	DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS	Pag. 153
4.1.2.1.1.3.1	DESAPROPRIAÇÃO	Pag. 153
4.1.2.1.1.3.2	SERVIDÃO ADMINISTRATIVA	Pag. 158
4.1.2.1.1.3.3	CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO	Pag. 160

4.1.2.1.1.3.4	O PARCELAMENTO DO SOLO	Pag 164
4.1.2.1.1.3.4.1	O PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO OU UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS	Pag 167
4.1.2.1.1.3.5	DIREITO DE SUPERFÍCIE	Pag 168
4.1.2.1.1.3.6	DIREITO DE PREEMPÇÃO	Pag 169
4.1.2.1.1.3.7	DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR E DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR	Pag 171
4.1.2.1.1.3.8	OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS	Pag 174
4.1.2.1.1.3.9	ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO DE VIZINHAÇA	Pag 175
4.2	AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	Pag 175
4.2.1	AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU	Pag 178
4.2.1.1	PROPÓSITOS E PRINCÍPIOS DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS	Pag 179
4.2.1.2	ÓRGÃOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU	Pag 179
4.2.1.2.1	CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL	Pag 180
4.2.1.2.1.1	COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS	Pag 181
4.2.1.2.1.2	CENTRO PARA DIREITOS HUMANOS	Pag 181
4.2.1.2.1.3	COMISSÃO SOBRE ASSENTAMENTOS HUMANOS - O DIA MUNDIAL DO HABITAT	Pag 183
4.2.1.3	O COMBATE ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NA ONU	Pag 184
4.2.1.3.1	AS SANÇÕES NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS	Pag 184
4.2.1.3.1	MECANISMOS DE APURAÇÃO DE VIOLAÇÕES PELA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU	Pag 187

4.2.1.3.2	OUTROS MECANISMOS DE APURAÇÃO DE VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS - OS COMITÊS ESPECÍFICOS E A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS	Pag. 189
4.2.1.3.2.1	OS COMITÊS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	Pag. 190
4.2.1.3.2.1	COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS	Pag. 190
4.2.1.3.2.2	COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS	Pag. 191
4.2.1.4	AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA PREVISTAS PELA AGENDA HABITAT	Pag. 191
4.2.1.4.1	PRINCÍPIOS DA AGENDA HABITAT	Pag. 192
4.2.1.4.1.1	IGUALDADE	Pag. 193
4.2.1.4.1.2	ERRADICAÇÃO DA POBREZA	Pag. 193
4.2.1.4.1.3	DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E QUALIDADE DE VIDA	Pag. 193
4.2.1.4.1.4	FORTALECIMENTO DA FAMÍLIA	Pag. 194
4.2.1.4.1.5	CAPACITAÇÃO POPULAR E RESPONSABILIDADE GOVERNAMENTAL	Pag. 194
4.2.1.4.1.6	PARCERIAS	Pag. 195
4.2.1.4.1.7	SOLIDARIEDADE	Pag. 195
4.2.1.4.1.8	QUALIDADE DE VIDA	Pag. 195
4.2.1.4.1.9	COOPERAÇÃO INTERNACIONAL	Pag. 196
4.2.1.4.2	O DIREITO À MORADIA NA AGENDA HABITAT	Pag. 196
4.2.1.4.1	A MORADIA ADEQUADA PARA TODOS NA AGENDA HABITAT	Pag. 198
4.2.1.4.2	INTEGRAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	Pag. 199
4.2.1.4.3	POLÍTICAS HABITACIONAIS	Pag. 199
4.2.1.4.4	SISTEMAS DE OFERTA HABITACIONAL	Pag. 200
4.2.1.4.5	GARANTIA DE ACESSO A TERRA	Pag. 201

4 2 1 4 6	MOBILIZAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS	Pag. 203
4 2 1 4 7	PROTEÇÃO CONTRA OS DESPEJOS	Pag. 203
4 2 2	AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA	Pag. 204
4.2.2.1	OS ÓRGÃOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS	Pag. 206
4 2 2 2	A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	Pag. 206
4 2 2 2 1	DOS DEVERES DOS ESTADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	Pag. 208
4 2 2 2 2	DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	Pag. 209
4 2 2 2 3	DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	Pag. 213
	CAPÍTULO V. CONSIDERAÇÕES FINAIS – AS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO À MORADIA E SUAS GARANTIAS	Pag. 217
	BIBLIOGRAFIA	Pag. 223
	SÍNTESE DA DISSERTAÇÃO, REDIGIDA NA LÍNGUA INGLESA	

APRESENTAÇÃO

A pesquisa desenvolvida tem como objeto principal identificar, dentro do sistema de proteção dos direitos humanos, onde se situa o reconhecimento do direito à moradia e quais as garantias existentes para que este direito seja alcançado por todos os cidadãos brasileiros. A dissertação de mestrado ora apresentada está dividida em cinco capítulos que procuram identificar de forma completa qual o grau de reconhecimento e de proteção do direito à moradia no sistema de direitos humanos.

No primeiro capítulo apresenta-se a importância do direito à moradia para a dignidade humana e a relação deste direito com os demais direitos humanos. A partir de dados estatísticos e projeções da Organização das Nações Unidas, analisa-se a realidade mundial e brasileira no que se refere ao direito à moradia. A moradia é um tema que hoje extrapola os limites territoriais de um determinado Estado, sendo discutida em todos os países do mundo e nos organismos multilaterais. O processo de urbanização brasileiro e suas mazelas são discutidos com especial atenção, já que foi desse processo que o Brasil atingiu um déficit habitacional de seis milhões de moradias, segundo dados apresentados em novembro de 2001 pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano do Governo Federal. Dados da Fundação João Pinheiro apontam um déficit de mais de dez milhões de moradias no Brasil. Nota-se, dessa forma, que o Brasil possui indubitavelmente um enorme déficit habitacional, tão grande que não nos permite vislumbrar uma solução definitiva a curto prazo, fato que torna ainda mais imperiosa a necessidade de encontrarmos mecanismos eficazes de proteção desse direito.

Assim, o grande desafio que se coloca no presente momento é identificar até que ponto o direito à moradia é reconhecido no sistema de proteção dos direitos humanos e verificar quais são as garantias existentes para que o direito à moradia passe a ser uma realidade no Brasil. A partir de garantias eficazes certamente

teremos uma redução do déficit habitacional verificada, ficando a sociedade dotada dos instrumentos jurídicos necessários para a promoção, proteção e recuperação do direito à moradia no Brasil. Nesse sentido, ainda no primeiro capítulo apresenta-se o conceito de direito à moradia, entendido como **o direito fundamental de acesso à moradia habitável, sadia, segura, protegida e acessível, com fornecimento de água potável, sistema de saneamento e serviços públicos básicos.**

No segundo capítulo apresenta-se o sistema de proteção dos direitos humanos, sistema ao qual o direito à moradia encontra-se vinculado. A evolução histórica dos direitos humanos e a diferença conceitual existente entre direitos humanos e direitos fundamentais constituem importantes elementos para uma compreensão abrangente do direito à moradia. A partir das origens históricas dos direitos humanos, pode-se abordar com mais propriedade a estrutura do sistema de proteção dos direitos humanos, composto pela integração entre o ordenamento jurídico nacional e o ordenamento jurídico internacional. Por essa razão, a forma de integração entre o ordenamento nacional e o internacional é analisada com detalhe, notadamente a extensão do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Finalizando o segundo capítulo, são apresentados os princípios do sistema de proteção dos direitos humanos, que devem ser considerados quando se analisa o direito à moradia. Assim, são analisados os seguintes princípios do sistema de proteção dos direitos humanos, válidos para todo e qualquer direito humano, inclusive o direito à moradia: Estado de direito; universalidade; transnacionalidade; progressividade, indivisibilidade e interdependência; irreversibilidade ou irrevogabilidade. Para a sua plena realização, o direito à moradia necessita que todos esses princípios sejam respeitados.

No capítulo 3 a pesquisa se desenvolve no sentido de identificar, no sistema de proteção dos direitos humanos, qual o grau de reconhecimento dado ao direito à moradia. Denominado "o direito à moradia como um direito humano

fundamental", analisa-se a extensão do reconhecimento dado ao direito à moradia pelo art. 6º da Constituição da República. Com efeito, esse dispositivo prevê claramente ser o direito à moradia um direito social, elevando esse direito ao rol de direitos fundamentais.

Além do reconhecimento interno do direito à moradia, a pesquisa abrange qual o reconhecimento dado ao direito à moradia pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. O direito internacional possui diversos documentos que dispõem sobre o direito à moradia, reconhecendo-o expressamente como um direito humano a ser promovido e respeitado. Destacam-se a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Agenda Habitat, declaração firmada na II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos por 165 países.

O quarto capítulo é o mais extenso e também o mais relevante em termos de proteção do direito à moradia. São apresentadas as garantias existentes no sistema de proteção dos direitos humanos para a promoção, proteção e recuperação do direito à moradia. A proteção do direito à moradia no Brasil é tratada de forma especial, iniciando-se com as garantias constitucionais do direito à moradia. São desenvolvidas, assim, as garantias da função social da propriedade, da usucapião constitucional rural e urbana e do plano diretor. Também são analisadas as garantias constitucionais processuais, como a ação direta de inconstitucionalidade, a ação civil pública e o pedido de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

No que se refere às garantias infraconstitucionais do direito à moradia existentes no Brasil, o advento da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, trouxe um importante leque de garantias que poderão ser utilizadas em prol do direito à moradia. São analisados, assim, de forma detalhada, os instrumentos de planejamento, como o Plano Diretor e os Planos Nacionais e Estaduais de ordenação do território; os instrumentos tributários e financeiros, como o Imposto

sobre a Propriedade Territorial Urbana progressivo, a contribuição de melhoria e os incentivos fiscais; e os instrumentos jurídicos e políticos, como a desapropriação, a servidão administrativa, a concessão de direito real de uso, o parcelamento do solo, dentre outros.

Caso as garantias do direito à moradia oferecidas no direito interno não se mostrem suficientes para a devida proteção do direito à moradia, o sistema de proteção dos direitos humanos oferece um conjunto de garantias internacionais que podem e devem ser utilizadas por todos aqueles que tomem conhecimento de violações contra o direito à moradia. A pesquisa desenvolveu-se com foco nos dois principais organismos internacionais multilaterais que o Brasil faz parte: a Organização das Nações Unidas – ONU e a Organização dos Estados Americanos – OEA.

No âmbito da ONU são analisados os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas para, depois, apresentar-se cada um dos órgãos que compõe esse organismo e que são voltados à proteção dos direitos humanos, em geral, e do direito à moradia, em particular. Destacam-se na proteção dos direitos humanos e do direito à moradia o Conselho Econômico e Social, que possui a Comissão dos Direitos Humanos, o Centro para Direitos Humanos e a Comissão sobre Assentamentos Humanos. Também são apresentados os comitês específicos de proteção dos direitos humanos no âmbito da ONU, como o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Finalmente, a pesquisa aprofunda algumas garantias expostas na Agenda Habitat, como a garantia de acesso à terra e a um sistema de oferta habitacional, e a proteção contra despejos.

Com relação à Organização dos Estados Americanos – OEA, são apresentadas as garantias previstas na Convenção Americana dos Direitos Humanos, com destaque para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Americana de Direitos Humanos. Esses dois órgãos são essenciais para a defesa do direito à moradia no âmbito internacional, e vêm demonstrando ser, para os

brasileiros, um dos principais meios de reclamação contra a violação dos direitos humanos no plano internacional.

O quinto e último capítulo apresenta as conclusões da dissertação de mestrado que ora se apresenta. Dentro dessas conclusões, convém destacar nessa apresentação que o direito à moradia é um direito formalmente reconhecido pela Constituição da República, sendo um direito fundamental que deve ser promovido e respeitado. Embora reconhecido formalmente, o direito à moradia ainda é uma realidade distante de muitos brasileiros, razão pela qual emerge a importância de se desenvolver garantias eficazes para a sua promoção e proteção, em especial a promoção desse direito junto aos grupos mais vulneráveis de nossa sociedade. Como mostrado, o sistema de proteção dos direitos humanos apresenta um grande arsenal de garantias do direito à moradia, que devem ser apropriados pelos cidadãos e pelos agentes públicos, para que sejam utilizados na sua plenitude em busca da plena realização do direito à moradia. O déficit ainda é muito elevado, mas, certamente, com instrumentos adequados e com vontade política, a tendência é que o déficit diminua cada vez mais e em ritmo cada vez maior. Dentre as garantias institucionais que ainda estão para ser implementadas no país, pode-se destacar a criação de uma fonte permanente de financiamento de produção e aquisição de moradia, bem como a criação de um órgão específico, nos níveis federal, estadual e municipal, voltado única e exclusivamente à gestão das políticas habitacionais.

CAPÍTULO 1

O DIREITO À MORADIA E SUAS GARANTIAS COMO TEMA GLOBAL E NACIONAL: IMPORTÂNCIA E CONCEITO

A moradia é uma necessidade básica do ser humano. É a partir da moradia que cada ser humano desenvolve sua individualidade e constrói a sua personalidade, em todas as dimensões da vida: afetiva, física, psicológica, moral, espiritual, social, política, econômica e cultural. Todo o ser humano necessita de uma moradia para poder desenvolver-se plenamente, sem distinção de origem, cor, posição social, gênero, crença religiosa ou política. A moradia oferece aos seres humanos a referência, a base para os desafios inerentes ao viver. Mesmo os homens primatas já tinham a sua noção de moradia quando buscavam nas cavernas um local para abrigo e repouso, ainda que provisoriamente.

Como ser racional que é, o homem utiliza-se da moradia para a satisfação de diversas necessidades básicas. A moradia é o abrigo da chuva e o agasalho contra o frio; é o ninho da intimidade e o centro para encontros sociais; é importante fator de proteção da segurança e a garantia de conforto e bem estar físico; é o *locus* da convivência familiar; enfim, a moradia é o centro de onde se irradiam as ações de cada indivíduo em sua convivência social, voltada à compreensão do mundo e ao desenvolvimento do trabalho.

Mesmo sendo uma necessidade básica de todo o ser humano, a moradia ainda não é um direito que possui proteção jurídica adequada. Reconhecida como um direito humano em diversos instrumentos internacionais e na própria Constituição da República Federativa do Brasil, ainda faltam garantias eficazes para a sua proteção e para que todos os seres humanos realmente tenham acesso às condições mínimas para a realização dessa necessidade básica.

É certo que já avançamos muito no reconhecimento do direito à moradia e na definição de algumas garantias para a sua proteção. Entretanto, ainda há muito por fazer. O déficit habitacional vem aumentando nos quatro cantos do mundo, sendo que de forma ainda mais acelerada nos países pobres e em desenvolvimento. A crise habitacional nesses países dá-se de forma ainda mais violenta e cruel. Calcula-se que aproximadamente um bilhão de pessoas vivem em condições habitacionais inadequadas hoje no mundo.

Essa situação fez com que o tema da plena realização do direito à moradia, a ser perseguida através da instituição de garantias claras e eficazes, entrasse definitivamente na pauta de discussões de políticas globais e nacionais. O direito à moradia e as garantias desse direito mostram-se, hoje, temas de dimensões globais que demandam ações efetivas nos níveis global e nacional.

1.1 A MORADIA COMO TEMA GLOBAL

Ao longo da década de 1990, a Organização das Nações Unidas desenvolveu uma seqüência de conferências internacionais, voltadas à definição de planos de ações globais para a solução de diversos problemas da humanidade, todas voltadas à proteção dos direitos humanos. Estes planos de ações foram consolidados em documentos internacionais¹, assinados por mais de uma centena de países. A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro em 1992, produziu a Agenda 21. Nesta Conferência, a comunidade internacional acordou sobre um conjunto de medidas para o desenvolvimento sustentável dos assentamentos urbanos. Várias outras conferências, incluindo a IV Conferência da Mulher (Beijin, 1995), a Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995), a Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), a Conferência Global sobre Redução

¹ As "Agendas", como ficaram conhecidos estes documentos, que possuem natureza declaratória

de Danos em Desastres Naturais (Yokohama, 1994), a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), a Cúpula Mundial sobre Crianças (Nova Iorque, 1990), a Conferência Mundial sobre Educação para Todos (Jomtien, Tailândia, 1990) e, ainda, a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos - Habitat II (Istambul, 1996), também possuem importantes questões sociais, econômicas e ambientais, incluindo componentes de uma agenda global para o desenvolvimento sustentável, que depende de ações nos níveis local, regional e global para o sucesso de sua implementação.

A questão da moradia entrou definitivamente nas discussões sobre direitos humanos na década de 1990, podendo-se afirmar que a Agenda Habitat, declaração assinada por 165 países na II Conferência das Nações Unidas Sobre Assentamentos Humanos, realizada em Istambul no ano de 1996, é o documento internacional que solidificou o reconhecimento de que o Direito à moradia é um direito humano fundamental. De fato, foi na Agenda Habitat que tivemos, pela primeira vez em um documento internacional de que o Brasil fez parte o reconhecimento expresso e inquestionável do direito à moradia como um direito humano que deve ser objeto de atenção de todos os governos do mundo. Como os demais direitos humanos, o reconhecimento do direito à moradia foi fruto de longa maturação.

O direito à moradia começou a ser identificado dentro das discussões sobre desenvolvimento urbano² Durante o curso da história, a urbanização tem sido associada ao desenvolvimento econômico e social, à promoção da alfabetização e da educação, à melhoria da saúde da população, à ampliação do acesso a serviços sociais e à participação cultural, política e religiosa. As metrópoles e as cidades têm sido as incubadoras do desenvolvimento da civilização facilitando a evolução do conhecimento, da cultura e da tradição, assim como da indústria e do comércio. Assentamentos urbanos planejados e geridos de forma apropriada

² A própria Agenda Habitat reconhece ter em seu escopo dois grandes temas: "adequate shelter for all" e "sustainable human settlements development in an urbanizing world"

abrigam a promessa do desenvolvimento humano e a proteção dos recursos naturais do mundo, pois cidades bem estruturadas podem ter grande número de pessoas com pequeno impacto sobre o meio ambiente. O crescimento desordenado de cidades, no entanto, causa transtornos sociais, econômicos e ambientais que extrapolam os limites de suas fronteiras e causam grande mal à humanidade.

De acordo com as projeções atuais, mais de três bilhões de pessoas - metade da população mundial - vivem em áreas urbanas. Os problemas mais sérios encontrados pelos habitantes de centros urbanos incluem, entre outros, baixos recursos financeiros; desemprego, aumento do número de pessoas sem lugar para morar ou morando em locais inadequados; pobreza crescente e aumento da distância entre os mais ricos e os mais pobres; insegurança e aumento da criminalidade; falta de infra-estrutura básica e de serviços urbanos; falta de serviços de educação e saúde; ocupação irregular de terras e consequentes posses precárias e instáveis, gerando ambiente constante de conflito; aumento do tráfego e congestionamentos; aumento descontrolado e desmesurado da população; ausência de áreas verdes; carência de saneamento básico e de água tratada para uso humano, desenvolvimento urbano desordenado e crescente exposição a vulnerabilidades

Todos esses problemas têm sido um desafio para os governantes do mundo todo, em especial os de países em desenvolvimento. Realizar o desenvolvimento social e econômico com a garantia de proteção ambiental, componentes indispensáveis e indissociáveis do desenvolvimento sustentável, é a condição básica para o aumento da qualidade de vida de todos. As altas taxas de migração, internas e externas, assim como o crescente aumento das populações urbanas, constituem perigosos ingredientes para o agravamento destes problemas. Em praticamente todas as cidades de países em desenvolvimento encontramos grande parcela da população vivendo em condições inadequadas e enfrentando sérios problemas

Nunca tantas pessoas viveram sem uma moradia adequada e em situação de tanta pobreza como nos dias de hoje. A quantidade de pessoas sem moradia ou vivendo em condições precárias vem aumentando diariamente, inviabilizando as condições mínimas para uma vida digna. Todos têm direito a um patamar adequado de vida para si e para suas famílias, incluindo comida adequada, roupas, moradia, água e saneamento básico, bem como o aprimoramento contínuo da qualidade de vida. Especial atenção deve ser dada para crianças, pessoas portadoras de deficiências, populações indígenas, mulheres e idosos³

Calcula-se que aproximadamente um bilhão de pessoas no mundo não possuem condições decentes de vida. O acesso a uma moradia segura e saudável e a serviços básicos é essencial para o bem estar físico, psicológico, econômico e social de um ser humano. O desafio de oferecer a todos os seres humanos uma moradia, ou seja, de realizar o direito à moradia de cada um dos habitantes deste planeta constitui uma urgência cada vez mais premente e uma condição essencial para a plena realização do sistema de proteção dos direitos humanos.

1.2 A MORADIA NO BRASIL

Grande parte dos problemas identificados globalmente, no que se refere à rápida urbanização e suas consequências quanto aos direitos básicos dos habitantes dos centros urbanos, pode ser também verificada no Brasil. De fato, as grandes cidades brasileiras passaram, invariavelmente, por processos muito acelerados de urbanização e inchaço populacional, que raramente vinham acompanhados de ações concretas e efetivas para evitar o surgimento dos problemas acima relacionados.

Cumpramos traçar o processo de urbanização no país, a fim de deixar explícita a gravidade do tema, seja com base no déficit habitacional hoje existente, seja com

³ A Organização das Nações Unidas usa a terminologia "pessoas vulneráveis" para designar estes grupos

base na lógica de urbanização brasileira que aponta para um agravamento da situação. A identificação do quadro brasileiro hoje verificado é fundamental para situar a discussão que daí se sucederá, focada basicamente no reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental e nas garantias existentes para a sua plena realização.

1.2.1 O PROCESSO DE URBANIZAÇÃO BRASILEIRO

O processo de urbanização do Brasil passou por um período de grande dinamismo, resultante do êxodo rural verificado no país a partir da década de 1930, que ocasionou a concentração progressiva e acentuada da população em cidades. O período de grande inchaço das cidades brasileiras durou até a década de 1980, quando se verifica a redução do ritmo de crescimento das grandes cidades e o desenvolvimento de pólos urbanos das regiões norte e nordeste.

Até a década de 30, a distribuição populacional do Brasil foi orientada pelos diversos ciclos econômicos do país, todos notadamente rurais. O Brasil era uma sociedade rural, formada por concentrações populacionais isoladas, pequenas, quase todas localizadas no litoral. Até a década de 1940 apenas 32% da população vivia em cidades.

A grande crise econômica mundial verificada a partir de 1929 atingiu o ciclo do café paulista, abalando seriamente o setor e causando a dispersão dos trabalhadores do café pelo país. Parte desses trabalhadores dirigiu-se para o interior, enquanto outra parte iniciou uma migração em direção às cidades. Ao mesmo tempo, verificou-se o início do êxodo rural provocado pela seca nordestina, que dura até os dias de hoje.

A crise do modelo rural brasileiro, aliada às novidades trazidas pela segunda grande guerra à atividade industrial do país fez com que a década de 1940 representasse um marco do novo dinamismo econômico no país. A aceleração

industrial provocou a modernização do processo produtivo e das relações de trabalho, estimulando o crescimento dos maiores centros urbanos com a oferta de emprego. A política de industrialização brasileira do pós-guerra incentivou a criação de indústrias nacionais, em substituição às importações, gerando ambiente propício para o surgimento de novas oportunidades de emprego, não só nos setores industriais, como também nos de comércio e serviços. O movimento migratório, com essa nova realidade econômica, intensificou-se para as regiões sul e sudeste, dando os elementos estruturantes da atual conformação demográfica do país.

O movimento migratório para as cidades, facilitado pelos fortes investimentos na melhoria da infra-estrutura, especialmente dos sistemas de transportes e comunicação, aliado, ainda, ao crescimento demográfico intenso verificado no país e à modernização dos setores produtivos, fez com que o Brasil passasse a ser um país majoritariamente urbano. De acordo com os dados do IBGE a maioria da população brasileira deixa de ser rural e passa a ser urbana na década de 1960, saltando de 31,8% de domicílios urbanos na década de 1940 para 58,3% na década de 1970.⁴

Essa característica da urbanização brasileira durou até o início da década de 1980, quando o adensamento urbano estancou seu crescimento, percebendo-se uma queda na concentração urbana e um novo dinamismo ao processo de urbanização do país. Entretanto, o processo de urbanização brasileiro foi superior ao desenvolvimento econômico e social do país. Em 1991, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE apontou que 75,6% da população brasileira vivia em áreas urbanas. Atualmente, a sinopse preliminar do censo 2000 aponta que dos 169 milhões de habitantes brasileiros, 137 milhões vivem em áreas urbanas, representando 81,23% de pessoas vivendo em áreas urbanas no Brasil⁵.

⁴ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico de 1991

⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censos Demográficos de 1991 e 2000

A dinâmica migratória brasileira estimulou a formação de regiões metropolitanas, geradas a partir do processo rápido de urbanização do país, que em pouco tempo passou de rural para urbano. Existem hoje no país nove Regiões Metropolitanas, que agregam grande concentração populacional.

Os dados preliminares do Censo 2000 indicam o arrefecimento do crescimento das Regiões Metropolitanas. No caso da região metropolitana de São Paulo, a redução do ritmo de crescimento metropolitano pode ser em grande parte creditada à desconcentração de unidades produtivas de médio e grande portes, sobretudo industriais, para o interior do Estado e para Estados adjacentes. Essa desconcentração vem sendo observada desde o fim da década de 60, fator que tem provocado o crescimento acelerado de muitas cidades no interior do Estado de São Paulo e de Estados adjacentes.

O quadro urbano brasileiro, originado a partir do crescimento desenhado acima, convive, ainda, com desigualdades sociais aviltantes, presentes na sociedade brasileira desde a colonização e que vêm sendo agravadas pela crescente concentração de renda verificada no país. O Brasil conseguiu a proeza de alcançar grande crescimento industrial convivendo com uma das maiores concentrações de renda do mundo: enquanto os 10% mais ricos apropriam-se de quase metade da renda total (48,1 %), aos 10% mais pobres cabem apenas 0,8% do total de rendimentos⁶.

O crescimento da economia nacional contribuiu, paradoxalmente, para o surgimento de um mercado interno considerável, para o qual é dado acesso ao consumo de bens duráveis - geladeira, televisão, automóvel -, antes que as necessidades básicas (alimentação, saúde, higiene, educação, habitação) da maioria da população estejam adequadamente atendidas. Dessa forma, embora com o quadro de desigualdade social existente, pode-se verificar que o consumo

⁶ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo Demográfico de 1991.

de vários produtos industriais modernos é estimulado pela mídia e facilitado pelo crédito, tornando-os acessíveis mesmo para as camadas de baixa renda. Entretanto, quando se trata de acesso a créditos para o financiamento habitacional não ocorre o mesmo. Essa contradição pode ser, em parte, explicada pelo alto custo dos fatores de produção, pelo uso de processos construtivos inadequados, pelo custo da intermediação financeira e, finalmente, pelo fato de que as condições oferecidas pelos sistemas de crédito resultam em produtos inacessíveis para a maior parte da população brasileira, a qual não participa do mercado imobiliário formal.

Os dados mostram que nem os salários industriais permitem a compra da moradia no mercado formal, nem as políticas públicas são eficientes para assegurar o acesso à moradia. A lógica existente hoje no mercado habitacional urbano demonstra um processo no qual a modernização de alguns segmentos da produção habitacional se combina a grande produção doméstica e ilegal de moradias. Assinale-se, nesse contexto, que a produção doméstica ilegal, que contou com a conivência das autoridades públicas, omissas na maior parte das vezes na execução de políticas habitacionais consistentes, forneceu uma válvula de escape à crise habitacional, equacionando precariamente a produção de moradia para os mais pobres.

1.2.1.2 O SOLO URBANO E A LÓGICA ATUAL DO MERCADO FUNDIÁRIO

A análise da questão da moradia no Brasil deve conter, necessariamente, a compreensão sobre a desequilibrada ocupação do espaço urbano hoje verificada, onde a lógica da especulação imobiliária prevalece sobre a função social do solo urbano. As cidades brasileiras apresentam, modo geral, um crescimento desordenado em virtude, principalmente, da lógica atual do mercado fundiário.

Essa lógica, fundada nas premissas do direito de propriedade absoluto e do lucro, produz cidades com um grande número de terrenos ociosos e de enormes

glebas ainda não urbanizadas, áreas densamente edificadas por arranha-céus ou intensamente ocupadas de forma irregular, somados a e um crescimento horizontal excessivo da mancha urbana. A concentração de propriedades centrais ociosas faz com que as cidades cresçam desmedidamente, gerando uma demanda enorme por serviços e infra-estrutura urbana, requerendo intenso fluxo de investimentos públicos em um país carente de recursos financeiros.

Essa situação urbana reflete um conjunto de problemas que extrapolam os limites da questão setorial da moradia ou dos problemas urbanos. De um lado temos problemas estruturais do país, como a concentração de renda, a migração do campo para a cidades e a pouca atratividade dos setores produtivos por investimentos imobiliários, especialmente investimentos imobiliários voltados à população de baixa renda. De outro lado, além dos problemas nacionais, ainda existem outras questões importantes que devem ser enfrentadas através de uma política fundiária competente, tais como a efetiva introdução da função social da propriedade como lógica estruturante da política habitacional e urbana e o direcionamento dos investimentos públicos para as camadas menos favorecidas da população.

A atual lógica do mercado fundiário, aliada à inação do Poder Público, incentiva os comportamentos especulativos de retenção prolongada de glebas e terrenos vagos e aumenta a demanda por terra para entesouramento como reserva de valor ou patrimonial. A retenção, por parte dos especuladores imobiliários, de terras situadas em locais dotados de infra-estrutura urbana, provoca o necessário crescimento horizontal das cidades, capitaneado por uma massa de trabalhadores excluídos do mercado formal. A dificuldade ou mesmo impossibilidade de acesso à terra urbana por intermédio dos mecanismos de mercado por uma parcela majoritária da população, numa sociedade com um intenso processo de urbanização, gera formas ilegais de assentamentos humanos, como as favelas, mocambos, alagados ou loteamentos clandestinos ou irregulares.

As décadas de 70 e 80 e metade da de 90, marcadas pela crise econômica e empobrecimento da população, apresentaram crescimento vertiginoso dos assentamentos ilegais. Percebe-se, dessa forma, que a crise habitacional não é resultado tão somente da carência de habitações, mas representa o resultado de um processo urbano mais complexo, no qual o custo e o tempo necessário para o deslocamento entre os locais de trabalho e as áreas periféricas onde a moradia pode ser possível a baixíssimo custo torna-se ponto crucial.

A falta de opções de acesso formal ao mercado fundiário e habitacional fez com que se verificasse um enorme número de invasões e assentamentos em terras alheias, colocando em xeque o direito absoluto da propriedade urbana. Hoje é evidente o conflito existente entre a ordem legal - permanentemente desafiada pelo estado de necessidade - e a justiça social, como consequência de uma lógica de assentamento urbano que implica a ilegalidade da moradia popular.

O quadro atual demonstra claramente a necessidade de haver uma política de distribuição de renda que englobe a democratização do acesso à propriedade da terra, reconhecendo-se a predominância do interesse coletivo sobre o individual através do respeito à função social da propriedade, como dispõe a Constituição Federal. A perversa lógica do mercado fundiário representa o esgotamento de um processo de expansão urbana especulativa, que desrespeita o princípio das funções sociais da cidade e da propriedade.

1.2.2 O DÉFICIT HABITACIONAL NO BRASIL

A análise do déficit habitacional deve ser feita juntamente com a análise das condições de habitabilidade das moradias existentes. Pesquisa elaborada pela Fundação João Pinheiro com base em dados de 1991 indica que o número absoluto das carências habitacionais é enorme: 10,17 milhões de domicílios não estão conectados à rede de água, 5,4 milhões dos domicílios urbanos não são atendidos por coleta de lixo urbano e 16,5 milhões não dispõem de instalações

sanitárias adequadas. Dados recentes divulgados pela Secretaria de Política Urbana do Governo Federal apontam déficit habitacional de seis milhões de moradias.

Nem sempre o déficit é de uma nova habitação mas sim de habitabilidade, isto é, de melhores condições de saneamento, descongestionamento habitacional, salubridade, regularização fundiária e de infra-estrutura urbana. O estudo do déficit deve prever a possibilidade de melhoria das habitações já existentes mas que apresentam baixas condições de habitabilidade. O aproveitamento da produção doméstica e das moradias já existentes, mesmo que irregulares, aliado à recuperação ou melhoramento de áreas já ocupadas, são ações essenciais para a redução efetiva do déficit habitacional hoje verificado. Para se ter idéia das condições de habitabilidade das moradias no Brasil, dados do Censo Demográfico de 2000 indicam que 29,3% dos domicílios brasileiros não possuem rede de abastecimento de água, e 47,6% não possuem rede geral de esgoto ou fossa séptica.⁷

Todos esses dados sobre o déficit habitacional e as condições de habitabilidade das moradias existentes no Brasil nos levam forçosamente à questão ambiental. É nítida a relação entre a deterioração das condições de habitação e a depredação do meio ambiente. Nas áreas de preservação de mananciais, beiras de córregos áreas de proteção florestal, mangues, etc., surgem em quase todas as localidades, as favelas e invasões urbanas. As camadas excluídas aproveitam-se da inépcia do Poder Público para ocuparem glebas vazias destinadas à preservação ambiental, afetando o equilíbrio da natureza e gerando graves problemas de abastecimento de água potável e de saúde pública de modo geral. Por outro lado, também loteamentos destinados à classe média desrespeitam os parâmetros ambientais, destruindo nascentes de rios e avançando sobre áreas de preservação permanente

⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Censo Demográfico 2000

O fato é que o problema do meio ambiente deverá ser enfrentado em conjunto com a questão da habitação, vital para qualquer intervenção consistente de preservação ambiental dos assentamentos humanos nos países em desenvolvimento. A solução habitacional para as pessoas que hoje vivem em áreas de preservação ambiental é condição primeira para que, daí então, se possa pensar recuperação das áreas verdes e ambientalmente protegidas que hoje se encontram invadidas

1.2.2.1 AS POLÍTICAS HABITACIONAIS FACE À CARÊNCIA DE RECURSOS PÚBLICOS

Outro grande problema a ser enfrentado na questão da moradia refere-se à aplicação de recursos públicos em políticas voltadas à redução do déficit habitacional. Dessa forma, independentemente de qualquer interpretação dos dados relativos ao déficit, a escassez relativa de recursos constitui a principal restrição ao equacionamento do problema habitacional. Não existem, atualmente, recursos disponíveis para investimentos de curto ou longo prazo capazes de dar uma solução definitiva para o problema habitacional do país. O sistema de empréstimo para a compra de uma moradia atualmente existente não comporta nenhuma espécie de solução capaz de suportar os custos e condições de retorno compatíveis com a capacidade de pagamento das camadas menos favorecidas que demandam habitação. De outro lado, uma política de doação de moradias não conseguiria avançar muito na solução do problema, especialmente se considerarmos as carências orçamentárias dos entes federativos do Brasil.

Ainda hoje existem resíduos dos problemas decorrentes da crise do Sistema Financeiro da Habitação dos anos 80, que dificultam a retomada dos financiamentos habitacionais. A dívida gerada pelos saldos residuais dos contratos antigos do SFH, a inadimplência de Estados e Municípios e a recuperação das principais fontes de recursos de crédito - o Fundo de Garantia por Tempo de

Serviço - FGTS e as Cadernetas de Poupança, têm-se mostrado problemas de difícil solução

A lógica do enfrentamento do problema habitacional não pode ater-se simplesmente a promoção da casa própria localizada na periferia das cidades. Existem vários campos abertos à ação do Poder Público -- por meio, principalmente, da regulação do planejamento e da gestão - visando políticas públicas mais eficientes e efetivas, consistentes com o contexto social, econômico e político que determina o quadro urbano e habitacional do país.

Dessa forma, os instrumentos de regulação do planejamento e da gestão das políticas habitacionais representam importantes garantias para a plena realização do direito à moradia, conforme será desenvolvido a seguir.⁸

1.3 – O DIREITO À MORADIA E SUAS GARANTIAS

Tendo em vista os dados apresentados, pode-se afirmar que o Direito à Moradia, como um direito humano fundamental, está longe de ser plenamente realizado no Brasil. Embora definitivamente reconhecido no país, há ainda um grande desafio para dotar o direito à moradia de garantias eficazes que assegurem a fruição deste direito por todos os cidadãos. Para delimitar o objeto dessa dissertação, abordaremos a distinção entre direito e garantia para, ao final deste capítulo, tentarmos definir um conceito para o direito à moradia, que facilitará na identificação das garantias necessárias para o seu pleno atendimento.

A palavra direito nos traz duas significações diversas, conhecidas como direito objetivo e direito subjetivo. Quando se menciona o direito de um determinado país, do direito civil em vigor ou do direito de propriedade como instituição jurídica, a

^{8 8} Os itens 1.2.1 e 1.2.2 têm como fonte o Relatório Nacional Brasileiro, realizado para a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – HABITAT II, que teve como Relatora Geral Marlene Fernandes e encontra-se disponível no site do Ministério das Relações Exteriores, www.mre.gov.br

palavra direito representa um conjunto de regras que imprime à atividade humana certa direção ou a encerra dentro de limites. Se, ao revés, menciona-se o direito individual de crédito que uma determinada pessoa possui, está se fazendo referência a um poder que estende e dilata o campo de ação de uma pessoa sobre outras pessoas e coisas. Ao primeiro tipo de acepção exposta, dá-se o nome de direito objetivo, e ao segundo tipo direito subjetivo.

Direito objetivo é a regra de direito, a norma de comportamento a que o indivíduo deve se submeter (*norma agendi*). Direito subjetivo é poder, são as prerrogativas de que uma pessoa é titular, no sentido de obter certo efeito jurídico, em virtude da regra de direito. Designa uma faculdade do sujeito de agir, faculdade esta que deriva da norma (*facultas agendi*), ou, melhor dizendo, do direito objetivo. Direito objetivo é o conjunto das regras jurídicas; direito subjetivo é o meio de satisfazer os interesses humanos. O segundo deriva do primeiro. Esses aspectos não são antagônicos entre si, nem figuras ou formações diferentes. Antes, são feições diversas de um conceito único. Ambos nascem com a ação do homem, o direito objetivo como resultante da vontade geral, o subjetivo como vontade particular que se concretiza⁹

O sistema de proteção dos direitos humanos é um conjunto de normas que visa reconhecer os diversos direitos básicos do ser humano (como o direito à moradia, por exemplo) ao mesmo tempo em que dispõe sobre as garantias para que o direito reconhecido seja plenamente realizado. Ou seja, o sistema de proteção dos direitos humanos abarca ao mesmo tempo o direito objetivo e o direito subjetivo. Pode ser visto como um conjunto de normas voltado à proteção dos direitos humanos (direito objetivo), formado por Tratados, convenções, declarações, resoluções (no campo internacional) e por Constituição, Leis, Decretos (no campo nacional) Pode também ser visto como o conjunto de normas que, além de disporem sobre a simples imposição de preceitos ou de proibições, também

⁹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, Vol 1, Ed Saraiva, 29ª Ed., 1990, p 4/5

atribuem correlatamente às pessoas uma faculdade de agir no sentido de exigir que os direitos ali reconhecidos sejam concretizados. Por exemplo, o preceito que impõe ao Estado a obrigação de oferecer vagas no ensino fundamental a todas as pessoas que não tiverem acesso na idade própria, atribui a qualquer cidadão a faculdade de exigir do Estado que cumpra tal preceito (o acesso ao ensino fundamental é direito subjetivo público).

O sistema de proteção dos direitos humanos consubstancia-se por um conjunto de normas (direito objetivo) que abarcam em seu conteúdo diversos direitos humanos, que podem ser individualizados e classificados conforme as características peculiares a cada um deles, mas que são indivisíveis e devem ser respeitados simultaneamente. Os direitos humanos devem ser sempre analisados à luz de seus princípios comuns, que regem o sistema de proteção dos direitos humanos, conforme veremos adiante.

Ao longo da história, os direitos humanos foram sendo classificados de acordo com suas características. Existem duas principais classificações encontradas hoje na doutrina, sendo uma quanto ao tipo e outra conforme o momento histórico de seu reconhecimento. Os direitos humanos podem ser classificados conforme a matéria em direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e da humanidade¹⁰. Os direitos humanos podem também ser classificados conforme o momento histórico de seu reconhecimento, em direitos de 1ª (primeira), 2ª (Segunda) e 3ª (terceira) geração.

Com efeito, num primeiro momento, os direitos do homem surgem e se afirmam como direitos do indivíduo face ao poder do soberano no Estado absolutista. Representavam, através do direito à liberdade religiosa e de opinião dos

¹⁰ Os direitos da humanidade agregam aqueles que aproveitam a todos os seres humanos indistintamente e coletivamente considerados, como formando um só titular de direitos, extravasando os limites territoriais de cada Estado. São exemplos dos direitos da humanidade os direitos à paz, ao meio ambiente, à proteção do patrimônio cultural e natural da humanidade e à comunhão universal de interesses da humanidade na exploração e aproveitamento dos fundos marinhos e oceânicos e seus subsolo.

indivíduos, a emancipação do poder político das tradicionais peias do poder religioso e, através da liberdade de iniciativa econômica, a emancipação do poder econômico dos indivíduos do jugo e do arbítrio do poder político. Os direitos humanos da Declaração de Virgínia e da Declaração Francesa de 1789 são, neste sentido, direitos humanos de primeira geração (civis e políticos), baseados na demarcação Estado e não-Estado. Esses direitos exigem a não ação estatal para o seu pleno exercício, apresentando garantias que comportam o processo de reclamação ou petição individuais a um organismo de proteção e o pronto restabelecimento do direito.

A primeira geração de direitos viu-se complementada historicamente pelo legado do socialismo, vale dizer, pelas reivindicações dos excluídos a um direito de participar do "bem estar social", entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. É por essa razão que os chamados direitos de segunda geração são direitos do indivíduo em relação à coletividade. Esses direitos (econômicos, sociais e culturais), pelas suas características de objetivos a serem realizados progressivamente, através da ação estatal, são menos suscetíveis de aplicação imediata. Por isso, o acompanhamento de sua tutela pelos órgãos de proteção não cuida normalmente da reparação ou do problema da violação individuais, como nos direitos de primeira geração, mas geralmente se faz através de planos de ação ou compromisso de metas de realização progressiva.

Finalmente, a classificação nos traz os direitos de terceira geração, que têm como titular não os indivíduos na sua singularidade, mas grupos humanos, como a família, o povo, a nação ou a própria humanidade.¹¹ Karel Vasak elenca um rol de cinco direitos que comporiam, até agora, a terceira geração dos direitos humanos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade sobre o

¹¹ Celso Lafer. *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos*. Companhia das Letras. 2ª edição, 1998. p. 125 a 137

patrimônio comum da humanidade, o direito ao meio ambiente e o direito de comunicação.¹²

Estas classificações, como quaisquer outras, servem tão somente para facilitar a compreensão do todo e a identificação de elementos comuns entre partes deste todo. Após o que já foi dito, torna-se compreensível, agora, a classificação do direito à moradia como um direito social ou de segunda geração, sendo possível traçar algumas conclusões sobre sua abrangência, a fim de alcançarmos um conceito que reflita a real dimensão do que queremos afirmar com a expressão direito à moradia, bem como identificarmos as garantias existentes deste direito

1.3.1 DIREITOS E GARANTIAS

A análise do conceito do direito à moradia e suas garantias exige que abordemos, preliminarmente, a distinção existente entre direitos e garantias.

Na lição de Jorge Miranda, os direitos representam, por si só, certos bens, enquanto as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens, os direitos são principais, as garantias são acessórias 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 imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.¹³

¹² Karel Vasak, *Léçon Inaugurale*, sob o título *Pour Les Droits de l'Homme de la Troisième Génération Les Droits de Solidarité*, ministrada em 2 de julho de 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 9ª edição, São Paulo, 2000, p. 523

¹³ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2ª edição, Coimbra Editora, 1998, p. 88: 89. O eminente jurista oferece alguns ótimos exemplos da contraposição entre direitos e garantias: "Ao direito à vida correspondem as garantias que consistem na proibição de pena de morte e na proibição de extradição por crimes puníveis com a pena de morte segundo o direito do Estado requisitante; ao direito à liberdade e segurança a não retroatividade de lei incriminadora, o *habeas corpus* ou as garantias do arguido; à liberdade de expressão e de informação, a proibição de censura e a sujeição das infrações aos princípios gerais de

1.3.1.1.1 - DIREITOS HUMANOS X DIREITOS FUNDAMENTAIS

Pode-se encontrar hoje duas expressões diferentes utilizadas para mencionar os direitos básicos de cada ser humano: direitos humanos ou direitos fundamentais¹⁴

A expressão direitos humanos é do século XX e veio substituir as expressões até então correntes, como direitos naturais ou direitos do homem. Revela a evolução destes direitos ao longo da história e insinua o porvir desta evolução. A expressão direitos humanos nos revela direitos que estão além daqueles verificados nos textos legais ou nos livros de direito: ela nos revela direitos morais, direitos que estão no cerne da existência de uma sociedade, de uma coletividade, ou ainda a consciência de uma ética coletiva. Ao mesmo tempo, encontramos em muitos doutrinadores o uso da expressão direitos fundamentais, usada mais habitualmente para mencionar direitos humanos que já se encontram em fase mais adiantada de reconhecimento, positivados, inseridos no ordenamento jurídico formal de um Estado ou de uma comunidade internacional.

Sem pretender esgotar a discussão acerca da distinção entre estes termos compete, neste momento, apresentar o principal elemento que os diferencia para, daí em diante, adotar um conceito único no presente trabalho. Analisando a

direito criminal; à liberdade sindical, a não sujeição da eleição dos dirigentes sindicais a qualquer autorização ou homologação "

¹⁴ Sobre a definição direitos humanos e direitos fundamentais, afirmam alguns doutrinadores: "Direitos Humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas 'reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas como 'de direito' e não apenas por amor, graça ou caridade" (Louis Henkin, *The rights of Man Today*, New York, Columbia University Press, 1988, p. 1-3. apud Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, p. 29); "os Direitos Humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional" (Antonio Enrique Perez Luno, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1991, p. 48. apud Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*, p. 29); "Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individuais ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material". (Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 1998, 2ª edição, Coimbra Editora, p. 7)

fundamentação que cerca a diferenciação terminológica existente na doutrina, verifica-se que, enquanto a expressão direitos humanos possui uma acepção mais ampla, a expressão direitos fundamentais mostra-se mais restrita

Para Fábio Konder Comparato "não é difícil entender a razão do aparente pleonasma da expressão direitos humanos ou direitos do homem. Trata-se, afinal, de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos. Mas como reconhecer a efetiva vigência destes direitos no meio social, ou seja, o seu caráter de obrigatoriedade? É aí que se põe a distinção, elaborada pela doutrina jurídica alemã, entre direitos humanos e direitos fundamentais (Grundrechte). Estes últimos são direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional, são direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais... Por outro lado, se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos e não apenas reconhecer sua existência, é irrecusável admitir que o mesmo Estado pode também suprimi-los, ou alterar o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis. É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência da ética coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da pessoa humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais."¹⁵

Com efeito, a distinção terminológica existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos revela-se de forma concreta quando verificamos se determinado direito, considerado como direito humano, foi integrado ao ordenamento jurídico

¹⁵ Fábio Konder Comparato. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 1999, Editora Saraiva. p. 45/47

nacional ou internacional, em forma de norma jurídica, e até que ponto esta integração esgota o direito e lhe garante o pleno respeito.

Entende-se que ocorre um processo de fundamentalização dos direitos humanos, que passa da esfera da "consciência ética coletiva" para a esfera da positividade normativa. J.J. Gomes Canotilho apresenta os direitos fundamentais como aqueles jurídico-positivamente vigentes numa ordem constitucional. Esse processo, dependendo do sistema jurídico da sociedade, é inevitável, pois somente com a positividade constitucional de um direito humano é que teremos o caminho aberto para a sua plena realização. Quando nos referimos a fundamentalização dos direitos, é necessário afirmar que os mesmos só serão fundamentalizados quando lhes forem assinalados a dimensão *de fundamental rights*, colocados no lugar do cumeiro das fontes do direito: as normas constitucionais.¹⁶

O termo direitos humanos, assim, denota uma concepção mais ampla, filiando-se à idéia de que existem direitos inerentes ao ser humano que, mesmo não estando expressos em documento formal algum, seja em lei internacional ou em Constituição estatal, não deixarão jamais de ser direitos humanos. Os direitos humanos, portanto, quando reconhecidos formalmente por alguma lei internacional ou alguma Constituição estatal adquirem, para a coletividade sobre a qual estas normas jurídicas terão validade, o status de direitos fundamentais.

¹⁶ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 9ª edição, São Paulo, 2000, p. 483. Sobre o tema, ensina Canotilho: "Sem esta positividade jurídica, os direitos do homem são aspirações, idéias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política", mas não são protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (*grundrechtsnormen*). Por outras palavras, que pertencem a Cruz Villalon: "onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa; existirão coisas parecidas, igualmente importantes, como as liberdades públicas francesas, os direitos subjetivos públicos dos alemães; haverá, enfim, coisas distintas como foros ou privilégios". Daí a conclusão do autor em referência: os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem consequências jurídicas".

Ressalte-se que esse processo de fundamentalização não necessariamente esgota toda a dimensão do direito humano "fundamentalizado", quando a normatização destes direitos não alcança, seja em sua definição, seja na construção de suas garantias, a plenitude do direito humano que se quer ver fundamentalizado

Percebe-se, assim, que a expressão Direitos Humanos abrange um leque muito maior de direitos do que a expressão direitos fundamentais, sem contudo significar que as expressões são excludentes entre si. Os direitos fundamentais, ao contrário, estarão sempre incorporados à noção de direitos humanos, sendo que a recíproca não é verdadeira.

Concluindo, usaremos o termo direitos humanos, bem como consideraremos a moradia como um direito humano, mesmo sabendo que este direito encontra-se parcialmente fundamentalizado. Parcialmente porque o processo de positivação do direito à moradia está em fase de aperfeiçoamento, não sendo prudente afirmar que o direito à moradia como direito humano encontra-se devidamente "fundamentalizado", seja na constituição brasileira, seja no direito internacional. A fundamentalização de um direito humano nos leva a duas dimensões a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. A fundamentalidade formal assinala quatro dimensões relevantes (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica, (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão; (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos, constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, ações e controle dos órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais. Já a Fundamentalidade material

insinua que o conteúdo dos direitos materiais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da Sociedade.¹⁷

1.3.1.2 GARANTIAS:

As garantias adquirem, na esfera jurídica, uma dimensão conceitual muito clara, por prender-se aos valores da liberdade e da personalidade como instrumento de sua proteção. A garantia - meio de defesa - se coloca então diante do direito, mas com este não deve se confundir. A existência de garantias no texto constitucional pode levar a alguns equívocos, como o de não distinguir os direitos das garantias. Publicistas de renome na América Latina, tendo em vista a proximidade dos direitos com as garantias, e considerando a finalidade destas, que é tornar eficaz a liberdade tutelada pelos poderes públicos e estampada nas declarações de direitos, esforçaram-se para fixar um conceito de direito-garantia que tanto quanto possível fosse desembaraçado e independente do conceito de direito, embora com a ressalva de casos raros e excepcionais, em que a rigorosa observância de tal critério distintivo se torna inexecutável.¹⁸

Dentre estes conceitos, destacam-se alguns por sua clareza. Carlos Sánchez Viamonte assinala que "garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política."¹⁹ Outro conceito que muito vem acrescentar ao tema é o de Juan Carlos Rébora, o qual, depois de assinalar que as garantias funcionam em caso de desconhecimento ou violação do direito, afirmou que "o fracasso da garantia não significa a inexistência do direito, suspensão de garantias não pode significar

¹⁷ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, Portugal, 1999, p. 355

¹⁸ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, São Paulo, 2000, p. 482

¹⁹ Carlos Sánchez Viamonte, *El Hábeas Corpus. la Libertad y Su Garantía*, Buenos Aires, 1927, p. 1. apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, São Paulo, 2000, p. 483

supressão de direitos".²⁰ Por fim, Rui Barbosa contribuiu para tal discussão afirmando que "a confusão que irrefletidamente se faz muitas vezes entre direitos e garantias, desvia-se sensivelmente do rigor científico, que deve presidir à interpretação dos textos, e adultera o sentido natural das palavras. Direito é a 'a faculdade reconhecida, natural ou legal, de praticar ou não praticar certos atos'.²¹ Garantia ou segurança de um direito, é o requisito de legalidade que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados mais ou menos fácil".²²

1.3.1.2.1 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, INSTITUCIONAIS, PROCESSUAIS E EXTRAPROCESSUAIS

Importante classificação sobre garantias foi apresentada por Paulo Bonavides, que as classificou em garantias constitucionais, institucionais, processuais e extraprocessuais.

As garantias constitucionais tanto podem ser garantias da própria constituição e do Estado (acepção lata) quanto podem ser remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda de direitos subjetivos expressos ou outorgados na Constituição (acepção estrita).

Na acepção lata as garantias constitucionais são concebidas para manter a eficácia e a permanência da ordem constitucional, sendo o exemplo mais marcante a maior rigidez para a reforma da Constituição, poderoso mecanismo pela conservação do Estado de Direito. Outros tipos de garantias constitucionais, na acepção lata, são o estado de sítio e outros remédios excepcionais, que servem para manter, em casos de instabilidade política ou crises institucionais, as bases do regime e o sistema das instituições. Tratam-se de garantias do direito objetivo e da estrutura do Estado, pelo que também são conhecidas como garantias do Estado

²⁰ Juan Carlos Rébora. *El Estado de Sitio y la Ley Histórica del Desborde Institucional*, La Plata, 1935. Par 11, pp 68/69, apud Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª edição, São Paulo, 2000. p. 483

²¹ Littré. *Grand Dictionnaire*, Vol II P. 1245

Já as garantias constitucionais em sua acepção estrita estão expressas na Constituição e servem para proteger direta e imediatamente os direitos fundamentais reconhecidos pela própria Constituição, por meio de remédios próprios e eficazes. Vale dizer que tanto numa acepção quanto em outra, as garantias constitucionais legitimam sempre a ação do Estado, uma vez que sua presença ou intervenção se faz ora em defesa da Constituição como um todo, ora em prol da sustentação, integridade e observância dos direitos fundamentais²³

Paulo Bonavides defende que a evolução da doutrina acerca das garantias constitucionais levou ao reconhecimento de uma outra modalidade de garantias: as garantias institucionais. Afirma o ilustre jurista que "as garantias constitucionais se ampliaram a formas funcionais institucionalizadas, que se prendem organicamente ao exercício constitucional das atividades dos poderes públicos no regime de juridicidade imposto pelo próprio Estado de Direito".²⁴ As finalidades previstas de garantir a existência e a solidez de instituições estatais, verificadas nas garantias constitucionais em acepção ampla, fez surgir essa nova classificação de garantias, as garantias institucionais, pois servem para defender as instituições do Estado e, mais ainda, do Estado de Direito, sem se confundirem com as garantias constitucionais em sentido lato. Decerto que as garantias institucionais servem, por fim, para garantir o exercício dos direitos subjetivos. A diferenciação que se faz é que as garantias institucionais não seriam atribuídas diretamente a uma pessoa; as instituições, como tais, têm um sujeito e um objeto diferente dos direitos dos cidadãos. Assim, a família, a maternidade, a administração autônoma, a imprensa livre, o funcionalismo público, a autonomia acadêmica, são instituições protegidas diretamente como realidades sociais

²² Rui Barbosa, *A Constituição e os Atos Inconstitucionais*. 2ª edição. Rio de Janeiro, s/d, pp 193/194 apud Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Malheiros. 9ª edição. São Paulo, 2000, p. 483/484

²³ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Malheiros, 9ª edição. São Paulo, 2000, p. 485

²⁴ Paulo Bonavides. ob. Cit. P. 490

objetivas e só indiretamente se expandem para a proteção dos direitos individuais.²⁵

Jorge Miranda, ao expor sobre as garantias institucionais, nos oferece a conceituação do principal formulador da teoria das garantias institucionais, Carl Schmitt. Escreve Schmitt "A garantia institucional é, por essência, limitada. Existe só dentro do Estado e não se baseia na idéia de uma esfera de liberdade em princípio ilimitada, antes diz respeito a uma instituição juridicamente reconhecida que, como tal, é sempre uma coisa circunscrita e delimitada ao serviço de certas tarefas e de certo fim, ainda quando as tarefas não estejam especializadas em particular e seja admissível alguma 'universalidade do círculo de atuação'."²⁶

As garantias institucionais asseguram, pela sua própria existência e funcionamento, uma proteção de direitos fundamentais, seja diretamente, seja por meio de subespécies de garantias, que delas derivam. A proteção indireta das garantias institucionais estende-se a todos os direitos humanos e não apenas às liberdades fundamentais, como pensaram os autores alemães na primeira metade deste século. Hoje, deve-se entender que as garantias dos direitos sociais, relacionadas com a obtenção por parte do Estado de uma prestação social, são também garantidas por uma instituição social. Assim, por exemplo, os direitos à saúde, previdência e assistência social são garantidos pela existência do sistema de seguridade social, o direito à educação, pela organização de um sistema educacional de ordem pública (art. 208), que a todos se impõe, Estado e particulares.²⁷

²⁵ J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3ª Ed. Ed. Almeida, p. 373/374

²⁶ Carl Schmitt, apud Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Parte IV - Direitos Fundamentais, p. 69

²⁷ Fábio Konder Comparato, *Garantias Fundamentais*, texto apresentado no Curso de Pós Graduação da Universidade de São Paulo, 1998. A seqüência do texto é muito elucidativa, pelo que transcrevemos: "É o que ocorre, por exemplo, com o instituto da separação de poderes. Dela decorrem várias outras garantias institucionais, como a da reserva legal em matéria penal ou tributária, a garantia da judiciabilidade (art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), a proibição de juízo ou tribunal de exceção (inciso XXXVII), as garantias da magistratura (art. 95), a imunidade parlamentar. E sobre a complementaridade entre garantias institucionais e garantias processuais, assevera o ilustre jurista: "Advirta-se que as garantias processuais e institucionais não se contrapõem, mas se completam. Assim, os

Finalizando a abordagem sobre garantias constitucionais e institucionais, vale dizer que não devem ser levadas demasiado longe as decorrências dos conceitos - transformando-os em preceitos.²⁸ Poder-se-ia, inclusive, redefinir a garantia constitucional com toda a largueza possível, tendo em conta também a dilatação de seu conteúdo, a fim de que nela se possa encaixar também as garantias institucionais.²⁹

Podemos identificar na Constituição, por fim, as garantias processuais e as extraprocessuais. As garantias processuais se apresentam como instrumentos processuais de proteção do indivíduo ou de coletividades, existente para reforçar a defesa e o amparo dos direitos subjetivos, quando ameaçados ou lesados. São exemplos de garantias processuais o *habeas corpus*, *habeas data*, o mandado de injunção, o mandado de segurança coletivo, dentre outros. Já as garantias extraprocessuais exercem-se por manifestação livre, legalmente admitida. Paradigma destas garantias é o direito de greve para a defesa dos direitos trabalhistas, ou o direito de manifestação pacífica de indivíduos ou coletividades para a defesa de direitos específicos

1.4 DIREITO À MORADIA - CONCEITO

Posicionado o direito à moradia dentro do sistema de proteção dos direitos humanos, mostra-se necessária a busca de um conceito para o direito à moradia, o que certamente auxiliará na delimitação do tema desta dissertação e na compreensão das garantias existentes para a plena realização desse direito

direitos do acusado da prática de homicídio doloso são garantidos não apenas pela via processual - o direito de ampla defesa -, como ainda pela organização do júri, segundo o princípio de que o réu de tais crimes deve ser julgado, quanto aos fatos, por pessoas do povo e não por um agente estatal."

²⁸ Paulo Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Parte IV, p. 70

²⁹ Neste sentido, conclui Paulo Bonavides, op. Cit., p. 493: "a garantia constitucional é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado"

Qual a exata extensão do termo "direito à moradia"? É o que tentaremos definir neste capítulo, utilizando, para isso, dos elementos constantes de importantes instrumentos normativos que versam sobre a moradia e o direito à moradia.

Inicialmente, vale a análise do vocábulo em si. Moradia, casa, habitação, lar, residência, vivenda, maloca, barraco, teto, casebre, toca, entre outras, são palavras usadas para designar o tema objeto desta dissertação. O conteúdo exato destas palavras varia conforme o lugar onde se fala e de acordo com o contexto com o qual é utilizado. Geralmente, os termos moradia, casa, residência e habitação, por exemplo, são os mais utilizados em textos legais e quando queremos nos referir a moradias mais dignas. De outro lado, os termos maloca, barraco, teto, casebre e toca costumam ser mais utilizados para designar moradias irregulares, situadas em áreas não regularizadas juridicamente, tais como as favelas. Exceção encontramos no termo lar, que carrega consigo carga afetiva, agregando ao conceito a sensação de local onde vive uma família. Por essa razão, encontramos o termo lar designando tanto a moradia regular quanto a irregular.

Estas diferenciações terminológicas usadas para designar o mesmo objeto, por si só, já servem para nos mostrar claramente a enorme variação que podemos encontrar para conceituar a moradia. Pretende-se, neste capítulo, definir a moradia como o termo comum amplamente utilizado em textos legais e na doutrina, adequado para ser utilizado como sinônimo dos outros vocábulos utilizados para expressar a mesma idéia. O que importa, no fundo, é o sentido que se quer emprestar ao vocábulo utilizado. Ao definir a moradia como o termo unificador de todas as formas de expressão da mesma idéia, tenta-se demonstrar a abrangência do direito a ele relacionado. A moradia, como idéia e como conceito jurídico, não pode ser considerada à luz de diferenciações quanto à sua regularidade ou irregularidade, riqueza ou pobreza, beleza ou feiúra. Procura-se eliminar, ao menos conceitualmente, a idéia de que existem moradias e malocas, ou seja, moradias e "moradias". A moradia mostra-se como um direito único, seja

qual for o termo usado para defini-lo. O que se quer dizer é que, para efeitos desta dissertação, uma vez definido o conceito, com os elementos básicos que caracterizam uma moradia (ou lar ou habitação, ou maloca), pouco importa o termo que se use.

Destarte o grande conteúdo cultural que abrange um termo ou outro, impregnando-o de preconceitos e tortuosidades, tenta-se, aqui, adotar um conceito único, universal, que bem sirva à definição da extensão do direito à moradia. Não importa o termo que se use para designá-lo, o direito que se quer ver plenamente realizado é um só que denominaremos, daqui por diante, de direito à moradia.

As definições encontradas nos dicionários para os diversos vocábulos (moradia, morada, lar...) nos trazem alguns elementos importantes sobre a caracterização da moradia. Moradia seria o lugar onde se mora, a casa de habitação, o domicílio, a residência, o lugar onde existe habitualmente uma certa e determinada coisa. A moradia pressupõe lugar para estada, permanência, residência, o lugar cuja fachada principal, normalmente situada no alinhamento da rua, apresenta quatro ou mais janelas, simetricamente dispostas em relação à porta de entrada; a casa da família.³⁰

Além das questões relacionadas ao vocábulo, que mostram logo à primeira vista a multiplicidade de elementos que caracterizam o direito à moradia, as próprias características dos direitos humanos concorrem para ampliar a complexidade da tarefa de se descobrir um conceito bem definido. Quando situamos o direito à moradia dentro do sistema de proteção dos direitos humanos, estamos pressupondo a indivisibilidade desse direito como característica intrínseca a seu conteúdo, o que imediatamente o associa com outros direitos igualmente

³⁰ Michaelis. *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*. Melhoramentos.

relevantes, como saúde, segurança, transporte, lazer, intimidade, cultura, propriedade, privacidade, etc

Dessa forma, a indivisibilidade dos direitos humanos exige um conceito de direito à moradia que integre todos os outros direitos humanos coligados, mantendo-se, no entanto, um núcleo básico que o diferencie dos demais e dê as noções principais de sua essência, a fim de permitir o desenvolvimento de uma análise mais aprofundada de quais as garantias necessárias para a plena realização do direito à moradia.

Para a busca deste conceito, interessante se faz analisar o tratamento dados à moradia pela nossa Lei Maior, que é a Constituição da República. Necessária, ainda, tendo em vista o amplo desenvolvimento documental internacional na proteção dos direitos humanos, a busca de inspiração conceitual no principal instrumento internacional que trata do direito à moradia, a Agenda Habitat.

Após esta análise sobre os elementos conceituais existentes na legislação, teremos os elementos necessários para uma conceituação do direito à moradia, que será alinhavada.

1.4.1 – ELEMENTOS CONCEITUAIS DO DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 apresenta, em diversos artigos, menções sobre o direito à moradia. Neste capítulo pretendemos mencionar aqueles que, por seu conteúdo, acrescentem elementos importantes para a busca de um conceito que aglutine os diversos componentes que conformam o direito à moradia.

Já na parte referente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (Capítulo I do Título II)³¹ encontramos menção a casa, sendo descrita como "asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial" (art. 5º, XI da CF)

A Emenda Constitucional 26/2000 incluiu a moradia no artigo 6º da Lei Maior, que define os direitos sociais. Realçamos o fato de ter o legislador usado o termo moradia, em detrimento de habitação, casa, ou outro qualquer. Caminha a própria Constituição, portanto, para a definição do termo moradia como sendo o norteador na busca de uma uniformização terminológica.

Pois bem, a moradia foi incluída em nossa constituição dentro do Capítulo II do Título II, que trata Dos Direitos Sociais. Para os fins que buscamos agora, resta suficiente realçar a positivação constitucional da moradia como um direito fundamental, este sim um elemento central para um conceito sobre o tema³²

Outro artigo constitucional que contempla a moradia, ainda usando este termo, vem logo após o artigo 6º, no mesmo capítulo dos direitos sociais, estando expresso no artigo 7º, inciso IV³³, que trata do salário mínimo. Ao definir o salário mínimo como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais, a Constituição tratou de oferecer um valioso conceito sobre quais seriam as necessidades vitais básicas de um trabalhador e de sua família: "moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social".

³¹ O Título II da Constituição versa sobre "Direitos e Garantias Fundamentais", sendo que o Capítulo I dispõe sobre "Direitos e Deveres Individuais e Coletivos"

³² O artigo 6º da Lei Maior, após a Emenda Constitucional 26/2000 passou a ter a seguinte redação: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição"

³³ Assim dispõe o artigo 7º da Constituição Federal de 1988, e seu inciso IV: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim."

De essencial mesmo, o que podemos extrair dos mandamentos constitucionais é que a moradia é uma necessidade vital básica, um "locus" privilegiado do indivíduo, onde este poderá exercer os seus direitos ao descanso, ao lazer, à privacidade, à intimidade ou, até mesmo, ao trabalho.

Asilo inviolável do indivíduo, onde não se pode entrar sem o seu consentimento. Eis um importante elemento de definição do direito à moradia. A intimidade do ser humano é exercida, na sua plenitude, dentro da moradia. O exercício da vontade particular de cada um mostra-se soberano dentro da moradia. A invasão a esse mundo particular, individual ou familiar, só é autorizada quando bens jurídicos maiores estão em jogo.

Daí justifica-se o mandamento constitucional que assegura a inviolabilidade da moradia, limitada apenas por questões afetas a interesses públicos maiores. Duas ordens de valores fixam o limite desta inviolabilidade. A primeira é a necessidade de se proteger a vida acima de tudo, seja a vida da coletividade - desastre - ou a própria vida do morador - prestar socorro. O segundo grande interesse público justificador de se limitar a inviolabilidade do direito à moradia é o de respeito às leis positivadas do Estado e ao seu "*jus imperium*" - possibilidade de entrar na casa dos outros sem consentimento, quando houver flagrante delito ou determinação judicial.

1.4.2 – ELEMENTOS CONCEITUAIS DO DIREITO À MORADIA NA AGENDA HABITAT

Outro documento de extrema importância no direito positivo que pode nos trazer valiosos elementos para a caracterização do direito à moradia é a Agenda Habitat, declaração firmada em Istambul no ano de 1996, sobre a qual nos aprofundaremos em capítulo específico. Para o presente momento destacamos

deste documento os principais trechos que podem nos trazer elementos valiosos para a conceituação do direito à moradia

No preâmbulo da Agenda Habitat é reconhecido que o acesso à habitação é essencial para a garantia do equilíbrio físico, psicológico, social e econômico do ser humano. A Declaração de Istambul estabelece que toda pessoa tem direito a um nível adequado de vida para si e para sua família, incluindo adequado acesso à alimentação, vestimentas, moradia, água, saneamento básico e serviços públicos essenciais, como coleta de lixo, hospitais, escolas e postos agentes públicos que garantam a segurança e o respeito às leis.³⁴

O parágrafo 24 da Agenda reafirma a necessidade dos governos desenvolverem ações para melhorar as condições de vida e de trabalho da população, numa base sustentável e equitativa, propiciando a todos moradia adequada, habitável, sadia, segura, protegida, acessível, que inclua serviços básicos, facilidades e amenidades, bem como o gozo de direitos referentes à segurança da posse.

O parágrafo 44 enfatiza ações que os governos devem desenvolver para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, das quais vale destacar, para definição do conceito: (i) expansão do suprimento de moradias; regulamentação e incentivos ao mercado para construção de casas a preços acessíveis; provisão de subsídios para locação e outras formas de assistência à moradia para os mais necessitados; (ii) apoio a programas habitacionais para as comunidades de base, cooperativas e associações sem fins lucrativos; promoção de programas voltados aos sem teto e outros grupos vulneráveis; utilização de financiamentos e outros recursos públicos e privados de forma inovadora; (iii) criação e promoção de incentivos ao setor privado para investimento no mercado de habitações mais baratas, voltadas a

³⁴ Parágrafo 9 da Agenda Habitat

atender à demanda de moradias tanto no regime de locação como no de propriedade, desenvolvimento de modelos de ocupação territorial sustentáveis.

1.4.3 CONCEITO

Identificados os principais elementos que constituem o direito à moradia, podemos conceituar o direito à moradia como o **direito humano fundamental de acesso à moradia habitável, sadia, segura, protegida e acessível, com fornecimento de água potável, sistema de saneamento e serviços públicos básicos.**

O conceito procura reunir os elementos do direito à moradia acima mencionados.

É um direito humano, ou seja, diz respeito à dignidade humana e, por conseguinte, pertence a todos os homens enquanto tais, e não em razão de quaisquer características concretas e individuais, como sexo, raça, nacionalidade, religião, fortuna, posição social ou cor. É também fundamental pois encontra-se declarado expressamente em nossa Lei Maior, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esse direito humano fundamental abrange a necessidade de se garantir a todos uma moradia habitável, sadia, segura, protegida e acessível, com fornecimento de água potável, sistema de saneamento e serviços públicos básicos. A caracterização da extensão do direito encontra-se nestes elementos.

Habitável significa dizer que a moradia, para atender às necessidades básicas do ser humano, tem que ser ventilada e deve possuir espaço suficiente para o número de moradores que nela vive, devendo também estar construída em local fisicamente seguro para seus moradores, com bases e paredes sólidas, que não coloquem em risco a vida dos seus habitantes e que permitam o crescimento saudável e seguro das pessoas que a ocupam.

Sadia pois deve possuir higiene, serviço de coleta de lixo periódico, o entorno de áreas públicas deve estar bem cuidado, não exposto a animais e insetos que possam invadir as moradias e transmitir doenças letais ou que causem deficiências

Segura pois deve ser inviolável para qualquer um que não possua o consentimento do morador para nela penetrar. Os únicos casos de permissão para o acesso ao interior da moradia sem consentimento do morador estão bem delineados na Constituição Federal e não podem ser ampliados. A garantia deste direito é parte do direito à moradia.

Protegida no sentido de que deve possuir garantias de segurança na posse, não podendo ser o morador despejado sem o devido processo legal, onde possa se defender e exercer o direito ao contraditório. É o direito de se proteger contra a turbacão e o esbulho, podendo inclusive solicitar o auxílio do Poder Estatal para assegurar este direito. A proteccão dada pela moradia constitui também importante instrumento para a fruicão do direito à privacidade e intimidade, já que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem o consentimento do morador.

Acessível em dois sentidos. Deve a moradia, primeiramente, ser financeiramente acessível a todos os cidadãos. Significa dizer que devem os governos agirem no sentido de oferecer a que não tem condições o acesso a moradias públicas. Além disso, a acessibilidade da moradia também significa que deve esta estar em local que se possa chegar através de vias públicas, preferencialmente servidas com veículos de transporte público

Outra importante característica da noção de direito à moradia proposta é o acesso dos moradores à água potável e saneamento básico. Sem água potável e saneamento básico dificilmente haverá higiene e habitabilidade. A falta de água potável é um fator que abala a saúde dos habitantes de uma morada e dificulta,

até, a alimentação. O saneamento básico, por sua vez, garante a higiene do entorno da moradia e da moradia em si mesma, evitando o acúmulo de resíduos orgânicos e a proliferação de animais e insetos nocivos à saúde.

O último elemento do conceito, e também um dos mais importantes, é o fornecimento regular de serviços públicos básicos, como a coleta de lixo, escolas, postos de saúde ou hospitais, postos de segurança, transporte público, dentre outros. É fundamental que a moradia permita ao seu habitante a sociabilização e o pleno exercício de sua cidadania, fatores essenciais para uma existência digna.

Respeitados esses elementos essenciais, é necessário também ressaltar que as políticas habitacionais devem ser elaboradas e executadas com a participação, preferencialmente direta, da população interessada, que deve ter direito de interferir na definição e na execução das ações a serem tomadas para a solução dos problemas habitacionais. Deve-se garantir direitos iguais para as minorias, homossexuais, pobres, deficientes físicos, idosos, pessoas solteiras moradores de rua, dentre outros grupos vulneráveis, evitando-se, quando da definição de políticas habitacionais, qualquer forma de discriminação.

O conceito acima apresentado reúne todas as características que uma moradia deve ter, não significando, porém, que uma moradia que não possua todos esses elementos não seja considerada como tal. O objetivo da conceituação é justamente o de poder avaliar, com profundidade, qual o grau de proteção que o direito à moradia está recebendo nos casos concretos, aferindo-se objetivamente quais são as ações necessárias para que, num determinado caso, o direito à moradia seja plenamente realizado.

CAPÍTULO 2

O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema de proteção dos direitos humanos compõe-se do conjunto de normas voltado à proteção dos direitos necessários para que o ser humano possa desenvolver-se em sua plenitude física, espiritual, psicológica, humana. O sistema de proteção dos direitos humanos possui normas voltadas ao reconhecimento dos direitos humanos, bem como à instituição de garantias para a plena realização desses direitos. A análise do direito à moradia exige que, em um primeiro momento, identifiquemos onde se situa este direito dentro sistema de proteção dos direitos humanos.

O sistema de proteção dos direitos humanos, subsistema do sistema jurídico vigente, é dotado de características e princípios próprios³⁵, composto pelo conjunto de normas nacionais e internacionais e voltado ao reconhecimento dos direitos humanos e à instituição de garantias concretas para a plena realização dos direitos humanos.

O sistema jurídico, dentro do qual encontra-se o sistema de proteção dos direitos humanos, apresenta uma ordem composta por um conjunto de elementos ordenados e organizados em um sistema lógico, voltado a uma finalidade determinada. Dentre os elementos formadores do sistema jurídico, as normas protetoras dos direitos voltados à proteção da vida e da dignidade do homem são, sem dúvida, aqueles que devem ocupar o espaço mais relevante.

³⁵ Para Antônio Augusto Cançado Trindade. " ... o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por um lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados" (Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, Vol I, p.20)

Com efeito, por sua relevância, os direitos humanos, atualmente, ocupam ramo bem definido dentro da ciência do direito, dotado de especificidades e organização próprias, integrados ao ordenamento jurídico ao qual pertencem. A própria evolução histórica dos direitos humanos dá o embasamento fático e oferece um quadro normativo extenso, mais do que suficiente para afirmarmos, com tranqüilidade, que os direitos humanos hoje são estudados como um ramo autônomo dentro da ciência do direito ou, como já dito, como um subsistema dentro do sistema jurídico, um ordenamento jurídico específico e relevante inserido dentro do ordenamento jurídico geral. Assim, os direitos humanos, tais como concebidos modernamente, representam um subsistema que agrega uma diversidade de direitos, dotados de princípios e características próprias, dos quais destacam-se os civis, políticos, sociais, culturais e econômicos, além dos direitos humanitários, difusos e coletivos.

Os direitos humanos representam, pois, os direitos mínimos necessários para que cada ser humano possua condições básicas para a garantia de uma existência digna. Podemos encontrar ao longo da história, desde a antiguidade clássica, textos e referências literárias que abordam, direta ou indiretamente, os direitos básicos do ser humano. Esta evolução se mostrou tanto mais rápida a partir do renascimento e iluminismo, com a eclosão de 'Revoluções' na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América. Destacam-se as Revoluções Gloriosa e Puritana, na Inglaterra, a Revolução pelos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, e a proclamação da independência dos Estados Unidos da América, redigida por Thomas Jefferson.

Com base, principalmente, na necessidade de impor limites aos poderes dos reis absolutistas, estas revoluções preocuparam-se precipuamente em garantir o que hoje chamamos de direitos civis e políticos, em especial a liberdade individual. Promovidas pelos interesses da burguesia dominante, as revoluções serviram para limitar o poder tributário do detentor do poder estatal, criar as sementes dos princípios da legalidade, da ampla defesa, da publicidade dos atos estatais, do

direito de propriedade privada, da liberdade de expressão, de produção, de contratar etc. Dentro do modelo liberal que imperava na época, elevaram-se os princípios da liberdade individual perante o Estado e da defesa dos indivíduos contra a arbitrariedade de atos estatais.

O lema imortalizado pela Revolução Francesa, "Liberdade, Igualdade e Fraternidade", representava o novo modelo de Estado que se buscava. A liberdade individual, a igualdade e a solidariedade entre os Homens e os povos. Entretanto, o que se verificou ao longo de todo o século XIX foi que a defesa dos direitos individuais suplantou a necessidade da promoção da igualdade e da fraternidade, que hoje enquadrariam-se dentro dos chamados direitos econômicos, sociais e culturais. Os interesses de uma pequena elite burguesa dominante passaram a orientar quais seriam os direitos humanos a serem protegidos com maior rigor pelo Estado, e quais seriam aqueles que não deveriam ter tanta atenção. Neste contexto histórico verificamos o crescimento brutal de desigualdades sociais, que levaram aos movimentos sociais do século XIX, movimentos estes cujas bandeiras podem ser levantadas até os dias de hoje.

Tanto assim é que os direitos individuais possuem muito mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a 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.

Como dito, o modelo sistêmico voltado à proteção dos direitos humanos tem origem na antiguidade, e vem se desenvolvendo desde então em busca de uma forma que sirva, da melhor maneira possível, para proteger o ser humano e oferecer-lhe uma vida digna. Por essa razão, faz-se importante a análise da

evolução dos direitos humanos ao longo da história, a fim de verificarmos o sistema ao qual está integrado o objeto deste trabalho, que é o direito à moradia. É a partir da análise da evolução histórica dos direitos humanos que poderemos adentrar de forma mais aprofundada no tema desta dissertação. O Direito à Moradia e suas Garantias no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos.

2.2 FORMAÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:

A afirmação de que o Homem é um ser único e possui direitos básicos inerentes à sua existência remonta à antiguidade clássica. Para alguns, quando se afirma que os Gregos já possuíam uma noção de Direitos Humanos, a afirmação soa falsa e despropositada, uma vez que a própria concepção dos "detentores de direitos" já era bem limitada, tendo em vista que havia a escravidão, por exemplo. Entretanto, descontadas as realidades históricas que compunham esta civilização, podemos encontrar em diversos textos alusões a direitos básicos do ser humano, direitos estes que não poderiam ser violados por ninguém, nem pelos detentores de poderes terrenos.

A civilização grega já possuía a noção de que existiriam direitos inerentes aos seres humanos, de origem divina e que não poderiam ser violados pelos Homens. Os Estóicos consideravam equivalentes divindade e racionalidade. A racionalidade, para os Estóicos, era a exteriorização das leis naturais emanadas pela divindade. A validade das leis dos mortais dependia de sua correspondência com as Leis naturais. Tal entendimento já estava enraizado na cultura grega. Sófocles, em *Antígona*, já expressava o entendimento de que existiam leis de origem divina que não poderiam ser alteradas por qualquer mortal.³⁶

³⁶ Vale transcrever trecho da obra de Sófocles. O trecho refere-se à parte em que Antígona, após sepultar o cadáver de seu irmão, é presa por ter desobedecido decreto do Rei Creonte, que havia determinado que os cadáveres dos inimigos mortos em combate deveriam ficar insepultos. Colocada diante ao Rei, trava-se o seguinte diálogo:

O estoicismo, representado no mundo latino por Cícero, Marco Aurélio, Sêneca, entre outros, influenciou consideravelmente o Direito Romano.³⁷ Importantes juristas aceitaram a existência de um direito natural, adotando-o como fundamento dos direitos das gentes. Esta ética estoica sobreviveu à idade média, sendo o principal elo de ligação desta época histórica com o pensamento medieval. A idéia de que a legitimidade das leis dependia de sua correspondência com as leis naturais, eternas e imutáveis, exerceu a função de paradigma do direito positivo e adentrou o mundo medieval, embasando o pensamento medieval por longo tempo.

Na idade média os direitos do homem (ou "direitos naturais") continuaram sendo fundamentados em regras divinas. A diferença consistiu no fato de que, ao contrário dos Gregos, politeístas, os medievos entendiam que as chamadas "leis naturais" decorriam diretamente da vontade de um Deus onipresente, onipotente. O poder terreno não poderia de forma alguma, desafiar as "leis naturais", que seriam as emanadas de Deus. Continuava a fundamentação mística dos direitos humanos, com forte apego religioso, que vinculava diretamente a existência de direitos do homem com a vontade Divina, ou seja, os direitos humanos

CREONTE: ... Fala, agora, por tua vez; mas fala sem demora! Sabias que, por uma proclamação, eu havia proibido o que fizeste?

ANTÍGONA: Sim, eu sabia! Por acaso poderia ignorar, se era uma coisa pública?

CREONTE: E apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a essa determinação?

ANTÍGONA: Sim, porque não foi Júpiter que a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis: não existem a partir de ontem, ou de hoje: são eternas, sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! Tais decretos, eu, que não tenho o poder de homem algum, posso violar sem que por isso me venham punir os deuses! Que vou morrer, bem sei; é inevitável: e morreria mesma sem a tua proclamação. E se morrer antes do meu tempo, isso será, para mim, uma vantagem, devo dizê-lo! Quem vive, como eu, no meio de tão lutosas desgraças, que perde com a morte? Assim, a sorte que me reservas é um mal que não se deve levar em conta: muito mais grave teria sido admitir que o filho de minha mão jazesse sem sepultura; tudo o mais me é indiferente! Se te parece que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de loucura! (Sófocles, *Antígona*, Ediouro, tradução de J.B. Mello e Souza, 18ª ed., p. 85/86)

³⁷ "Duas máximas exemplificam o entendimento que os romanos tinham do direito natural. Uma é das Institutas, outra de um jurista. (1) *Naturalia jura, divina quadam Providentia instituta, semper firma atque immutabilia permanent* (os direitos naturais, constituídos pela divina Providência, permanecem sempre firmes e imutáveis). Inst., Liv. I, tit. 2, §11; (2) *Civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest* (a razão civil não pode corromper os direitos naturais). Gaius, frag. 8, liv. 4, tit. 5.; ap. Vitorino Prata Castelo Branco.

vinculavam-se a uma origem que fugia à compreensão humana. São Tomás de Aquino aduzia que ninguém era obrigado a sujeitar-se a um governante usurpador ou injusto, assinalando que a sedição ou revolta contra um tirano constituía ato legítimo³⁸

O fim da idade média resultou em um processo de concentração de poder nas mãos do. O surgimento dos Estados Absolutistas representou o início de mudanças consideráveis nos modelos de organização social e proteção do indivíduo. O excesso de poder do Rei levou a burguesia a buscar novas formas de Estado onde o poder do soberano fosse limitado.

Desta busca surgiram diversos teóricos que passaram a defender a racionalização dos direitos do homem e a busca de fundamentos 'terrenos' para os direitos básicos do ser humano. O respeito aos direitos era baseado, até então, na punição divina (concretizada pelos Reis e pela Igreja). Tal ponto de vista passaria, então, por uma grande guinada, transferindo-se para a racionalidade o dever de descobrir quais seriam os "direitos naturais" do homem. Passava-se da fundamentação calcada em premissas de cunho religioso, originadas na fé, para a fundamentação eminentemente racional, baseada em construções lógicas que permitissem que racionalmente qualquer ser humano, independente de sua crença ou religião, se visse obrigado a aceitar. Cabia, então, ao homem, e somente a ele, descobrir quais seriam os direitos básicos de todo ser humano.

Com a racionalização dos "direitos naturais", foram surgindo movimentos que, aos poucos, reduziram o poder do Rei Absolutista, enfraquecendo a base do seu poder que era, exatamente, o vínculo direto com Deus. A busca de outros fundamentos para os direitos naturais do homem além daqueles baseados

Direito Romano, S. Paulo, Pioneira. 1965. p. 94 (in, Enrique Ricardo Lewandowski, *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. S. Paulo, Forense. 1984. p. 4/5)

³⁸ Summa, Secunda Secundae, Quaest. XLLII arts. 1 e 2, p. 581, 582 e 583 da Encyclopaedia Britannica. Chicago. 1952

puramente na fé e em Deus acelerou o rompimento definitivo entre Estado e religião.

Surge a idéia do jusnaturalismo, direitos naturais que independem de qualquer fundamentação divina uma vez que defluem da própria natureza humana, bastando racionalizá-la para descobri-los. Esse homem natural, enquanto ser pensante dotado de liberdades e de direitos, passou a ser considerado capaz de constituir sua própria regra de conduta.

Vale destacar, deste período de transição da história, alguns teóricos que já traçavam de forma embrionária os direitos "irrenunciáveis" do Homem. Thomas Hobbes defendia, já em 1651, que somente o direito de proteger-se a si mesmo era irrenunciável, sendo todos os outros direitos derivados deste.³⁹ Já Locke, grande teórico do liberalismo, elencava três direitos naturais básicos: a liberdade, a propriedade e a vida, defendendo, inclusive, o direito de qualquer povo destituir o Poder que não garantisse tais direitos⁴⁰. No final do século XVIII Jean Jacques Rousseau defendia que os direitos inalienáveis do Homem seriam a garantia equilibrada da igualdade e da liberdade. Para Rousseau, a liberdade consistia no direito de obedecer às leis e vê-las sendo obedecidas.⁴¹ Montesquieu – 1748 – também contribui nesta racionalização quando lançou as sementes da idéia de separação de poderes (tripartição das funções do Estado), fundamental na defesa dos direitos individuais. Afirmava que antes de todas as leis "existem as da natureza, assim chamadas porque decorrem unicamente de nosso ser. Para conhecê-las bem é preciso considerar o homem antes do estabelecimento das sociedades".⁴²

Esta transição do mundo medieval para o mundo moderno, riquíssima em doutrina, também foi pródiga em fatos históricos que contribuíram definitivamente

³⁹ Thomas Hobbes *Leviathan*, London. Collier. MacMillan

⁴⁰ Lewandowski, *Op. Cit.*, p.32/37

⁴¹ Jean Jacques Rousseau, *O Contrato Social*.

para a consolidação dos direitos humanos, com o surgimento de documentos que até hoje fundamentam os Direitos Humanos

O primeiro Estado onde estes fatos ocorreram foi a Inglaterra, país onde, durante o século XVII, ocorreram importantes movimentos em defesa das liberdades individuais e contra arbitrariedades do Estado, dentre as quais destacamos os seguintes: (i) Revolução Puritana, 1628 – Petition of Rights, que institui a necessidade de aprovação parlamentar de tributos e a proibição de punição de súditos sem amparo na Lei; (ii) Habeas Corpus Act - 1679, em proteção à liberdade e ao devido processo legal; (iii) Revolução Gloriosa - 1689 – Bill of Rights, obrigatoriedade de aprovação das leis pelo parlamento, garantia de liberdade religiosa.

Na esteira dos ventos que sopravam da metrópole, os Estados Unidos da América declararam, em 1776, a sua independência, afirmando valores como os da igualdade de todos os homens e a existência de certos direitos inalienáveis, como a vida, a liberdade e a busca pela felicidade.

O fato histórico que talvez seja o mais significativo na construção dos direitos do homem foi a Revolução Francesa de 1789, da qual resultou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, um dos principais documentos históricos que marcam o início do Estado Moderno. A Declaração de 1789 previa que "todos os homens são iguais pela natureza e perante a lei" e que "a finalidade da sociedade é a felicidade comum - O governo é instituído para garantir a fruição de seus direitos naturais e imprescritíveis. Esses direitos são a liberdade, a segurança e a propriedade"

As Constituições de Estados Nacionais vieram solidificar a positivação dos Direitos. Dentre as principais características do constitucionalismo surgido após a

⁴² Montesquieu. *Do Espírito das Leis*. São Paulo. Abril. 1973. p 34

Revolução Francesa destacamos (i) positivamente do princípio da legalidade, (ii) constituições escritas e rígidas, que exigem procedimentos mais complexos para sua alteração, (iii) divisão de poderes, (iv) direitos individuais eternos e imutáveis (liberdade e igualdade), (v) soberania popular por meio de representatividade no poder legislativo – elevação da noção de cidadania, (vi) estado destinado a garantir a liberdade individual, sem quase nenhuma preocupação com o bem estar coletivo, (vii) absentismo estatal na esfera particular.

Dentro destas características tivemos a Constituição Francesa, em 1791, a dos Estados Unidos da América em 1787, a Espanhola e a Portuguesa, em 1812, a Belga em 1822 e a Brasileira em 1824. Estas foram constituições que refletiram o pensamento dominante da época, que, conforme já apontado, era o liberalismo burguês, refletindo a prevalência da orientação passiva do Estado, como simples conservador dos direitos dos que já os possuíam, sem nada fazer pelos que não tinham qualquer direito a conservar. A ordem política instalada pela Burguesia, do "laissez faire, laissez passez", que pregava a não intervenção do Estado na liberdade de iniciativa e de contrato (inclusive de trabalho), acabou gerando um enorme desequilíbrio social, onde patrões exploravam empregados com a aplicação da "mais valia", regimes trabalhistas de semi escravidão, com jornadas de trabalho de até 16 horas por dia e direitos trabalhistas quase inexistentes.

Estas desigualdades estimularam o surgimento, ainda no Século XIX, de movimentos em prol direitos sociais. O Estado, tal como estava sendo utilizado, tornou-se um instrumento de opressão dos trabalhadores e das classes menos favorecidas. Os movimentos do século XIX questionavam a questão da liberdade como sendo um direito apenas destinado ao burguês, já que somente quem tinha tempo poderia fazer reunião e somente quem tinha meios poderia expressar suas opiniões. Os direitos individuais conquistados estavam se mostrando como direitos meramente formais, existente para uma pequena parcela da população e causador de exclusões sociais gritantes. Denunciavam a suplantação do direito de igualdade pelo direito de liberdade. O que estava sendo colocado em xeque era o

fato de que a proteção exclusiva dos direitos individuais não estava contemplando os princípios da Revolução de 1789, uma vez que haviam sido deixadas de lado a igualdade e a fraternidade. Caberia ao Estado, desta forma, interferir na atividade dos particulares para que estes usufruissem a liberdade individual sem que com isso prejudicassem os direitos sociais e a busca pela igualdade. Neste mesmo sentido já acenava a Igreja Católica, através do Papa Leão XIII, que em 1891 redigiu a encíclica *Rerum Novarum*, na qual advogava a intervenção ativa do estado em questões sociais, visando melhorar as condições de vida dos miseráveis e excluídos.

Entretanto, somente no século XX os direitos sociais começaram a se incorporar nas constituições dos Estados. A primeira a incluí-los foi a Constituição Mexicana, em 1917, sendo seguida por diversas outras nações, incluindo o Brasil. Esta evolução histórica de constitucionalização (fundamentalização) resultou num modelo estatal adotado pela grande maioria dos países do mundo, onde figuram, desde o início do século, de um lado, os direitos individuais, derivados da Bill of Rights e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Os direitos individuais são direitos que protegem o indivíduo contra o Estado - vida, segurança, igualdade de tratamento perante a lei, propriedade, liberdade (de ir e vir, de expressão, de reunião, de associação, dentre outras liberdades). De outro lado, podemos encontrar em diversas constituições menções expressas aos direitos sociais, econômicos e culturais, que refletem pretensões do indivíduo perante o Estado - trabalho (greve, salário mínimo, jornada máxima de trabalho, aposentadoria), acesso aos bens históricos e culturais e às ciências, educação, saúde, moradia, lazer, segurança, previdência social, dentre outros.

Nas últimas décadas pudemos acompanhar o surgimento dos direitos que têm como titular não os indivíduos na sua singularidade, mas grupos humanos, como a família, o povo, a nação ou a própria humanidade.⁴³ Pode-se dizer que compõem

⁴³ Celso Lafer. *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos*, Companhia das Letras, 2ª edição, 1998. p 125 a 137

esse conjunto de direitos humanos o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito ao meio ambiente e o direito de comunicação.⁴⁴

A formação histórica do sistema de proteção dos direitos humanos nos trouxe, além da proteção dos direitos humanos dentro das nações soberanas, verificada nas constituições dos Estados Modernos, uma proteção universal dos direitos de todos os seres humanos do mundo, calcada em diversos instrumentos normativos internacionais. Esses instrumentos normativos internacionais representam um grande marco na defesa concreta dos direitos humanos e teve seu desenvolvimento acelerado neste século, após a Segunda Guerra Mundial. Para finalizar a análise da formação histórica do sistema de proteção dos direitos humanos, destaca-se quatro documentos normativos que formam o pilar do sistema de proteção dos direitos humanos, quais sejam: (i) a Carta das Nações Unidas, (ii) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, (iii) o Pacto dos direitos civis e Políticos, e (iv) o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

2.2.1 A CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Em meados do século XX, a internacionalização do Direito para questões além das referentes aos crimes de guerra acelerou-se. A Liga das Nações⁴⁵, surgida a partir do Tratado de Versalhes, em 1919, não conseguiu evitar a Segunda Grande Guerra, sendo por isso substituída, logo após o término deste triste capítulo da história mundial, pela criação da Organização das Nações Unidas – ONU, em 1945.

⁴⁴ Karel Vasak. *Léçon Inaugurale*, sob o título *Pour Les Droits de l'Homme de la Troisième Génération. Les Droits de Solidarité*. ministrada em 2 de julho de 1979, no Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo, apud Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 9ª edição. São Paulo, 2000, p. 523.

⁴⁵ A Liga das Nações, surgida do Tratado de Versalhes de 1919, após a primeira guerra mundial, já possuía agências como a Organização Internacional do Trabalho – OIT, destinada à proteção do controle (ainda que pequeno) das condições de trabalho oferecidas em todas as nações. Entretanto, se comparada com as Nações Unidas, verifica-se que a atuação da Liga das Nações no campo de proteção de direitos humanos era muito tímida.

A Carta das Nações Unidas, aprovada na Conferência de São Francisco em 26 de junho de 1945 representou um enorme avanço na positivação dos direitos humanos no plano internacional, apresentando direitos humanos e liberdades fundamentais que deveriam ser garantidos por todos os Estados.⁴⁶

2.2.2. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Logo em seguida veio a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe em seu preâmbulo: “o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum”.⁴⁷

A declaração de 1948, embora mantenha a nomenclatura adotada pelas proclamadas sob inspiração iluminista nos séculos XVII e XVIII, possui características próprias. Como destaca Dalmo de Abreu Dallari: “O exame dos artigos da declaração revela que eram consagrados três objetivos fundamentais a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados, a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo

⁴⁶ Diz o artigo 1º. 3, da Carta das Nações Unidas: Constituem-se objetivos da ONU “conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

⁴⁷ Declaração dos Direitos Humanos de 1948 preâmbulo

cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vivem em condições subumanas”⁴⁸

A declaração inovou ainda ao introduzir elementos que passariam a caracterizar a concepção atual dos direitos humanos, como a universalidade, indivisibilidade e a interdependência dos Direitos Humanos. A partir do artigo XXIII a Declaração dispõe sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes do direito de toda pessoa, como membro de determinada sociedade, à segurança social. Daí advêm os direitos trabalhistas, de previdência, de saúde, de educação, entre outros. A Declaração dispõe, em seu artigo XXV, 1, que todos tem direito ao repouso e ao lazer, bem como 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 serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

2.2.3 PACTOS DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS E DOS DIREITOS SOCIAIS, CULTURAIS E ECONÔMICOS

A idéia inicial existente nas Nações Unidas era a da construção de uma Carta Internacional de Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal e um pacto internacional, de natureza obrigacional para os Estados signatários. Os pactos internacionais constituem o mais abrangente catálogo de direitos humanos hoje existente, de aplicação universal, complementando e aprofundando os dispositivos da Declaração de 1948

O Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 cuida dos Direitos humanos relacionados à liberdade individual, à proteção da pessoa contra a ingerência estatal em sua órbita privada, bem como à participação popular na gestão da

⁴⁸ Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p 179

sociedade. São os chamados direitos humanos liberais ou liberdades públicas. Este Pacto divide-se em seis partes, garantindo direitos dos quais vale destacar o direito à vida; a não ser submetido à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos ou degradantes, a não ser escravizado ou submetido à servidão; à liberdade e segurança pessoal, incluindo não ser sujeito a prisões arbitrárias, à igualdade perante a lei; a um julgamento justo, às liberdades de locomoção, consciência, manifestação de pensamento, religião, associação, reunião pacífica, casamento e constituição de família, votar e fazer parte do governo, diretamente ou por meio de representantes, entre outros.

O Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, também de 1966, divide-se em cinco partes, concernentes, respectivamente: (1) à autodeterminação dos povos e à livre disposição de seus recursos naturais e riquezas; (2) ao compromisso dos Estados de implementar os direitos previstos; (3) aos direitos propriamente ditos; (4) ao mecanismo de supervisão por meio da apresentação de relatórios ao ECOSOC; (5) às normas referentes à sua ratificação e entrada em vigor.

São direitos econômicos aqueles relacionados à produção, distribuição e consumo da riqueza, à disciplina das relações trabalhistas, como as que prevêm a liberdade de escolha de trabalho (art. 6º), condições justas e favoráveis, com especial atenção para uma remuneração que atenda às necessidades básicas do trabalhador e sua família sem distinção entre homens e mulheres quanto às condições e remuneração do trabalho, higiene e segurança, lazer e descanso e promoção por critério de tempo, trabalho e capacidade (art. 7º), segurança social (art. 9º), proteção à família, mães, gestantes, vedação de mão de obra infantil e restrição do trabalho de crianças e adolescentes (art. 10º).

São direitos sociais e culturais os que dizem respeito ao estabelecimento de padrões de vida adequados, incluindo a instrução e participação na vida cultural da comunidade, como prevêm os artigos 11 a 15, destacando-se a proteção

contra a fome, o direito à alimentação, vestimenta, moradia, educação, participação na vida cultural e desfrutar do progresso científico, bem como a proteção dos patrimônios históricos e culturais das comunidades locais, preservando-se seus valores e tradições

Conforme destacado, enquanto os direitos civis e políticos geralmente exigem, para sua realização, atitude absenteísta do Estado e são, desta forma, dotados de garantias eficazes que os tornam auto-aplicáveis, os direitos sociais econômicos e culturais exigem, na maior parte das vezes, pró-atividade do Estado, que deve agir para a garantia destes direitos. Por isso são considerados direitos de "realização progressiva". A progressividade na realização dos direitos sociais dificulta bastante o controle na realização destes direitos e de suas violações, pois permite que os Estados escapem das sanções previstas no ordenamento internacional, sob o argumento de que estão os realizando dentro de suas capacidades.

2.3 O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

A internacionalização das normas de direitos humanos, verificada com maior nitidez a partir de meados do século XX, originou um amplo espectro de normas positivadas, dos mais variados matizes, que foram oferecendo os principais princípios deste novo ramo do direito. A Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos de 1966, somados aos diversos instrumentos internacionais existentes, formam o que Cançado Trindade chamou, com muita propriedade, de Direito Internacional dos Direitos Humanos. "As cinco últimas décadas têm testemunhado o processo histórico de emergência, formação e consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, conformando um ordenamento de proteção dotado de especificidade própria. Este processo partiu das premissas de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, e como tais antecedendo todas as formas de organização política, e de que sua proteção

não se esgota na ação do Estado. Ao longo deste meio século, como respostas às necessidades de proteção, têm-se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos humanos, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, tida como ponto de partida do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos".⁴⁹

Simultaneamente a este fenômeno internacional de surgimento de instrumentos de proteção dos direitos humanos, diversos países do mundo passaram a incorporar em seus textos constitucionais normas de proteção dos direitos humanos, muitos repetindo disposições dos instrumentos internacionais. Também nos Estados o sistema de proteção dos direitos humanos foi se consolidando. As Constituições de cada país foram inserindo ao longo do tempo artigos, seções e capítulos inteiros dedicados à proteção dos Direitos Humanos. A Constituição Brasileira garante, juntamente com a legislação infraconstitucional, um grande quadro de normas de proteção dos direitos humanos que, juntamente com as normas existentes do direito internacional, formam o sistema de proteção dos direitos humanos no Brasil.

Para o presente estudo, que pretende identificar qual o grau de reconhecimento e proteção que tem o direito à moradia no Brasil, analisaremos o direito internacional dos direitos humanos à luz do tratamento que lhe é dado pela Constituição da República Federativa do Brasil, bem como à luz das relações que regem internacionalmente a proteção dos direitos humanos.

É na Constituição que encontramos o grau de validade e eficácia que cada uma das normas internacionais de proteção dos direitos humanos pode ter no Brasil. Nem todas as normas internacionais possuem validade jurídica internamente no país. A validade destas normas depende da manifestação de vontade do Estado, manifestada de acordo com as regras determinadas por sua Lei Fundamental, de

⁴⁹ Antonio Augusto Cançado Trindade. *Tratado Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 1, p. 59/60, ed. Fabris, 1ª edição, 1997, Porto Alegre

internalização de seus efeitos jurídicos. É certo que, em casos excepcionais, de grave violação dos direitos humanos (v.g. genocídio), admite-se a ingerência da comunidade internacional para fazer cessar a violação destes direitos. Entretanto, tal fato só se dá e só se torna justificável quando determinado Estado pratica reiteradamente a violação a direitos humanos. A comunidade internacional, personificada na figura da Organização das Nações Unidas ou ainda na figura de blocos regionais, como a Organização dos Estados Americanos, passa a ter poderes de pressão e, no limite, coação dos Estados, a fim de proteger os direitos humanos.

Necessário se faz abordar como ocorre a integração entre o direito internacional dos direitos humanos e o Direito interno do Brasil, e em que medida uma norma internacional de proteção dos direitos humanos pode ser invocada nos tribunais nacionais. Além da abordagem sobre a integração entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional, a compreensão do sistema de proteção dos direitos humanos não pode prescindir de uma análise sobre quais os princípios que regem esse sistema.

Sendo o sistema de proteção dos direitos humanos um conjunto de normas voltado a um escopo comum, que é o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos, ele apresenta princípios próprios, regras gerais aplicáveis a todo e qualquer direito humano. Como subsistema de um ordenamento jurídico, o sistema de proteção dos direitos humanos deve estar dotado de um conjunto de princípios e características próprias, aplicável a todos e quaisquer direitos humanos, indistinta e concomitantemente. Não podemos adentrar no estudo do direito à moradia especificamente sem antes delinear quais os princípios que o regem, comuns a todos os direitos humanos. Esse princípios nos servem, ainda, para dar coesão ao todo do sistema de proteção dos direitos humanos, permitindo correção de rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas.⁵⁰

⁵⁰ Fábio Konder Comparato ensina, sobre os princípios dos direitos humanos: "Justamente, se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada

A compreensão do sistema de proteção dos direitos humanos é fundamental para o estudo do direito à moradia e suas garantias, tendo em vista que o reconhecimento do direito à moradia é fruto do processo histórico de construção dos direitos humanos, que vem evoluindo com o passar do tempo. Quanto mais avançamos na história, perceberemos que novos "direitos" e novas garantias vão sendo descobertos. Essa evolução reflete a consciência, cada vez maior, que o homem possui sobre sua existência e sua dignidade. Ora, a dignidade é um valor único, indivisível não existe meia dignidade. Assim como não existe a dignidade de alguns. Trata-se da dignidade humana, do ser humano. Se novos direitos vão sendo incorporados ao "rol" de direitos reconhecidos como direitos humanos, não significa que antes não eram. Significa, apenas, que a racionalidade do homem está evoluindo e reconhecendo, cada vez com mais rigor, quais as condições mínimas para uma existência digna.

Quais as condições mínimas para uma existência digna? A resposta para esta pergunta será tanto mais simples quanto mais tivermos consciência de quais os princípios que devem reger esta busca. Ou, ainda, quais os princípios do sistema de proteção dos direitos humanos. Quando "descobre-se" um novo direito humano, nada mais se faz do que identificar, à luz de princípios gerais, as necessidades básicas do ser humano.

Para completar o estudo sobre o sistema de proteção dos direitos humanos, analisaremos os princípios que o regem. Pode-se encontrar na doutrina, sob diferentes denominações, quais seriam os princípios comuns a todos os direitos humanos. Estes princípios comuns a todos os direitos humanos compõe a base de sustentação do chamado "sistema de proteção dos direitos humanos" e, como

finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto. E, como todo sistema, eles se regem por princípios ou leis gerais, que dão coesão ao todo e permitem sempre a correção de rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas." (in, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 49)

todos os princípios, formam as características determinantes deste novo ramo do direito e de todas as suas derivações

Abordaremos mais adiante alguns dos princípios do sistema de proteção dos direitos humanos, que julgamos ser mais relevantes para a sua compreensão. Ressalte-se que os princípios aqui elencados aplicam-se, como princípios que são, também ao direito à moradia, que não pode ser estudado sem a correta compreensão de suas dimensões e de sua integração a este ramo autônomo do direito.

A abrangência e eficácia do direito à moradia no Brasil dependem inafastavelmente da compreensão sobre a forma de integração entre os ordenamentos jurídicos nacional e internacional, a fim de se verificar a abrangência do sistema de proteção dos direitos humanos. Importante, ainda, analisar os princípios que compõem esse sistema.

2.3.1 O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: INTEGRAÇÃO ENTRE OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAL E INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

O sistema proteção dos direitos humanos no Brasil, formado pelo conjunto de normas nacionais e internacionais sobre o assunto, possui um procedimento próprio voltado à integração entre o ordenamento jurídico internacional e o ordenamento jurídico interno brasileiro. É preciso buscar na Constituição da República Federativa do Brasil como é que se opera a integração de suas normas às normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

A Convenção de Viena estabelece, em linhas gerais, que "o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado pode ser expresso mediante a assinatura, troca de instrumentos constituintes do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou

adesão, ou através de qualquer outro meio acordado" (arts 11 a 17 da Convenção de Viena).

O artigo 12 da Convenção fixa as hipóteses em que a ratificação é necessária para que o Estado passe a ser obrigado no plano internacional. Em alguns documentos internacionais, dada a sua relevância, exige-se do país signatário um procedimento de aceitação do legislativo interno aos termos acordados e posterior ratificação. Esta sistemática condiciona a aceitação a um ato complexo que lhe dá maior substância, tendo em vista a aplicação do mecanismo constitucionalmente consagrado do "checks and balances", entre os poderes executivo e legislativo.

No Brasil, o artigo 84, VIII, da Carta Maior, dispõe que compete privativamente ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Complementarmente, o artigo 49, I, do mesmo diploma legal estipula que é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

Sendo assim, a conclusão do processo de aceitação nacional às normas de um Tratado Internacional sujeita-se a um ato complexo onde se integram a vontade do Poder Executivo, através do Presidente da República, e a vontade do Congresso Nacional.

O processo de integração de um documento internacional ao direito interno obedece ao seguinte procedimento: (i) o Presidente da República celebra, no plano internacional, os tratados, acordos e atos que forem de interesse para o país; (ii) cabe ao Congresso Nacional referendar o documento assinado pelo Presidente, mediante aprovação de Decreto Legislativo; (iii) somente após a aprovação pelo Congresso Nacional é que estará o Presidente autorizado a ratificá-lo, promulgando, por Decreto, o seu teor, ato este que deverá ser publicado no Diário Oficial da União em língua portuguesa. O ato do Presidente não tem natureza de ratificação, sendo, na verdade, condição de eficácia no

âmbito interno, (iv) publicado o Decreto, cabe ao Executivo depositar o instrumento de ratificação no órgão internacional competente, (v) a partir do depósito o Brasil passa a responder inclusive internacionalmente pelas obrigações assumidas no âmbito internacional

Uma vez integrado o Tratado Internacional⁵¹, passa este a possuir força jurídica interna obrigatória e vinculante. A violação de um Tratado Internacional ratificado pelo país implica em responsabilização internacional do Estado violador.

2.3.2 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E AS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Existe no mundo moderno uma tendência majoritária de internalização das normas de proteção aos direitos humanos firmadas no plano internacional. Assistimos, desta forma, a uma crescente “abertura” das Constituições contemporâneas às normas internacionais de proteção dos direitos humanos

No Brasil, podemos afirmar que, em matéria de integração das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ao direito interno, em especial os direitos individuais, o artigo 5º, §2º, da Constituição estipula a validade de todas as normas internacionais de proteção aos direitos humanos ratificadas pelo Brasil. Devem, portanto, os tribunais internos adotar estas regras para a solução de lides relacionadas à violação dos direitos internacionalmente protegidos

Outras normas do direito interno, também nos ajudam a perceber no direito internacional uma fonte de normas primárias. Antonio Augusto Cançado Trindade, com a propriedade e clareza de sempre, nos ensina: “ () Constituição Brasileira de 1988, que, após proclamar que o Brasil se rege em suas relações

⁵¹ Sobre Tratados Internacionais remetemos ao Capítulo seguinte item que trata do reconhecimento do direito à moradia no direito internacional.

internacionais pelo princípio, entre outros, da prevalência dos direitos humanos (artigo 4(II)), constituindo-se em Estado Democrático de Direito tendo como fundamento, *inter alia*, a dignidade da pessoa humana (artigo 4(II)), estatui, - consoante proposta que avançamos na Assembléia Nacional Constituinte e por esta aceita, - que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. E acrescenta que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5(1)). O disposto no artigo 5(2) da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os Direitos fundamentais nele garantidos passam, consoante os artigos 5(2) e 5(1) da CF de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno."⁵²

Com efeito, as normas definidoras de obrigações primárias de proteção dos direitos humanos estabelecidas nos tratados internacionais podem ser consideradas como válidas no Brasil, sendo, desta forma, parte integrante do sistema jurídico brasileiro.

⁵² Antônio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume I. p 407/8. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre. Brasil, 1997

O §2º do Artigo 5º da Constituição Federal dispõe que os documentos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, que protejam os direitos humanos, possuem incorporação automática. Assim, realizados os trâmites de internalização das normas internacionais, fazendo com que formalmente o Brasil seja parte de um determinado Tratado que contenha normas voltadas à proteção dos direitos humanos, essas normas automaticamente terão validade no país, inclusive com a hierarquia de norma Constitucional. Desta feita, a integração das normas internacionais de proteção dos direitos humanos é automática e independente de legislação complementar, dada a característica de norma constitucional que as disposições internacionais de proteção aos direitos humanos possuem no Brasil.

Nos dizeres de Flávia Piovesan, "não será mais possível a sustentação da tese de que com a ratificação os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advier a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais."⁵³

Sendo assim, se uma disposição de proteção a direitos humanos de um Tratado Internacional contrariar o ordenamento jurídico interno, automaticamente estaria revogado do ordenamento interno as normas que não fossem compatíveis com as disposições do Tratado Internacional.

2.3.3 PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema de proteção dos direitos humanos possui alguns princípios essenciais que não podem ser esquecidos quando da interpretação sobre a aplicabilidade e

⁵³ Flávia Piovesan. in *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, ed Max Limonad. 1ª ed. 1996, p. 104.

eficácia de quaisquer dos direitos humanos protegidos. Nesse sentido, sem querer esgotar os princípios que regem o sistema, apresenta-se neste item os princípios que devem necessariamente ser considerados quando analisamos a proteção dada aos direitos humanos.

Destacam-se os princípios do Estado de Direito, da universalidade, transnacionalidade, progressividade, indivisibilidade, interdependência e irrevogabilidade.

2.3.3.1 – ESTADO DE DIREITO

O primeiro princípio que compõe o sistema de proteção dos direitos humanos é o do Estado de Direito. Os direitos humanos exigem, para sua proteção, um ambiente social dotado de regras de convivência que garantam a todos, sem exceção, o respeito à dignidade. Essas regras devem atingir não só a figura dos governados como também, e principalmente, a figura dos governantes.

Como foi afirmado pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos, "na proteção dos direitos humanos está necessariamente compreendida a restrição ao exercício do poder estatal" (C.I.D.H, A Expressão Leis no artigo 30 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, Opinião Consultiva OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A n. 6, parágrafo 22). Significa dizer que o poder não pode ser exercido contra as pessoas, mas sim a favor de seus direitos. Por essa razão o exercício do poder deve sujeitar-se a regras, que devem compreender um conjunto de mecanismos voltado para a proteção e garantia dos direitos humanos. Esse conjunto de regras que definem o âmbito do poder e o subordinam aos direitos e atributos inerentes à dignidade humana damos o nome de Estado de Direito.⁵⁴

⁵⁴ Pedro Niken, *El Concepto de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Serie Estudios de Derechos Humanos. Tomo I. pag 22

O Estado de Direito, pois, representa o modelo modernamente adotado para a garantia dos "princípios axiológicos supremos" dos direitos humanos, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade).⁵⁵

A partir do momento em que o direito natural foi laicizado, com o conseqüente apelo para a razão como fundamento do direito, iniciou-se uma difusão em larga escala, nos séculos XVII e XVIII, da tese do contrato social como explicação e origem do Estado, da Sociedade e do Direito. "Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional de indivíduos, ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito porque não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade dos indivíduos."⁵⁶

Serve o Estado de Direito, assim, como instrumento viabilizador da realização dos direitos humanos, voltado a proteção e promoção da liberdade, da igualdade e da fraternidade.⁵⁷

A liberdade expressa-se, no Estado de Direito, através da vontade dos indivíduos, que tem como núcleo central a idéia da autonomia, demonstrando-se através da submissão de todos os membros de uma determinada sociedade às regras que ela própria estabelece e ao poder do governante que ela própria elege. As liberdades públicas, no sentido político de autogoverno, e as liberdades privadas, mecanismos de defesa existentes contra intervenções arbitrárias do governo,

⁵⁵ Fabio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 1999, Editora Saraiva, p. 50

⁵⁶ Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos - Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, 2ª edição, 1998, São Paulo, p. 121

⁵⁷ O Preâmbulo da Constituição nos oferece exata dimensão deste aspecto do Estado de Direito: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

compõe o primeiro elemento da tríade de princípios axiológicos supremos que têm, no Estado de Direito, a sua proteção mais sólida. E esta proteção é dada através do conjunto de direitos individuais voltados à garantia da liberdade.

O Estado de Direito consolida em sua dimensão, ainda, a igualdade formal, no sentido de que todos são iguais perante a Lei, não podendo haver leis ou regras aplicáveis apenas a alguns, da mesma forma que estas leis não podem privilegiar indivíduos ou grupos em detrimento de outros. A igualdade formal, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos, necessita, para se tornar realmente efetiva, do terceiro princípio axiológico supremo, ou seja, a solidariedade. De nada adianta todos terem garantida a igualdade formal se as diferenças materiais existentes entre indivíduos da mesma sociedade anular esta proteção. De fato, dizer que formalmente todos têm direito à propriedade não basta para que tenhamos uma sociedade que respeite os direitos humanos, se a propriedade só estiver ao alcance de alguns. Seria tão inútil quanto se afirmar que todos podem ir à Lua, sabendo-se que os meios tecnológicos que nos permitem ir à lua são inacessíveis a quase a totalidade dos seres humanos.

Neste sentido, o terceiro elemento que compõe a tríade de princípios axiológicos supremos, dando a dimensão dos elementos essenciais do denominado Estado de Direito, é a fraternidade. A fraternidade, ou solidariedade, expressa-se, como o conjunto de regras voltadas a um escopo comum de progresso e melhoria da qualidade de vida de todos aqueles que compõe o grupo social, determinando que um dos grandes objetivos do ser humano é possuir uma sociedade que ofereça a todos os seus integrantes a igualdade material. Para tanto é que foram sendo positivados os direitos sociais como direitos humanos, destinados a garantir condições mínimas de existência a todos os seres humanos, em especial os mais fracos e os mais pobres.

2.3.3.2 – UNIVERSALIDADE

Um dos princípios dos direitos humanos que mais causa controvérsia e que mais inspira reflexões é a universalidade. Aduz-se que, por serem inerentes à condição humana, os direitos humanos não podem ser violados sob pretextos culturais, políticos, econômicos ou sociais. Todas as pessoas são titulares de direitos humanos, sejam elas nascidas nos Estados Unidos da América do Norte ou no Brasil ou no Irã. A universalidade dos direitos humanos significa que estes, por serem condição básica para a existência digna, jamais poderão ser violados, nem mesmo sob o pretexto de que tal violação deve ser aceita em razão de características políticas, econômicas, sociais, e culturais de uma determinada sociedade.

A universalidade dos direitos humanos deriva da premissa já bastante arraigada em instrumentos internacionais e nacionais, de que todos os seres humanos nascem iguais em direitos e deveres. É essa igualdade essencial da pessoa que forma o núcleo do conceito universal de direitos humanos. Significa dizer que a dignidade do ser humano representa um valor universal que exige o reconhecimento de direitos para que seja respeitada. O fato de nascerem seres humanos em locais distintos, que apresentem realidades diferenciadas não muda essa premissa

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América do Norte já previa a universalidade de certos direitos, ao dispor: " Consideramos as seguintes verdades como auto-evidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotados pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados. Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nesses princípios, e cuja

organização de poderes lhes pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe segurança e a felicidade. Com efeito, a prudência aconselha a não se mudarem, por razões superficiais e transitórias, governos há muito estabelecidos, pois a experiência tem demonstrado que os homens são mais dispostos a sofrer males suportáveis, do que a realizar seus direitos pela abolição de formas de governo às quais já se acham acostumados. Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, visando invariavelmente ao mesmo objetivo, revela o desígnio de submetê-los a um despotismo absoluto, é seu direito e seu dever livrar-se desse governo e prover novos guardiões para sua segurança futura.”

Podemos perceber, pelo texto acima transcrito, que o rol de direitos inalienáveis, universais, não é taxativo, ficando aberto para interpretações distintas sobre sua extensão. E esse é o grande problema que se encontra na discussão sobre a universalidade dos direitos humanos. Quais são os direitos humanos universais?

A discussão acerca da universalidade dos direitos humanos suscita uma série de questionamentos que não possuem fácil solução. Para Boaventura Souza Santos, a universalidade dos direitos humanos é uma forma de globalização hegemônica, usada pelos Estados imperialistas para imposições de vontades e preceitos de cima para baixo. Existe um choque de civilizações que muitas vezes não pode ser suprimido através do discurso da universalidade dos direitos humanos. Afirma que a idéia de que a dignidade do homem é um conceito único é apenas uma versão ocidental sobre o tema. Boaventura assegura que todas as culturas tendem a considerar os seus valores máximos como os mais abrangentes, mas apenas a cultura ocidental tende a formulá-los como universais. Por isso mesmo, “a questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona pelo modo como o questiona. Em outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma questão específica da cultura ocidental.”⁵⁸ O uso

⁵⁸ Boaventura Souza Santos, in *Uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos*, artigo publicado na Revista Lua Nova, número 12, abril 1998. Sobre o tema, continua o autor: “O conceito de Direitos Humanos assenta num bem conhecido conjunto de pressupostos, todos eles tipicamente ocidentais, designadamente:

indevido feito desta noção de universalidade pelos Estados hegemônicos torna o discurso, no ver do sociólogo, perigoso. Exemplifica com o fato de que dá-se, ao mesmo discurso, dois pesos e duas medidas. No que chama de "política de invisibilidade", denuncia a omissão frente aos massacres no Timor Leste e na Índia, em contraposição ao que chama de "política de supervisibilidade", vista nos casos do Vietnã e do Kuwait. Por essas razões propugna Boaventura por uma concepção multicultural dos direitos humanos.

A questão da universalidade dos direitos humanos é igualmente questionada por países de governos fundamentalistas ou de partido único, sob o argumento de que trata-se de um mecanismo de penetração política e cultural de valores ocidentais.

Em que pese os argumentos levantados por Boaventura Souza Santos, a universalidade não deixa de ser um princípio dos direitos humanos, já que a dignidade humana transcende fronteiras (transnacionalidade). O fato de que existem diferentes conceitos de dignidade humana não elimina a existência de um núcleo de direitos identificáveis para qualquer ser humano. Sempre será possível manipular politicamente qualquer conceito, inclusive o da universalidade, mas nada poderá ocultar que as lutas contra tiranias foram, são e sempre serão universais.

A controvérsia persiste, porém pode-se afirmar que, para fins de interpretação e concepção dos direitos humanos, podemos hoje afirmar, categoricamente, que o

existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante da realidade; o indivíduo possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (Panikkar 1984:30). Uma vez que todos esses pressupostos são claramente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana em outras culturas, teremos de perguntar por que motivo a questão da universalidade dos direitos humanos se tornou tão acesamente debatida. Ou por que razão a universalidade sociológica desta questão se sobrepôs à sua universalidade filosófica. Se observarmos a história dos direitos humanos no período imediatamente a seguir à Segunda Grande Guerra, não é difícil concluir que as políticas de direitos humanos estiveram em geral ao serviço dos interesses econômicos e geo-políticos dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso generoso e sedutor sobre os direitos humanos permitiu atrocidades indescritíveis, as quais foram avaliadas de acordo com revoltante duplicidade de critérios.

princípio da universalidade encontra-se arraigado no seio do sistema de proteção dos direitos humanos, tendo sido definitivamente selado pela Declaração adotado em Viena, no dia 25 de junho de 1993 como resultado da Conferência Mundial dos Direitos Humanos. A Declaração afirma o caráter universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, assinalando: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais."

2.3.3.3 – TRANSNACIONALIDADE

Inerente à própria evolução do sistema de proteção dos direitos humanos, a internacionalização dos direitos humanos constitui-se em importante garantia para que a universalidade seja efetivamente respeitada. Os direitos humanos, por sua natureza universal, transbordam os limites territoriais das nações. A evolução dos direitos humanos indica que, quanto mais reconhecido o direito e quanto mais eficaz for sua garantia, maior o seu grau de eficácia e maiores as chances de sua plena realização em todo o planeta.

Direitos como o de não ser submetido à escravidão ou à tortura hoje já possuem um grau de internacionalização quase completo. Mecanismos de proteção internacional de direitos humanos permitem que a comunidade internacional possua, cada vez mais, a capacidade de interferir na soberania de países em defesa dos direitos humanos. A internalização de normas internacionais de proteção de direitos humanos aos ordenamentos jurídicos internos das nações vem evoluindo ao longo do tempo, sendo ainda um obstáculo à proteção efetiva de diversos direitos humanos. Tal realidade, contudo, não reduz em nada a

importância desta característica dos direitos humanos, fundamental para uma proteção eficaz dos mesmos

2.3.3.4 PROGRESSIVIDADE, INDIVISIBILIDADE, INTERDEPENDÊNCIA

Outro princípio dos Direitos Humanos é o da progressividade, que se desdobra, ainda, no princípio da indivisibilidade, ou interdependência.

Todos os direitos humanos são inerentes à pessoa humana e sua existência não depende do reconhecimento formal pelos Estados ou por organismos internacionais. Por essa razão, diversas Constituições determinam que os direitos humanos nela arrolados não esgotam o rol de direitos humanos protegidos, devendo ser a ele juntados outros direitos humanos que, sendo inerentes à condição humana, não figurem expressamente nos seus textos.⁵⁹

Destes dispositivos constitucionais pode-se tirar as seguintes conclusões: (i) que a enumeração dos direitos nas constituições são enunciativas ou taxativas; (ii) que os direitos enunciados na constituição não esgotam os que devem ser considerados como inerentes à pessoa humana; (iii) que todos os direitos enunciados na Constituição são inerentes à pessoa humana; (iv) que todo o direito inerente à pessoa humana poderia ter sido reconhecido expressamente pela Constituição; (v) que uma vez estabelecido que um direito é inerente à pessoa humana, a circunstância de não figurar expressamente no texto constitucional não deve ser entendida como um menosprezo à proteção que merece.⁶⁰

Verifica-se, assim, que os direitos humanos encontram-se em constante ampliação e aperfeiçoamento, tanto no plano interno quanto no internacional, e que a progressividade com que se vai "descobrir" a existência dos direitos

⁵⁹ É o caso da Constituição do Brasil que dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que "os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"

⁶⁰ Pedro Niken. ob. Cit. pag 26

humanos não representa hierarquização entre eles, mas sim complementaridade. Justamente por seu sentido complementar, de que não há como se conceber que os direitos humanos sejam hierarquizados ou, ainda, obedecidos em partes, é que afirma-se como princípio dos direitos humanos a indivisibilidade e interdependência. Para termos a plena realização dos direitos humanos deve-se ter como realizados todos os direitos reconhecidos como inerentes à pessoa humana, para que a falta de realização de um deles não prejudique o pleno uso dos outros.

Como bem assevera Antonio Augusto Cançado Trindade, a proteção internacional dos direitos humanos testemunhou, nas últimas décadas, tentativas ou propostas de categorizações de direitos, dentre as quais a mais próxima da operação dos meios de implementação tem sido precisamente a da suposta distinção entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais. Não tardou muito para que se percebesse que, assim como há direitos civis e políticos que requerem ação positiva do Estado (e.g. direito civil à assistência judiciária como integrante das garantias do devido processo legal), também há os direitos econômicos, sociais e culturais ligados à garantia do exercício de medida de liberdade (e.g. direito à greve e liberdade sindical), ao que há que se acrescentar a vinculação dos direitos humanos à garantia efetiva da liberdade da pessoa humana. Ao recordar, a esse respeito, que o núcleo de direitos humanos possui caráter inderrogável (e.g. direitos à vida, a não ser submetido a tortura ou escravidão), encontrando-se inelutavelmente ligado à salvaguarda da própria existência, liberdade e dignidade da pessoa humana, compreende-se a razão para que, no transcurso das três últimas décadas, tenha havido uma reconsideração geral da dicotomia entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos.⁶¹

⁶¹ Antonio Augusto Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, p. 359, 360)

O ilustre jurista nos lembra, ainda, que o divisor de águas neste sentido foi a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã no ano de 1968. A Conferência proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmando que a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em suma, "entre as duas 'categorias' de direitos - individuais e sociais ou coletivos - não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia"⁶².

A Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, realizada em Viena, também proclamou solenemente tal princípio, nos seguintes termos: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados".

2.3.3.5 – IRREVERSIBILIDADE OU IRREVOGABILIDADE

Uma vez reconhecido formalmente um direito como um direito humano, inerente à pessoa humana e, portanto, necessário à sua existência com dignidade, fica este irrevogavelmente integrado à categoria de direitos cuja inviolabilidade e deve ser respeitada e garantida.⁶³

Como vimos, o homem assumiu para si a responsabilidade de identificar, racionalmente, os seus direitos básicos, a partir dos elementos visíveis e invisíveis, concretos e transcendentais que compõe a sua razão. O reconhecimento dos direitos humanos representa um processo histórico, sintetiza um conjunto de reflexões e definições acerca da existência do homem, baseadas na natureza mortal e fisicamente frágil do ser, bem como nas condições vitais para uma sobrevivência digna e nas realidades de seu Habitat. Por isso mesmo é que não se pode permitir a sua reversão ou revogação, pois isso só seria possível para

⁶² Antonio Augusto Cançado Trindade, ob. Cit., p. 360

⁶³ Pedro Niken, ob. Cit., p. 24

direitos disponíveis, obviamente não se aplicando a direitos humanos. A dignidade do homem é um bem indisponível.

Sendo assim, na medida em que o homem toma conhecimento de si mesmo, novos direitos humanos vão sendo incorporados ao sistema de proteção dos direitos humanos e à sua rede de proteção. Trata-se da progressividade. Os direitos humanos, como expressão da dignidade humana, vão sendo reconhecidos formalmente progressivamente, na medida em que os Estados os positivam. Entretanto, a existência deles não depende do reconhecimento, pois existem mesmo sem que haja o seu reconhecimento formal.

O princípio da irreversibilidade visa garantir a progressividade e o aperfeiçoamento dos direitos humanos. Afirma-se pelas consequências práticas de proibição de se determinar o fim da vigência de um Tratado Internacional ou de uma norma constitucional interna que reconheça e proteja os direitos humanos. Ficam, assim, as normas de reconhecimento e proteção dos direitos humanos dotadas de irrevogabilidade, embora possamos encontrar, ainda, em documentos Internacionais, exemplos de direitos humanos que admitem sua revogação.⁶⁴

No Brasil, a constituição federal dotou as normas de proteção de direitos humanos do princípio da irreversibilidade, quando dispôs em seu artigo 60, Par. 4º, que os direitos e garantias individuais não poderão ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional que tente aboli-los. Embora a norma refira-se tão somente aos direitos e garantias individuais, pode-se afirmar que os direitos sociais e coletivos, assim como os difusos, expressos na Constituição ou por ela incorporados, não são passíveis de revogação, podendo-se afirmar que também integram o rol das chamadas cláusulas pétreas. E não poderia ser diferente, à luz do que já foi visto anteriormente, pois não há como se falar em proteção dos direitos individuais sem que os direitos sociais sejam igualmente protegidos.

⁶⁴ A Convenção Para a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, prevê em seu artigo XV a revogação mesma, quando o número das partes se reduzir a menos de dezesseis.

Ademais, constituem objetivos fundamentais do Brasil erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III), não sendo possível conceber que esses objetivos possam ser atingidos sem a proteção dos direitos sociais. Desta forma, pelo menos até que se possa afirmar que no Brasil não existem mais desigualdades sociais que comprometam a plena realização dos direitos individuais, pode-se afirmar que os direitos sociais, tal qual os direitos individuais, são irrevogáveis, por serem um pressuposto do outro.

CAPÍTULO 3

O DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Como visto anteriormente, o direito à moradia foi incorporado ao sistema de proteção dos direitos humanos ao longo história, acompanhando o processo de racionalização sobre quais os direitos básicos necessários para que um ser humano possa ter uma existência digna. O reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental é recente tanto no que diz respeito ao ordenamento jurídico internacional quanto no que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro.

No plano internacional, podemos afirmar que o primeiro documento normativo que declarou a moradia como um direito básico do ser humano foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Mesmo assim, tal declaração deu-se de maneira tímida e não acarretou em maiores consequências práticas para a efetivação do direito à moradia. Ao longo da segunda metade do século XX outros documentos internacionais incorporaram a moradia no rol de direitos humanos fundamentais, dentre os quais destacamos, neste momento, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, e a Agenda Habitat, de 1996.

No Brasil, o reconhecimento definitivo da moradia como um direito humano fundamental deu-se através da Emenda Constitucional nº 26, publicada no Diário Oficial de 15 de fevereiro de 2000.

Neste capítulo abordaremos o processo de fundamentalização do direito à moradia, identificando, dentro do sistema de proteção dos direitos humanos, onde podemos encontrar o reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental.

3.1 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A Constituição da República Federativa do Brasil, aprovada em 1988, apresenta um conteúdo programático bastante claro, no qual estão incluídas as principais diretrizes para o desenvolvimento urbano brasileiro.

O artigo 1º já dispõe que o Estado Democrático Brasileiro tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Verifica-se, portanto, que é princípio do ordenamento jurídico brasileiro a proteção à dignidade da pessoa humana e à cidadania. Outro importante princípio que deve ser elevado é o de prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Para que a pessoa humana tenha uma vida digna e pleno acesso à cidadania, faz-se imperioso que suas necessidades vitais básicas estejam asseguradas, tais como moradia adequada, alimentação, educação, transporte, saúde, lazer, entre outros.

Seguindo com seu conteúdo principiológico e programático, a Constituição Federal dispõe no artigo 3º que são objetivos da República do Brasil: (1) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, (2) a garantia do desenvolvimento nacional, (3) a erradicação da pobreza e da marginalização, reduzindo-se as desigualdades sociais; (4) a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação.

A Constituição Federal de 1988 representou um grande marco na defesa dos direitos humanos no Brasil. A nossa Lei Maior possui um sistema de proteção dos direitos humanos bastante amplo, contando com diversos dispositivos para a proteção dos direitos individuais, sociais, culturais e econômicos.

Para extrairmos a proteção legal positivada que hoje é dedicada ao direito à moradia, faz-se necessário uma análise integrada da Constituição Federal com os Tratados e Declarações internacionais assinados pelo Brasil, analisando o direito à moradia dentro do sistema de proteção dos direitos humanos. Neste tópico identificaremos, dentro do texto da Constituição, onde se encontra o reconhecimento do direito à moradia. Mais adiante analisaremos algumas garantias do direito à moradia existentes na Constituição e em algumas das principais leis infraconstitucionais.

O reconhecimento expresso do direito à moradia como um direito humano fundamental na Constituição Federal de 1988 deu-se através da Emenda Constitucional nº 26/2000, que inclui a moradia dentre os direitos sociais. Com a alteração, o artigo 6º da C.F. passou a vigorar com a seguinte redação, que expressamente integra o direito à moradia dentre os direitos humanos fundamentalizados: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

A Constituição Federal faz menção à moradia, ainda no sentido de seu reconhecimento formal, no artigo 7º, inciso IV, dispondo que "o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado" deve ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, "com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social". Nota-se, desta forma, que quando o Constituinte especificou quais seriam as necessidades vitais básicas do ser humano, expressamente declarou a moradia como sendo um elemento indispensável.

Já que o direito à moradia foi reconhecido expressamente como um direito social - de segunda geração - , vale um exame mais atento desta classificação.

Os direitos de segunda geração - sociais, culturais, econômicos, coletivos e de coletividades - dominaram o século XX do mesmo modo como os direitos de primeira geração dominaram o século anterior. Introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar. Da mesma maneira que os de primeira geração, os direitos sociais foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico/ uma vez declarados nas constituições marxistas e também no constitucionalismo da social-democracia (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra⁶⁵

Entretanto, há que se destacar que esses direitos possuem uma natureza própria, que exige do Estado prestações materiais positivas, nem sempre resgatáveis por carências ou limitações de meios e recursos financeiros, tecnológicos, de capacitação de pessoal, de governo, de instrumentos políticos e jurídicos eficazes, dentre outros. Daí o porquê de serem chamados e definidos como direitos programáticos, em virtude de não conterem para sua plena realização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade.

Paulo Bonavides afirma que os direitos fundamentais de segunda geração tendem a tornar-se tão justicáveis quanto os da primeira, pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada tão somente no caráter programático da norma. Instrumentos jurídicos constitucionais ou infraconstitucionais vão delimitando as ações estatais para a proteção dos direitos sociais, formando o conjunto de garantias judicialmente evocáveis para a defesa dos direitos sociais contra a inação dos órgãos competentes

⁶⁵ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Malheiros, 9ª edição. São Paulo, 2000, p. 518

O direito à moradia também encontra reconhecimento formal em diversos instrumentos internacionais, como analisaremos no item seguinte.

3.2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O direito à moradia também encontra-se reconhecido no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, valendo como arcabouço jurídico complementar para a defesa do direito à moradia no Brasil.

A internacionalização das normas de direitos humanos, verificada com maior nitidez a partir de meados do século XX, originou um amplo espectro de normas positivadas, que determinou os princípios que fundamentariam este novo ramo do direito, conhecido como direitos humanos. A Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Pactos de 1966, somados aos diversos instrumentos internacionais existentes para a proteção dos direitos básicos do homem, formam o que Cançado Trindade chamou, com muita propriedade, de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O direito internacional dos direitos humanos consolidou-se nas cinco últimas décadas, a partir de um processo histórico de emergência, formação e consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Esse processo nos levou a um ramo determinado do Direito, voltado à consolidação e sistematização das normas existentes para a proteção dos direitos humanos em todo o planeta. A premissa básica desse processo de consolidação é a de que os direitos humanos são inerentes ao ser humano, e como tais antecedem todas as formas de organização política. Outro ponto importante para a compreensão dos direitos humanos é o de que sua proteção não se esgota na ação do Estado. Desde o final da Segunda Guerra Mundial, como respostas às necessidades de proteção dos direitos humanos, têm-se multiplicado os tratados e instrumentos de direitos

humanos, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, tida como ponto de partida do processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos.⁶⁶

O processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos trouxe, em seu bojo, a proteção ao direito à moradia. O primeiro passo para a proteção do direito à moradia foi o reconhecimento formal de que todo o ser humano necessita de uma moradia para ter uma existência digna. Analisemos, assim, como se deu esse reconhecimento formal no plano internacional do sistema de proteção dos direitos humanos.

3.2.1 OS INSTRUMENTOS NORMATIVOS INTERNACIONAIS QUE RECONHECEM O DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO HUMANO

Podemos encontrar diversos tipos de instrumentos normativos internacionais. É variada a denominação dada aos atos internacionais, tema que sofreu considerável evolução através dos tempos. Embora a denominação escolhida não influencie o caráter do instrumento, ditada pelo arbítrio das partes, pode-se estabelecer certa diferenciação na prática diplomática, decorrente do conteúdo do ato e não de sua forma. As denominações mais comuns são tratado, acordo e convenção. Nesse sentido, pode-se dizer que, qualquer que seja a sua denominação, o ato internacional deve ser formal, com teor definido, por escrito, regido pelo Direito Internacional e que as partes contratantes são necessariamente pessoas jurídicas de Direito Internacional Público.

A expressão Tratado foi escolhida pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, como termo para designar, genericamente, um acordo internacional. Denomina-se tratado o ato bilateral ou multilateral ao qual se deseja atribuir especial relevância política. Nessa categoria se destacam, por exemplo, os

⁶⁶ Antonio Augusto Cançado Trindade. Tratado Internacional dos Direitos Humanos. vol. 1, p. 59/60. ed Fabris, 1ª edição, 1997, Porto Alegre

tratados de paz e amizade, o Tratado da Bacia do Prata, o Tratado de Cooperação Amazônica, o Tratado de Assunção, que criou o Mercosul, o Tratado de Proibição Completa dos Testes Nucleares.

Num nível similar de formalidade, costuma ser empregado o termo Convenção para designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e versem assunto de interesse geral, como por exemplo, as convenções de Viena sobre relações diplomáticas, relações consulares e direito dos tratados; as convenções sobre aviação civil, sobre segurança no mar, sobre questões trabalhistas. É um tipo de instrumento internacional destinado em geral a estabelecer normas para o comportamento dos Estados em uma gama cada vez mais ampla de setores. No entanto, existem algumas, poucas é verdade, Convenções bilaterais, como a Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal celebrada com a Argentina (1980) e a Convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita celebrada com a Bélgica (1955).

Outro tipo de instrumento muito comum no direito internacional é o Acordo. O Brasil tem feito amplo uso desse termo em suas negociações bilaterais de natureza política, econômica, comercial, cultural, científica e técnica. Acordo é expressão de uso livre e de alta incidência na prática internacional, embora alguns juristas entendam por acordo os atos internacionais com reduzido número de participantes e importância relativa. No entanto, um dos mais notórios e importantes tratados multilaterais foi assim denominado: Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). O acordo toma o nome de Ajuste ou Acordo Complementar quando o ato dá execução a outro, anterior, devidamente concluído. Em geral, são colocados ao abrigo de um acordo-quadro ou acordo-básico, dedicados a grandes áreas de cooperação (comércio e finanças, cooperação técnica, científica e tecnológica, cooperação cultural e educacional). Esses acordos criam o arcabouço institucional que orientará a execução da cooperação. Emprega-se o termo acordo por troca de notas diplomáticas normalmente para assuntos de natureza administrativa, bem como para alterar ou interpretar cláusulas de atos já

concluídos. Ele se dá quando é possível determinar que as partes entraram em acordo destinado a produzir efeitos jurídicos, criando vínculo convencional. Estes instrumentos em notas diplomáticas tradicionais podem ser notas idênticas de mesmo teor e data ou uma nota de proposta e outra de aceitação, preferivelmente com a mesma data. Acordos podem ser firmados, ainda, entre um país e uma organização internacional, a exemplo dos acordos operacionais para a execução de programas de cooperação e os acordos de sede.

Para os fins dessa Dissertação, propõe-se a classificação dos documentos internacionais assinados pelo Brasil em dois grupos: o grupo dos documentos declaratórios e o grupo dos documentos vinculantes. O primeiro grupo é formado pelos documentos internacionais que, embora aprovados em grandes Convenções promovidas pela Organização das Nações Unidas ou por outros Organismos Multilaterais, e assinados pelo Poder Executivo do Brasil, não passam pela ratificação interna do Congresso Nacional e, por essa razão, não passam a integrar formalmente o ordenamento jurídico interno brasileiro. O segundo grupo é formado pelos documentos internacionais que, além de aprovados por um expressivo grupo de países e assinados pelo Poder Executivo brasileiro, são ratificados posteriormente pelo Congresso Nacional, passando a incorporar formalmente o ordenamento jurídico interno do Brasil.

Isso porque, no Brasil, o ato internacional necessita, para a sua integração ao ordenamento nacional, com força normativa e sancionatória, da colaboração dos Poderes Executivo e Legislativo. Segundo a vigente Constituição brasileira, celebrar tratados, convenções e atos internacionais é competência privativa do Presidente da República (art. 84, inciso VIII), embora estejam sujeitos ao referendo do Congresso Nacional, a quem cabe, ademais, resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, inciso I). Portanto, embora o Presidente da República seja o titular da dinâmica das relações internacionais, cabendo-lhe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar

negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído, a interveniência do Poder Legislativo, sob a forma de aprovação congressional, é, via de regra, necessária⁶⁷

Cabe registrar, finalmente, que na prática de muitos países vicejou, por várias razões, o costume de concluir certos tratados sem aprovação legislativa. Eles passaram a ser conhecidos como acordos em forma simplificada ou acordos do Executivo. As Constituições brasileiras, inclusive a vigente, desconhecem tal expediente, que integram, no Brasil, o primeiro grupo da classificação acima sugerida, que, embora não sejam ratificados internamente pelo país, possuem natureza declaratória e devem servir como orientadores das políticas internas.

A tramitação dos atos internacionais vinculantes, no Brasil, obedece ao seguinte procedimento: projeto, assinatura, submissão ao Congresso Nacional, promulgação e registro nas Nações Unidas ou no organismo multilateral ou país responsável.

Como regra geral, pode-se afirmar que o órgão competente do Poder Executivo para entabular negociações diplomáticas que tenham em vista a celebração de atos internacionais é o Ministério das Relações Exteriores (Decreto nº2.246, de 06/06/1997, Anexo I, artigo 1º, III). É o Ministério das Relações Exteriores que entabula as negociações desde o projeto dos documentos internacionais. O incremento de acordos, de natureza eminentemente técnica, tem proporcionado a participação de outros órgãos governamentais no processo negociador internacional. Terminada a negociação, o projeto vai à apreciação das autoridades dos respectivos países.

⁶⁷ Com relação aos Estados Membros, a tradição constitucional brasileira não concede o direito de concluir tratados aos Estados-membros da Federação. Nessa linha, a atual Constituição diz competir à União, "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais" (art. 21, inciso I). Por tal razão, qualquer acordo que um estado federado ou município deseje concluir com Estado estrangeiro, ou unidade

A negociação de tratado multilateral no âmbito de uma organização internacional é realizada conforme os procedimentos da organização, que prepara o texto original do ato a ser assinado. A Delegação brasileira deve observar as instruções do Governo brasileiro, transmitidas geralmente pelo Ministério das Relações Exteriores, e cabe à Divisão de Atos Internacionais preparar o credenciamento da Delegação e a Carta de Plenos Poderes

Negociado os termos finais do projeto, a assinatura é uma fase necessária da processualística dos atos internacionais, pois é com ela que se encerram as negociações e se expressa o consentimento de cada parte contratante. A Constituição Federal estipula que é competente para celebrar atos internacionais em nome do Governo brasileiro o Presidente da República (Art. 84, VIII) (competência originária). Ao Ministro de Estado das Relações Exteriores cabe "auxiliar o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurar sua execução e manter relações com Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais" (conforme estabelece o Decreto nº 2.246, de 6 de junho de 1997, que aprova a estrutura regimental do MRE) (competência derivada)

Qualquer autoridade pode assinar um ato internacional, desde que possua Carta de Plenos Poderes, firmada pelo Presidente da República e referendada pelo Ministro das Relações Exteriores. Segundo o artigo 7º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a adoção ou autenticação de texto de tratado, bem como a expressão de consentimento em obrigar-se pelo mesmo, deve ser efetuada por pessoa detentora de plenos poderes. Exclui-se de tal regra para os tratados em geral, os Chefes de Estado, Chefes de Governo (por competência constitucional) e os Ministros das Relações Exteriores (por competência legal). Portanto, a capacidade de outros Ministros ou qualquer outra autoridade

dos mesmos que possua poder de concluir tratados deverá ser feito pela União, com a intermediação do Ministério das Relações Exteriores, decorrente de sua própria competência legal

assinarem atos internacionais deriva de plenos poderes específicos para cada caso dada pelo Presidente da República

Em regra, todos os atos bilaterais ou multilaterais estão sujeitos, por determinação constitucional, à aprovação pelo Congresso Nacional. Aqueles que não possuem a aprovação do Congresso Nacional possuem a natureza Declaratória, como visto acima. Para a aprovação do Congresso Nacional, prepara-se uma Exposição de Motivos, na qual o Ministro das Relações Exteriores explica as razões que levaram à assinatura daquele instrumento e solicita que o Presidente da República, por uma Mensagem, o submeta ao Congresso Nacional. Caso não haja texto original em português, no caso de atos multilaterais, a tradução do texto é obrigatória.

Aprovada a exposição de motivos e assinada a mensagem ao Congresso pelo Presidente da República, o ato internacional é encaminhado para exame e aprovação, sucessivamente, pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Antes de ser levado aos respectivos Plenários, o instrumento é avaliado, em ambas as Casas, pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Relações Exteriores e por outras Comissões interessadas na matéria.

A aprovação congressual é materializada por Decreto Legislativo, assinado pelo Presidente do Senado, publicado no Diário Oficial da União.

A validade e exequibilidade do ato internacional no ordenamento interno brasileiro dá-se através de sua promulgação. Publicado o Decreto Legislativo que aprovou o ato internacional, cabe ao Executivo promulgá-lo, por decreto assinado pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores. Esse decreto é acompanhado de cópia do texto e publicado no Diário Oficial da União. O ato internacional que dispensou a aprovação congressual, é objeto apenas de publicação.

Por fim, nos termos do artigo 102 da Carta das Nações Unidas, os atos internacionais bilaterais, após entrarem em vigor, são encaminhados pela Divisão de Atos Internacionais à Missão do Brasil junto às Nações Unidas em Nova York para serem registrados junto ao Secretariado das Nações Unidas. Quanto aos atos multilaterais, conforme já indicado, cabe ao depositário a responsabilidade do registro nas Nações Unidas.

Analisados os documentos internacionais e o processo de aprovação e integração ao ordenamento jurídico nacional, vejamos cada um dos principais documentos que reconhecem, em seus textos, o direito à moradia como um direito humano necessário e indispensável para uma existência digna.

3.2.1.1 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

A Carta das Nações Unidas⁶⁸ foi assinada por representantes de 50 países na Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional (dentre eles o Brasil), realizada em São Francisco durante o período de 25 de abril a 26 de junho de 1945

A Organização das Nações Unidas oficialmente passou a existir em 24 de outubro de 1945, quando a Carta foi ratificada pela China, França, União Soviética, Reino Unido e Estados Unidos da América e por maior parte dos outros 51 países membros originários. O dia das Nações Unidas é comemorado anualmente em 24 de outubro. Até 1994 havia 185 países membros da ONU.

A Carta das Nações Unidas é o instrumento constitutivo da Organização, definindo direitos e obrigações dos Estados Membros e estabelecendo os órgãos que a compõem e os procedimentos internos da Organização. A Carta é um Tratado

⁶⁸ O nome "Nações Unidas" foi criado pelo Presidente norte americano Franklin D. Roosevelt e foi usado pela primeira vez na "Declaração das Nações Unidas" de 1º de janeiro de 1942, durante a Segunda grande guerra, quando representantes de 26 nações se comprometeram a continuar lutando contra as forças nazistas

Internacional e codifica no nível internacional os princípios das relações internacionais - desde o princípio da igualdade entre os Estados até a proibição do uso da força em relações internacionais, que violem os direitos humanos básicos a que homem e mulheres têm direito

Por ser um Tratado Internacional, ratificado pelo Brasil em 21 de setembro de 1945, a Carta das Nações Unidas integra o ordenamento jurídico brasileiro, devendo suas normas serem aplicadas no Brasil em defesa dos direitos humanos.

3.2.1.1.1 PROPÓSITOS E PRINCÍPIOS DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

São propósitos das Nações Unidas: (i) manter a paz e a segurança internacional; (ii) desenvolver relações amistosas entre as nações, baseada no respeito ao princípio da igualdade de direito e de autodeterminação dos povos; (iii) cooperar na solução dos problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; (iv) ser um centro de harmonização das ações das nações para a consecução de objetivos comuns.

São princípios da ONU: (i) igualdade soberana de todos os seus membros; (ii) boa-fé no cumprimento das obrigações assumidas na Carta; (iii) solução pacífica das controvérsias internacionais, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais; (iv) evitar o uso da força ou da ameaça contra outros Estados; (v) oferecer assistência à ONU para o desempenho de ações voltadas ao respeito dos princípios e propósitos da Carta; (vi) não auxiliar Estados contra os quais a ONU agir de modo preventivo ou coercitivo; (vii) monitorar o comportamento dos Estados que não são membros das Nações Unidas para que ajam de acordo com os Princípios da ONU em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

Percebe-se, assim, que as Nações Unidas têm como grande objetivo em sua organização a cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião

Para a solução do problema do direito à moradia, portanto, a Carta das Nações Unidas já previa, ainda que de forma ampla e genérica, um caminho para o reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental. Para cumprir a missão acima delineada, a ONU criou na Carta o Conselho Econômico e Social, que tem como atribuições o desenvolvimento de estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de caráter econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, devendo fazer recomendações à Assembléia Geral sobre esses assuntos. O Conselho pode, ainda, fazer recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos.⁶⁹

Embora não possua em seu texto a declaração expressa do direito à moradia como um direito humano fundamental, a Carta das Nações Unidas representa um documento chave na proteção do direito à moradia no Brasil, por definir uma estrutura internacional de proteção dos direitos humanos, incluindo a proteção específica e engajada dos direitos sociais.

3.2.1.2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Outro documento fundamental que forma o arcabouço normativo internacional de reconhecimento do direito à moradia é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como visto, o preâmbulo da Carta das Nações Unidas declara a determinação dos povos dos Estados-membros "de preservar as gerações

vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço de nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla"

O Artigo 1 da Carta das Nações Unidas proclama que um dos propósitos da ONU é o de realizar a cooperação internacional na promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais para todas as pessoas, sem qualquer tipo de discriminação.

Uma das principais conquistas das Nações Unidas no campo dos direitos humanos foi a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 1948 - dia atualmente reconhecido e comemorado como o Dia Mundial dos Direitos Humanos. A Assembléia proclamou a Declaração como o "ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações e como o objetivo de cada indivíduo e cada órgão da sociedade"⁷⁰

⁶⁹ Carta das Nações Unidas, Art. 62

⁷⁰ Sobre o sentido histórico da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Fabio Konder Comparato sintetizou com perfeição: "Durante a sessão de 16 de fevereiro de 1946 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, ficou assentado que a Comissão de Direitos Humanos, a ser criada, deveria desenvolver seus trabalhos em três etapas. Na primeira, incumbir-lhe-ia elaborar uma declaração de direitos humanos, de acordo com o disposto no artigo 55 da Carta da Nações Unidas. Em seguida, dever-se-ia produzir, no dizer de um dos delegados presentes àquela reunião, "um documento juridicamente mais vinculante do que uma mera declaração". documento esse que haveria de ser, obviamente, um tratado ou convenção internacional. A primeira etapa foi concluída pela Comissão de Direitos Humanos em 18 de junho de 1948, com um projeto de Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro do mesmo ano. A Segunda etapa só se completou em 1966, com a aprovação de dois Pactos, um sobre direitos civis e políticos e outro sobre direitos econômicos, sociais e culturais" (in, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 208)

Os artigos 1 e 2 da Declaração dispõem que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos e que todo homem tem capacidade para gozar os direitos e liberdades nela estabelecidos, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição

Os artigos 3 a 21 da Declaração dispõem sobre os direitos civis e políticos que todos os seres humanos possuem, como o direito à vida, à liberdade - em todas as suas dimensões, à segurança e à cidadania. Os artigos 22 a 27 tratam dos direitos econômicos, sociais e culturais, mencionando o artigo 25, expressamente, a moradia.⁷¹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, tecnicamente, uma recomendação feita pela Assembléia Geral aos membros das Nações Unidas. A interpretação reinante na Doutrina afirma que as declarações internacionais não possuem força vinculante. Entretanto, no que diz respeito à Declaração Universal dos Direitos Humanos, a realidade não é bem essa.

Com efeito, para a proteção dos direitos humanos não se pode pecar pela interpretação estritamente formal das fontes do sistema de proteção dos direitos humanos. Como vimos, os direitos humanos independem de declaração formal expressa em documentos legais internacionais ou nacionais, já que são inerentes à dignidade humana, exercida em face de todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais abordada neste estudo aplica-se, também, ao direito internacional, sendo que mesmo não fundamentizados, os direitos humanos não deixam de existir.

⁷¹ Dispõe o artigo 25: 1. Todo homem 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 indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a

Ademais, o direito internacional é constituído pelos costumes e princípios gerais de direito, como declara o Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Art. 38). A própria Corte Internacional de Justiça assim tem entendido. Ao julgar, em 24 de maio de 1980, o caso da retenção, como reféns, dos funcionários que trabalhavam na embaixada norte-americana em Teerã, a Corte declarou que "privar indevidamente seres humanos de sua liberdade, e sujeitá-los a sofrer constrangimentos físicos é, em si mesmo, incompatível com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios fundamentais enunciados na Declaração Universal dos Direitos Humanos"^{72, 73}

Flávia Piovesan assevera, com muita propriedade, que "a Declaração Universal de 1948, ainda que não assuma a forma de tratado internacional, apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, na medida em que constitui a interpretação autorizada da expressão 'direitos humanos', constante dos arts. 1º (3) e 55 da Carta das Nações Unidas. Ademais, a natureza jurídica vinculante da Declaração Universal é reforçada pelo fato de - na qualidade de um dos mais influentes instrumentos jurídicos e políticos do século XX - ter se transformado, ao longo dos cinquenta anos de sua adoção, em Direito costumeiro internacional e princípio geral do Direito Internacional".⁷⁴

Sendo assim, podemos afirmar que, desde 1948 o Direito à Moradia é reconhecido no Direito Internacional dos Direitos Humanos como um direito humano, devendo os Estados esforçarem-se para sua plena realização. O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais veio erradicar definitivamente a dúvida doutrinária sobre o reconhecimento do direito à moradia.

infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social

⁷² International Court of Justice Reports, 1980. p. 42. apud Fabio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, p. 210

⁷³ Fabio Konder Comparato, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.

⁷⁴ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, 1996. p. 322.

3.2.1.3 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NO PACTO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Conforme visto, o direito à moradia é um direito classificado como social, voltado à satisfação da necessidade de cada ser humano e sua família terem uma moradia habitável, sadia e dotada da infra-estrutura e serviços básicos. O principal documento internacional de proteção dos direitos sociais é o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais - International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. O Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais foi adotado por unanimidade pela Assembléia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, juntamente com o Pacto dos Direitos Civis e Políticos - que criou o Comitê dos Direitos Humanos.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais entrou em vigor no dia 3 de janeiro de 1976, quando verificaram-se as condições formais para o início de sua vigência. Até o final de 1994 haviam ratificado o Pacto 131 países. O Brasil o ratificou apenas no dia 24 de janeiro de 1992.

A ratificação do Pacto, que tem a força vinculante de um tratado internacional, produz o importante efeito jurídico da internalização de suas disposições às regras do direito interno brasileiro. Nos termos do parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal, "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"

Sendo assim, as normas expressas no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são normas que possuem no sistema jurídico brasileiro a natureza de norma constitucional.

O Direito à moradia encontra-se expressamente protegido no Pacto, como se vê pelo teor do Artigo 11 - 1, que dispõe: "Os Estados-partes no presente Pacto

reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, neste sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento."

Vê-se, portanto, que a moradia é um direito básico para que um ser humano possa ter um nível de vida adequado para si próprio e para sua família.

3.2.1.4 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA NA AGENDA HABITAT

Agenda Habitat possui natureza de Declaração, formatada em um Plano Global de Ação sobre Assentamentos Humanos. Trata-se de importante documento internacional formal que, mesmo não possuindo efeito vinculante aos países, vai formando a base dos princípios gerais de direito internacional que aos poucos vão sendo incorporados ao direito interno brasileiro.

A Agenda Habitat aprofunda de forma extremamente detalhada a questão do direito à moradia adequada. Visando fazer uma análise global sobre o Habitat humano, isto é, sobre o espaço físico onde as sociedades se desenvolvem, a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos teve a importante função de compilar, em um só documento, aprovado por 185 países, várias importantes informações sobre a realidade urbana mundial e sobre como enfrentar essa realidade rumo ao desenvolvimento sustentável. Já no preâmbulo da Agenda Habitat traz o impressionante dado de que mais de um bilhão de pessoas vivem em condições habitacionais que ferem a dignidade humana

A Agenda Habitat traçou dois objetivos principais: moradia adequada para todos e desenvolvimento sustentável em um mundo em urbanização. Compreende-se como desenvolvimento sustentável o que congrega conjuntamente

desenvolvimento econômico e social, com proteção e preservação do meio ambiente. A Agenda dispõe sobre o conjunto de princípios que devem nortear esses dois objetivos básicos, dos quais trataremos mais adiante.

A habitação adequada para todos, um dos objetivos da Agenda Habitat, é uma das metas a serem atingidas para que os assentamentos humanos possam se desenvolver de forma sustentável. Já no preâmbulo da Agenda é reconhecido o acesso a habitação sadia e segura, dotada dos serviços básicos, como condição essencial para uma vida digna e para o bem estar físico, psicológico, social e econômico das pessoas. Nesse sentido, ações para que se amplie o acesso à moradias dignas são urgentes para mais de um bilhão de pessoas vivendo sem condições dignas de vida (Parágrafo 2, bis).

O primeiro reconhecimento do direito à moradia como um direito humano está no Parágrafo 13, que dispõe: "...Nós reafirmamos e somos guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e nós reafirmamos nosso compromisso de assegurar a plena realização dos direitos humanos a partir dos instrumentos internacionais, em particular nesse contexto o direito à moradia disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e provido pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação Todas as Formas de Discriminação Racial, A Convenção sobre todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Sobre os Direitos da Criança, levando em conta que o direito à moradia incluído nos instrumentos internacionais acima mencionados deve ser realizado progressivamente. Nós reafirmamos que todos os direitos humanos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados"

No Capítulo III, referente aos compromissos sobre Adequação adequada Para Todos, o Parágrafo 24 reconheceu o direito à moradia da seguinte forma: "Nós reafirmamos nosso compromisso para a plena e progressiva realização do direito à moradia, provido por instrumentos internacionais. Neste contexto, nós

reconhecemos a obrigação dos governos de capacitar as pessoas para obter habitação e proteger e melhorar as moradias e vizinhanças. Nós nos comprometemos com a meta de melhorar as condições de vida e de trabalho numa base sustentável e equitativa, pelo qual todos terão adequada habitação, sadia, segura, protegida, acessível e disponível, que inclui serviços básicos, facilidades e amenidades, e o gozo de liberdade frente a discriminações de moradia e segurança legal de posse. Nós devemos implementar e promover este objetivo de maneira plenamente consistente com as normas de direitos humanos."

No Parágrafo 25 são estabelecidos os compromissos para atingir a plena e progressiva realização do direito à moradia. O compromisso de assegurar políticas macroeconômicas e de habitação é estabelecido como uma prioridade social dentro dos programas de desenvolvimento nacional e de políticas urbanas, de modo a mobilizar recursos, gerar empregos e erradicar a pobreza.

São compromissos estabelecidos na Agenda, ainda: a promoção da segurança legal da posse e igual acesso a terra, em especial para mulheres e pessoas vivendo na pobreza; promoção de ações para erradicar as violações dos direitos humanos em especial com os grupos vulneráveis. Como compromissos estão previstos o acesso não discriminatório para todas as pessoas a um eficiente e efetivo sistema de financiamento e habitação, água potável, saneamento e serviços básicos.

O Parágrafo 43 da Agenda possui uma boa definição de moradia adequada, dispondo ser aquela que possui privacidade, espaço, acessibilidade física, segurança, incluindo segurança da posse, durabilidade e estabilidade estrutural, iluminação, ventilação e aquecimento, infra-estrutura básica, suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, e adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos, devendo todos esses componentes terem um custo acessíveis e estarem disponíveis a todos os seres humanos.

O Parágrafo 44 dispõe sobre o direito à moradia como um direito humano da seguinte forma: "Desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 o direito à moradia tem sido reconhecido como um importante componente do direito a um nível adequado de vida. Todos os Governos, sem exceção, tem responsabilidades no setor da habitação, como por exemplo através da criação de Ministérios de Moradia ou Agências, através da alocação de fundos para o setor da moradia e por suas políticas, programas e projetos".

CAPÍTULO 4

AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NO SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Verificado o reconhecimento do Direito à Moradia no Sistema de Proteção dos Direitos Humanos, pode-se afirmar que o Estado Brasileiro, através dos seus três poderes constituídos, tem a obrigação de realizar o direito à moradia plenamente no Brasil, fazendo com que todos os cidadãos tenham uma moradia adequada para viver. Entretanto, a realização plena do Direito à Moradia no Brasil ainda é uma realidade distante, não só pela situação bastante grave de violação desse direito verificada hoje no país como também pela carência de recursos públicos para o financiamento de políticas públicas voltadas à produção habitacional. Não há porque, contudo, esmorecer no caminho para a plena realização do direito à moradia. Uma vez exposta a obrigação do Estado brasileiro, resta analisar qual a real extensão dessa obrigação e quais os mecanismos existentes para que essa obrigação seja cumprida.

A partir de seu reconhecimento formal, seja no plano internacional seja na Constituição Federal, compete ao Estado fornecer as garantias necessárias para que os cidadãos possam ter pleno acesso aos Direitos estabelecidos no sistema de proteção dos direitos humanos. Neste Capítulo analisaremos quais as garantias do direito à moradia, existentes no sistema de proteção dos direitos humanos

A análise das garantias do direito à moradia iniciar-se-á com as garantias existentes no Brasil, garantias internas, integrantes do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional brasileiro. Verificaremos quais são os principais instrumentos jurídicos existentes, voltados à proteção do direito à moradia no plano nacional. Sempre se poderá contar, complementarmente, com as normas internacionais que, de alguma forma, integraram o sistema de proteção dos

direitos humanos no Brasil. Por essa razão, após a análise das garantias internas convém aprofundar as garantias existentes no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, com enfoque nos dois principais organismos internacionais que o Brasil faz parte e que se dedicam, de forma institucional, à proteção dos direitos humanos e do direito à moradia: a Organização das Nações Unidas – ONU e a Organização dos Estados Americanos – OEA

4.1 A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL

A proteção do Direito à moradia no Brasil possui importantes instrumentos na Constituição de 1988 e em algumas normas infraconstitucionais, dentre as quais destaca-se a recém aprovada Lei 10 257, de 10 julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade. Abordaremos adiante cada uma das principais garantias existentes no ordenamento jurídico interno e que servem de proteção do direito à moradia no país.

4.1.1 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À MORADIA: A APLICABILIDADE E A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DE RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA E SUAS GARANTIAS

Como visto, a moradia foi reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu artigo 6º. Uma questão a se colocar, no direito interno, é qual a aplicabilidade das normas constitucionais que reconhecem o direito à moradia como um direito humano fundamental, bem como das normas que definem as garantias desse direito no Brasil

O parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Não há dúvida que tal dispositivo aplica-se também aos direitos sociais. Isso porque, embora inserido como parágrafo do artigo 5º, que define os direitos e deveres

individuais e coletivos, o dispositivo contém ordem clara no sentido de que todos os direitos e garantias fundamentais que a Constituição defende possuem aplicação imediata. A melhor hermenêutica não poderia caminhar em outro sentido, pois a vontade do legislador foi clara, tanto que inseriu um texto que claramente abrange não só os direitos e as garantias fundamentais do artigo 5º como também aqueles direitos e garantias expressos no artigo 6º ou ao longo do texto constitucional.

Com relação ao direito à moradia, deve-se notar que o seu reconhecimento como um direito humano fundamental foi expresso dentro do Título II da Lei Maior, exatamente denominado "Dos Direitos e Garantias Fundamentais". Logo, não há porque se excluir da proteção expressa no §2º do Artigo 5º da Constituição, quaisquer direitos e garantias expressos neste Título e também ao longo do texto constitucional. Resta-nos, porém, saber qual a extensão da expressão "aplicação imediata" aplicável para o direito à moradia e suas garantias

José Afonso da Silva enunciou haver três tipos de normas constitucionais, no que se refere à sua classificação quanto à eficácia e aplicabilidade⁷⁵: (i) as normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; (ii) as normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passíveis de restrição e, (iii) as normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, em geral dependentes de integração com outras normas infraconstitucionais para operarem a plenitude de seus efeitos. As normas de eficácia plena possuem na Constituição normatividade suficiente para assegurar a sua incidência imediata, não estando, portanto, dependentes de providências normativas posteriores para efetiva proteção dos direitos por elas assegurados. Já as normas de eficácia contida, embora possuam normatividade suficiente para produzir os efeitos necessários à proteção dos direitos nelas reconhecidos, prevêm a edição de meios normativos capazes de lhes reduzir a eficácia e a aplicabilidade.

⁷⁵ José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2ª Edição, 1982. Títulos II, III e IV.

Finalmente, as normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, deixando ao legislador infraconstitucional a competência de completar a sua regulamentação.

Como toda a classificação, a de José Afonso da Silva nos serve para identificar os principais elementos definidores da aplicabilidade das normas constitucionais que reconhecem o direito à moradia e dispõe sobre as suas garantias. Com efeito, a aplicabilidade dessas normas constitucionais é imediata, tendo em vista o §2º do artigo 5º da Constituição. Entretanto, por ser o direito à moradia um direito social, ele depende de ações governamentais positivas para a sua plena fruição. Como classificar então essas normas? A solução não é tão simples, uma vez que existem, na Constituição, normas referentes ao direito à moradia que possuem aplicabilidade imediata e podem ser classificadas como de eficácia plena, assim como também existem normas que dependem da edição de normas posteriores infraconstitucionais ou de ações governamentais efetivas, podendo essas serem classificadas como de eficácia limitada

4.1.1.1 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À MORADIA COMO NORMA CONSTITUCIONAL DE APLICAÇÃO IMEDIATA

A norma constitucional que reconhece o direito à moradia (artigo 6º) é uma norma de eficácia plena, já que expressa claramente que a moradia é um direito humano fundamental, fixando um importante princípio a ser observado pelos três Poderes do Estado

Pelo Poder Legislativo, que não poderá aprovar nenhuma norma que contrarie o direito à moradia, bem como, em outro sentido, fica na obrigação de editar leis votadas à criação de instrumentos jurídicos eficazes para a garantia do direito à moradia; pelo Poder Executivo, que deverá desenvolver programas e estratégias voltadas à plena realização do direito à moradia e; pelo Poder Judiciário, que

deverá garantir o respeito ao princípio constitucional de proteção e promoção do direito à moradia

4.1.1.1.1 APLICABILIDADE E EFICÁCIA DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À MORADIA

Já com relação às normas constitucionais que dispõem sobre as garantias do direito à moradia, a classificação já não pode ser feita de maneira uniforme. Como adiante veremos, existem normas que possuem aplicação imediata, oferecendo aos cidadãos garantias concretas para a defesa do direito à moradia. Existem também normas definindo algumas garantias do direito à moradia sem conterem os elementos suficientes para que possam ser consideradas como de aplicação imediata. Essas normas são de eficácia limitada, já que dependentes de normas infralegais.

Analisaremos, caso a caso, as garantias constitucionais do direito à moradia, de forma a deixar claro qual a aplicabilidade e eficácia de cada uma delas.

4.1.1.2 - A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE:

As primeiras formas de propriedade que se têm notícia eram coletivas e ligadas às comunidades familiares (clãs, gens e tribos) No período arcaico do direito romano sequer é utilizado o termo, pois o poder sobre um bem móvel ou imóvel estava compreendido no poder geral (potestas) atribuído ao *pater família* sobre as coisas e pessoas a ele subordinadas.

No período moderno, a propriedade é alçada a "direito inviolável e sagrado", ninguém dela podendo ser privado, "a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização" (arts. 2º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789)

Em consonância com o texto da Declaração francesa, o Código Civil napoleônico, de 1804, definiu a propriedade como "o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que delas não se faça uso proibido pelas leis e regulamentos"

A natureza absoluta do poder do proprietário sobre a coisa (*plena in re potestas*) significa que o titular do direito de propriedade pode dispor da coisa como bem entender, decidindo, livremente, se deve usá-la, abandoná-la, aliená-la ou destruí-la (*ius utendi, fruendi et abutendi*). As limitações legais só eram legítimas se fundadas no interesse público manifesto, consubstanciando-se, regra geral, na exigência de uma obrigação de não fazer do proprietário (limitações administrativas, direito de vizinhança).

A evolução da compreensão do direito de propriedade somou às limitações meramente administrativas outras limitações à sua natureza absoluta. A função social da propriedade passou a ser discutida seriamente, já que a propriedade representa elemento essencial para o desenvolvimento econômico e social de um país, e foi integrando os ordenamentos jurídicos. A declaração na Constituição do Brasil do princípio da propriedade com função social está no artigo 5º, XXII e XXIII e no art. 170, II e III da Constituição Federal da República.⁷⁶

Cumprido de início destacar que a propriedade com função social vem declarada na Constituição como direito individual e como princípio da ordem econômica nacional. Em outras palavras, diferentemente da concepção jusnaturalista que via o domínio como algo abstrato, geral e a-histórico, a Constituição de 88 declara a propriedade como elemento integrante do processo de produção, circulação e

⁷⁶ Dizem referidos artigos: "Art. 5º – Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII – a propriedade atenderá sua função social;" "Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e

consumo, sujeitando-se, como tal, às regras próprias estabelecidas para cada espécie de bem. Eis o motivo pelo qual não há, na Constituição Federal, apenas um conceito de propriedade, mas sim 'propriedades', direitos com conteúdo, aproveitamento econômico e função social distintos: propriedade industrial (art. 5º, XXIX), propriedade artística e literária (art. 5º, XXVII), propriedade urbana (art. 182), propriedade rural (art. 184) entre outras.

A função social da propriedade vincula-a ao cumprimento de finalidades de interesse coletivo. Essas finalidades, na Lei Maior, estão estabelecidas no artigo 3º e no artigo 170, *caput*. Salienta-se, pois, que cada propriedade (urbana, rural, artística...) possui finalidades sociais específicas, das quais vale destacar a finalidade da propriedade urbana, por ser o ambiente urbano o local onde se concentra o maior déficit habitacional do país.

4.1.1.2.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA:

O conceito de função social da propriedade remonta às primeiras disposições sociais expressas em Constituições nos Estados Modernos.

O vocábulo **função** deriva "do latim *functio*", de *fungi* (exercer, desempenhar), embora seja tido no mesmo sentido de cargo, emprego, exercício ou ofício, na técnica do Direito Administrativo, entende-se mais propriamente o direito ou dever de agir atribuído ou conferido por lei a uma pessoa, ou a várias, a fim de assegurar a vida da administração pública ou o preenchimento de sua missão, segundo os princípios instituídos pela lei"⁷⁷ Nesse sentido, "Função Pública é a designação dada, especialmente, à função que emana do poder público e é outorgada para o desempenho ou encargo de ordem pública, ou referente à administração pública (...). Assim, a qualidade de função pública não vem da

na livre iniciativa. *tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: () II – propriedade privada; III – função social da propriedade"*

⁷⁷ De Plácido e Silva, *Vocabulário Jurídico*, Volume II, Rio de Janeiro, Forense, 1967, pp 722/723

condição de importar numa função de ordem pública, mas por se mostrar uma imposição ou um encargo de interesse público e coletivo”⁷⁸

Da leitura de ambas as definições, propostas por De Plácido e Silva, depreende-se que a) a idéia de função associa-se a um poder-dever de agir (*facere*) atribuído a alguém; b) este poder-dever está orientado ao cumprimento de um determinado objetivo/finalidade; c) o adjetivo 'social', contido na expressão '*função social*' indica que o objetivo a ser realizado corresponde ao *interesse coletivo, e não individual do titular do poder-dever*.

Confirmam essas preposições o artigo 153 da Constituição alemã de Weimar (1919), primeira norma a declarar o princípio da função social da propriedade: “**A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o interesse da coletividade**”.

Não se confundem, pois, limitações administrativas à propriedade com a exigência de que esta cumpra sua função social. Aquelas são externas ao direito de propriedade e se traduzem em uma conduta negativa do titular do direito (*non facere*); esta é inerente ao próprio direito e representa uma exigência, de ordem pública, ao proprietário para que dê uma destinação socialmente útil ao seu bem (conduta positiva).⁷⁹

Sintetizando todas estas observações, está a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello. Função social da propriedade é o “princípio constitucional que determina a vinculação da propriedade a um destino economicamente útil, produtivo, de maneira a satisfazer as necessidades sociais preenchieveis pela espécie tipológica

⁷⁸ De Plácido e Silva. ob. Cit., p 723

⁷⁹ Sérgio Gardengui Suiama, *Função Social da Propriedade*. monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a conclusão do curso Direitos Reais. mimeo. São Paulo, 1993.

do bem (), cumprindo, destarte, às completas, sua vocação natural, de molde a canalizar as potencialidades residentes no bem em proveito da coletividade"⁸⁰

Com relação à função social da Propriedade Urbana, os arts. 182 e 183 da Constituição trazem importantes elementos para a sua compreensão. O solo urbano destina-se, sobretudo, ao suporte das atividades desenvolvidas na cidade (indústria, comércio, moradia, serviços, lazer, ...). Seu uso, ou sua função social, deve atender portanto a estas características. Em razão das peculiaridades de cada cidade, a Constituição deixou a cargo do Plano Diretor (lei de competência municipal) determinar as exigências fundamentais para o cumprimento da função social da propriedade. Diz o parágrafo 2º do artigo 182: "A propriedade fundiária urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor"

O artigo 183 estabelece uma garantia em favor do uso social da propriedade, em especial ao uso destinado à moradia, conferindo direitos de usucapião àquele que ocupar, em posse mansa e pacífica, área urbana por mais de 5 anos e não possuir outro imóvel. Certamente encontraremos, ao longo de todo o país, moradores que já possuem o direito de propriedade sobre os imóveis que ocupam. Este dispositivo da nossa Lei Maior, ao mesmo tempo que premia aquele que dá uso à propriedade, pune aquele que não cumpre a função social da propriedade. Trataremos deste assunto de forma mais detalhada quando abordarmos o Estatuto da Cidade.

4.1.1.3 – A USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL:

A Constituição Federal fixou duas modalidades de usucapião com tempo de aquisição reduzidos para cinco anos a usucapião rural e a urbana.

⁸⁰ Celso Antonio Bandeira de Mello. *Novos Aspectos Da Função Social da Propriedade*, in Revista de Direito Público n. 84 – out/dez 1987, p. 43

4.1.1.3.1 - DA USUCAPIÃO ESPECIAL DE IMÓVEL URBANO

Um dos instrumentos previstos pelo legislador Constituinte de 1988, que tem como objetivos garantir o uso social da propriedade e o Direito à Moradia dos mais necessitados, é a Usucapião Especial de imóvel urbano. Este instrumento consta do artigo 183 da Carta Magna, que dispõe: "Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural."⁸¹

Temos, portanto, no artigo supra mencionado um importante instrumento de garantia aos moradores necessitados que ocuparam áreas particulares ociosas. Mostra-se importante, nesse sentido, proceder-se um levantamento dos atuais moradores de áreas ocupadas irregularmente que já possuem o direito constitucional do domínio da área que ocupam, por lá estarem há mais de cinco anos. Muitos desses moradores, porém, não têm a noção básica de seus direitos e ignoram a possibilidade de aquisição do domínio destas áreas.

Cumpra-se notar que a Ação de Usucapião urbano deve ser promovida pelos moradores que possuírem os três requisitos constantes no artigo 183, que são: a) estar na posse do imóvel a pelo menos 5 anos ininterruptamente; b) possuir área de até 250 metros quadrados; c) utilizar o imóvel para moradia. Vale ressaltar

⁸¹ Existem outras espécies de usucapião previstos em legislação federal: 1. Usucapião Extraordinário; 2. Usucapião Ordinário; 3. Usucapião Especial. A primeira espécie dá-se após dez anos de posse mansa e pacífica, acompanhados de justo título e boa fé, quando as partes moram na mesma cidade, e após 15 anos, se forem moradores de municípios diversos (art. 551. C.C.). Já o Usucapião ordinário é conferido ao possuidor de imóvel há pelo menos 20 anos, não sendo necessário a prova de justo título e boa fé, pois sua existência é presumida (art. 550. C.C.). Quanto ao Usucapião Especial, foi instituído pela Lei 6.969, de 10 de setembro de 1981, que dispõe em seu artigo 1º, que "todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5(cinco)anos ininterruptamente, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25(vinte e cinco)hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no registro de imóveis."

que, mesmo que o imóvel tenha mais de 250 metros quadrados, ao menos esta metragem está garantida pelo usucapião especial.

José Afonso da Silva houve por bem em classificar este instrumento de “usucapião pró-moradia”, uma vez que este é exatamente o intuito do instituto. Alerta o ilustre jurista que “esse usucapião não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez, no que o Constituinte andou bem, pois quer-se que o imóvel não seja mais do que objeto de moradia. Veda-se, por outro lado, o usucapião, para tal fim, de imóveis públicos”⁸²

A Lei Federal 10.257, de 10 de julho de 2001, denominada Estatuto da Cidade, regulamentou esse artigo constitucional⁸³, estabelecendo que o título de domínio adquirido através do usucapião constitucional pró-moradia será conferido ao homem ou à mulher, ou à ambos, independentemente do estado civil. Trata-se de medida que visa dar a garantia à família, através de ambos os pais, sem contudo exigir para tanto formalismos inúteis, como uma certidão de casamento. O direito de usucapir pela modalidade constitucional não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

A grande inovação dada pelo Estatuto da Cidade é a possibilidade da usucapião coletiva, que poderá ser invocada sempre que houver áreas urbanas com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupadas por mais de um possuidor, e não for possível identificar o terreno ocupado por cada um deles. A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis. A sentença deverá atribuir, no caso de usucapião coletiva, igual fração de terreno para cada um dos possuidores, independentemente do terreno que cada um ocupe, salvo na hipótese de acordo escrito entre os condôminos estabelecendo frações ideais

⁸² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Ed. Malheiros, 13ª ed., 1997, p. 749. Com relação a bens públicos, o instituto que permite a permanência dos moradores em tais terras é a Concessão de Uso, tema que trataremos mais pormenorizadamente adiante.

diferenciadas. Uma vez formado o condomínio especial, este será indivisível, não só podendo ser alterado mediante deliberação tomada por no mínimo dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.

Uma importante salvaguarda dada pela regulamentação do Estatuto da Cidade foi a de sobrestar todas as outras ações judiciais petitórias ou possessórias, propostas relativamente ao imóvel usucapiendo. Ou seja, até que se julgue a usucapião especial urbana não será permitida a reintegração de posse ou qualquer retirada forçada dos ocupantes daquela área sob litígio.

A ação de usucapião especial urbana observará o rito processual sumário, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público. São partes legítimas para propor a ação: (i) pelo possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário superveniente; (ii) os possuidores, em estado de composesse; (iii) como substituto processual, a associação de moradores da comunidade, regularmente constituída, com personalidade jurídica, desde que explicitamente autorizada pelos representados. O autor terá os benefícios da justiça e da assistência judiciária gratuita, inclusive perante o cartório de registro de imóveis.

Finalmente, a regulamentação previu que a usucapião constitucional poderá ser utilizada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para registro no cartório de registro de imóveis.

4.1.1.3.2 - USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL:

Nos mesmos moldes da propriedade urbana, a Carta de 1988 instituiu a figura da usucapião rural. Dispõe no artigo 191: "Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares,

⁸³ Lei 10 257 de 10 de julho de 2001, arts 9º a 14.

tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade " E o Parágrafo Único complementa dizendo que "Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião."

Esta figura, chamada pela doutrina de Usucapião *pró-labore*, visa elevar a propriedade rural a sua real natureza, qual seja, a de bem de produção, que tem como utilidade natural a produção de bens necessários à sobrevivência humana. "A propriedade da terra, bem que se presta a múltiplas formas de produção de riquezas, não poderia ficar unicamente em subserviência aos caprichos da natureza humana, no sentido de aproveitá-la ou não, e, ainda, como conviesse ao proprietário"⁸⁴

São requisitos para a aquisição do domínio pelo usucapião *pró-labore*: (1) ter a posse por ao menos cinco anos ininterruptos, sem oposição; (2) não possuir a área mais de cinquenta hectares; (3) tornar a terra produtiva pelo trabalho, tendo nela sua moradia.

Novamente busca-se a função social da propriedade, eis que o regime jurídico da terra "fundamenta-se na doutrina da função social da propriedade, pela qual toda riqueza produtiva tem uma finalidade social e econômica, e quem a detém deve fazê-la frutificar, em benefício próprio e da comunidade em que vive".⁸⁵

4.1.1.4 - O CAPÍTULO DE POLÍTICA URBANA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: A POLÍTICA URBANA E O PLANO DIRETOR COMO GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA

É pacífico hoje que o planejamento é um dos principais instrumentos de controle do desenvolvimento urbano, servindo para orientar o crescimento da malha urbana, para que seja realizado de forma ambientalmente equilibrada e socialmente justa. O processo rápido de urbanização por que passou o Brasil fez

⁸⁴ Lima Stefanini. *A Propriedade no Direito Agrário*. São Paulo, ed. RT, 1978. p 99

com que as cidades brasileiras crescessem de forma absolutamente desorganizada, dando ensejo às ocupações irregulares nas periferias das cidades, fazendo surgir nas principais cidades brasileiras as favelas e os cortiços, e, juntamente com este tipo de ocupação, a poluição de nascentes, de rios, lagos, reservas de mananciais, etc.

A fim de evitar que este tipo de situação se prolongue e perpetue, com inevitáveis e irreversíveis danos à saúde e ao bem estar coletivo, a Constituição Federal de 1988 dispõe de um capítulo próprio destinado exclusivamente à Política Urbana. Temos, desta forma, que a política urbana é uma prioridade dos poderes públicos, definida pela nossa Lei Fundamental, em seu artigo 182, nos seguintes termos: "A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes". O parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe que "o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana". É exatamente o Plano Diretor que definirá quais as exigências para que a propriedade urbana cumpra sua função social (art. 182, §2º).

É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (i) parcelamento ou edificação compulsórios; (ii) imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana e progressivo no tempo; (iii) desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais (art. 183, §4º).

⁸⁵ Fernando Pereira Sodero. *Curso de Direito Agrário 2. o estatuto da terra*. Brasília, Fundação Petrônio Portella/MJ. 1982. p.25

Finalmente, o parágrafo terceiro do artigo 182 determina que “as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro”

Desta forma, percebemos que o plano diretor é um instrumento importantíssimo para o controle do desenvolvimento das cidades brasileiras, uma vez que é exatamente através dele que se estipulam expressamente as funções sociais da propriedade e é através dele que se institui as áreas passíveis de serem objeto de edificação ou parcelamento compulsórios, de Imposto Predial Territorial Urbano progressivo no tempo sobre os terrenos ociosos, ou até de desapropriação com títulos resgatáveis em até dez anos. Analisaremos o Plano Diretor mais detidamente quando tratarmos do Estatuto da Cidade.

4.1.1.5 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS DO DIREITO À MORADIA

A Constituição Federal possui importantes garantias processuais que podem servir de instrumentos eficazes para a proteção do direito à moradia, como veremos

4.1.1.5.1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL

Nenhuma lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal no Brasil poderá conter dispositivos contrários aos estabelecidos na Constituição Federal. Qualquer lei ou ato normativo exarado no país que contrarie o direito à moradia poderá ser invalidado, quando eivado do vício de inconstitucionalidade. Como vimos, o direito à moradia é um direito fundamentalizado no Brasil, ou seja, encontra a sua proteção formal no instrumento jurídico-normativo que ocupa o topo da hierarquia do sistema jurídico nacional, que é a Constituição da República. Por essa razão, os mecanismos de controle existentes no país contra as leis ou atos normativos inconstitucionais são importantes instrumentos de defesa do direito à moradia no Brasil.

O atual texto constitucional prevê a inconstitucionalidade por ação ou omissão, sendo que o controle de constitucionalidade no Brasil é jurisdicional, combinando critérios difuso e concentrado, este realizado pelo Supremo Tribunal Federal. José Afonso da Silva entende que o exercício do controle de constitucionalidade pode ser feito de três maneiras através da via de exceção, através da ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Segundo o eminente jurista, no controle de exceção, qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, em qualquer processo, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo. O constitucionalista classifica a ação direta de inconstitucionalidade em três modalidades: (i) a interventiva, que pode ser federal, por proposta exclusiva do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual por proposta do Procurador-Geral de Justiça do Estado (arts. 36, IV e 129, IV); interventivas porque destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou do Estado em Município, conforme o caso, quando o Estado ou o Município violar o princípio constitucional de respeito aos direitos humanos; (ii) a genérica, que pode ser: a) de competência do Supremo Tribunal Federal, destinada a obter a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, sem outro objetivo senão o de expurgar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical, é ação que visa exclusivamente a defesa do princípio da supremacia constitucional (arts. 102, I, a e 103, incisos e §3º); b) de competência do Tribunal de Justiça de cada Estado, visando a declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, §2º), dependendo de previsão nesta; (iii) a supridora de omissão, que pode ser: a) do legislador, que deixe de criar lei necessária à eficácia e aplicabilidade de normas constitucionais, especialmente nos casos em que a lei é requerida pela Constituição; b) do administrador, que não adote as providências necessárias para tornar efetiva norma constitucional (art. 103, §2º)⁸⁶

⁸⁶ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 53, 54, 17ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2000.

As pessoas e órgãos legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade pelo controle concentrado foram enumerados no artigo 103 da Constituição da República: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembléia Legislativa; o Governador de Estado; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Com relação à eficácia da sentença que declara a inconstitucionalidade na via de exceção, a doutrina entende que faz coisa julgada no caso e entre as partes, não tendo efeito *erga omnes*. A sentença é declaratória e produzirá, para as partes que compõe a lide, efeitos *ex tunc*, fulminando a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento. A sentença emitida no controle difuso somente faz coisa julgada *inter partes*, mas não faz coisa julgada *erga omnes* em relação à lei declarada inconstitucional, porque qualquer tribunal ou juiz, em princípio, poderá interpretar a mesma lei de forma diferente e julgá-la constitucional. De fato, a sentença monocrática ou o acórdão exarado pelos tribunais existentes no país, que não o Supremo, não tem o condão de determinar a inconstitucionalidade definitiva de uma Lei. As declarações de inconstitucionalidade exaradas pelo controle difuso somente produzirão efeitos *erga omnes* quando o Senado Federal, por resolução, suspender a executoriedade da lei inconstitucional, conforme o disposto no art. 52, X da Constituição Federal, que dispõe: "compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". Nesses casos, os efeitos serão *ex nunc*, ou seja, a lei somente perderá sua eficácia a partir da publicação da Resolução do Senado, já que, até essa data, produziu validamente seus efeitos.

Com relação à declaração de inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal, obtida no processo da ação direta de inconstitucionalidade genérica, pelo controle concentrado, essa possuirá, em princípio, efeito *erga omnes*, com reflexos sobre o passado (a nulidade opera 'ex tunc' e independentemente da atuação do Senado), por se tratar de decisão que se impõe quaisquer que sejam as consequências para as relações jurídicas concretas, pelo interesse superior da preservação do respeito à Constituição que preside a ordem jurídica vigente. A Lei permite, entretanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos da declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Finalmente, os efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão estão previstos no artigo 103, §3º da Constituição, que estatui que "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". No caso da inconstitucionalidade por omissão, analisa-se o caso concreto, mais especificamente a omissão de um determinado Poder público, que não cumpriu uma determinação constitucional diretamente dirigida a este Poder. Dessa sentença decorre uma obrigação de fazer para o Poder competente, que deverá tomar as providências necessárias ao suprimento da omissão. Novamente recorreremos ao ilustre constitucionalista para finalizar essa questão: "Esse sentido mandamental é mais acentuado em relação a órgão administrativo. Mas ele existe também no tocante à ciência ao Poder Legislativo. Não há de se limitar à mera ciência sem consequência. Se o Poder Legislativo não responder ao mandamento judicial, incidirá em omissão ainda mais grave. Pelo menos terá que dar alguma satisfação ao Judiciário. É certo que, se não o fizer, praticamente nada se poderá fazer, pois não há como obrigar o legislador a legislar. Por isso é que, no caso de

inconstitucionalidade por omissão, propugnáramos por uma decisão judicial normativa, para valer como lei se após certo prazo o legislador não suprisse a omissão. A sentença normativa teria esse efeito. Mas o legislador constituinte não quis dar esse passo à frente”.⁸⁷

Como pode-se verificar, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, seja por ação ou por omissão do Poder Público, constitui importante instrumento de defesa dos direitos humanos, já que leis ou atos normativos que não estejam de acordo com o princípio de defesa dos direitos humanos fixado na Constituição podem ser invalidados por esse instrumento, ou, noutro sentido, a ausência de atos normativos ou leis que deveriam existir para garantir um mandamento constitucional em defesa dos direitos humanos também pode ser atacada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade. Também as políticas públicas ou, ainda, a falta de políticas públicas eficazes voltadas à realização dos direitos humanos podem ensejar Ações de Inconstitucionalidade. Analisaremos como a constituição pode ser invocada para a defesa do direito à moradia através da Ação de Inconstitucionalidade ou através do controle difuso de constitucionalidade.

4.1.1.5.1.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA LEI ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO ATENDA O DIREITO À MORADIA

A redação do artigo 102, I, a, parte inicial, da Constituição da República menciona “lei ou ato normativo” como os possíveis objetos de ações diretas de inconstitucionalidade.

Sabe-se que a atividade legislativa, também chamada de atividade normativa, é a edição, por órgão estatal, de ato jurídico geral, abstrato e imperativo. Por tal razão, há leis que, não obstante ostentem essa denominação, não são consideradas pelos tribunais brasileiros como atos legislativos, por não serem gerais nem abstratas. São o que a doutrina chama de “leis de efeitos concretos”.

⁸⁷ José Afonso da Silva, ob Cit., p 57/58

Com relação às leis orçamentárias, o Supremo Tribunal Federal as vem entendendo como leis com efeitos concretos que, por essa razão, não podem ser atacadas através de ações diretas de inconstitucionalidade. Podemos encontrar o mesmo entendimento na doutrina⁸⁸. Entendemos, *data venia*, que tal interpretação do mandamento constitucional mostra-se equivocada.

A interpretação correta do supramencionado dispositivo constitucional não deixa dúvidas de que qualquer lei orçamentária federal, estadual ou distrital, esta editada no uso da competência estadual, poderia ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, já que são leis nos termos da própria Constituição da República. Com efeito, a Seção II do Capítulo II, do Título VI da Constituição define que orçamento é lei de iniciativa do Poder Executivo, assim como o são as Leis de diretrizes orçamentárias e os Planos Plurianuais.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, alinhado com alguns doutrinadores, vem entendendo que as leis ou os atos normativos que não possuam as qualidades da generalidade e abstração enquadram-se na classificação de ato administrativo, também chamado de ato concreto⁸⁹. Há entendimento no sentido de que em se admitindo ação direta de inconstitucionalidade contra lei orçamentária estar-se-ia incorrendo em uma contradição terminológica, em razão de que haverá verificação abstrata de ato concreto⁹⁰. Dessa forma, de acordo com esse entendimento, nenhum ato concreto, mesmo que veiculado por lei, pode ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade. O Pretório Excelso vem decidindo nesse sentido⁹¹.

O Relator da ADI/QO (Ação Direta de Inconstitucionalidade Questão de Ordem) nº 1640/UF, Ministro Sydney Sanches, asseverou em seu voto que não há, nesses casos de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a impugnação de uma lei ou ato

⁸⁸ Rodrigo Lopes Lourenço, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, 2º Ed. p. 62

⁸⁹ Paulino Jacques, *Curso de Direito Constitucional*, 9ª Ed., Forense, p. 277

⁹⁰ Rodrigo Lopes Lourenço, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, 2º Ed. p. 62

normativo. Entende o magistrado que com relação a orçamentos não se pretende a suspensão cautelar nem a declaração final da inconstitucionalidade de uma norma, e sim de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, "a", da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo. Termina afirmando, de forma pouco elucidativa, que esse entendimento não impede que eventuais prejudicados se valham das vias adequadas ao controle difuso de constitucionalidade, sustentando a inconstitucionalidade da destinação de recursos, como prevista na lei em questão. Note-se que tal decisão foi unânime ⁹²

Ainda quanto aos posicionamentos jurisprudenciais do STF, podemos encontrar decisões no sentido de que "... na jurisprudência do STF, só se consideram objeto idôneo do controle abstrato de constitucionalidade os atos normativos dotados de generalidade, o que exclui os que, malgrado sua forma de lei, veiculam atos de efeito concreto, como sucede com as normas individuais de autorização que conformam originalmente o orçamento da despesa ou viabilizam sua alteração no curso do exercício" ⁹³

⁹¹ Revista Trimestral de Jurisprudência 131/1 001, 131/1 007, 135/905, 138/436, 139/73, 140/36, 141/739, 146/483, 147/82, 147/545, 152/742, 153/765, 156/767 e 159/775

⁹² Diário de Justiça de 27/03/98

⁹³ ADI-1716/DF, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27/03/98. Transcrevemos outras decisões no mesmo sentido: Ementa: ação direta de inconstitucionalidade. Emenda congressional a proposta orçamentária do poder executivo. Ato concreto. Impossibilidade jurídica. A Ação Direta de Inconstitucionalidade configura meio de preservação da integridade da ordem jurídica plasmada na constituição vigente, atua como instrumento de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal e enseja a esta Corte, no controle em abstrato da norma jurídica, o desempenho de típica função política ou de Governo. Objeto do controle concentrado, perante o STF, são as leis e os atos normativos emanados da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a uma só finalidade: A tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto. A Ação Direta de Inconstitucionalidade não é sede adequada para o controle da validade jurídico-constitucional de atos concretos, destituídos de qualquer normatividade. Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de qualquer coeficiente de abstração, generalidade e impessoalidade. Precedentes do STF. A recusa do controle em tese da constitucionalidade de emenda congressional, consiste em mera transferência de recursos de uma dotação para outra, dentro da proposta orçamentária do Governo Federal, não traduz a impossibilidade de verificação de sua legitimidade pelo Poder Judiciário, sempre cabível pela via do controle incidental. Agravo Regimental improvido". (AGRAADI-203/DF, Min. Celso de Melo, DJ de 20/04/90). "ementa: ação direta de

Tal entendimento não nos parece correto. As leis orçamentárias, como os próprios julgados reconhecem, são leis. E como tais, possuem força de lei para todos os efeitos. É através da Lei Orçamentária que o poder legislativo prevê e autoriza ao poder executivo a execução das despesas públicas, ou seja, é o orçamento que dá sustentabilidade financeira às políticas públicas que são executadas pelo Poder Executivo para a consecução dos objetivos Constitucionais da República Federativa do Brasil. É falsa essa divisão elaborada, entre leis e 'leis de efeitos concretos'. Se assim quisesse a Constituição, assim teria definido. Quaisquer atos normativos ou leis que se mostrarem inconstitucionais poderão ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Esse é o espírito constitucional, herdado dos primórdios do Estado Moderno. Como brilhantemente ensina o professor Fábio Konder Comparato: "Quando, porém, a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem concretizadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental"⁹⁴. Ou seja, o Estado tal qual se apresenta hoje possui uma realidade centrada na execução de políticas públicas voltadas à satisfação do interesse coletivo. Dessa forma, as leis

inconstitucionalidade – lei nº 1.848/91, do Rio de Janeiro (art. 34) – lei de diretrizes orçamentárias – natureza jurídica – norma legal de vigência temporária – pleno exaurimento de sua eficácia jurídico-normativa – prejudicialidade da ação. A Lei de Diretrizes Orçamentárias possui destinação constitucional específica e veicula conteúdo material próprio, que, definido pelo artigo 165, par. 2 da Carta Federal, compreende as metas e prioridades da Administração Pública, inclusive as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente. Mais do que isso, esse ato estatal tem por objetivo orientar a elaboração da Lei Orçamentária anual e dispor sobre as alterações na legislação tributária, além de estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. A ordinária vinculação da Lei de Diretrizes Orçamentárias a um exercício financeiro determinado define-lhe a natureza essencialmente transitória, atribuindo-lhe em consequência, eficácia temporal limitada. Esse ato legislativo – não obstante a provisoriedade de sua vigência – constitui um dos mais importantes instrumentos normativos do novo sistema orçamentário brasileiro. Objeto do controle concentrado de constitucionalidade somente pode ser o ato estatal de conteúdo normativo, em regime de plena vigência. A cessação superveniente da vigência da norma estatal impugnada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, enquanto fato jurídico que se revela apto a gerar a extinção do processo de fiscalização abstrata, tanto pode decorrer da sua revogação pura e simples como do exaurimento de sua eficácia, tal como sucede nas hipóteses de normas legais de caráter temporário. Ação prejudicada. Votação: Unânime". (ADIQO-612/RJ. Min. Celso de Melo. DJ de 06/05/94)

⁹⁴ Fábio Konder Comparato, *Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*, Revista dos Tribunais, volume 737, ano 86, mar. 1997, p. 17

orçamentárias e as políticas públicas que serão executadas com os recursos nelas previstos devem ser, sim, objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por serem nos dias de hoje o fundamento da legitimidade do Estado

São três as espécies de leis orçamentárias, sendo todas de iniciativa do Poder Executivo, quais sejam, o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA).

O Plano Plurianual – PPA, principal instrumento de planejamento de médio prazo das ações Governamentais no Brasil conforme determina a Constituição, tem por objeto as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada, de forma regionalizada. Planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos na Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional. A validade do PPA é de quatro anos, cabendo ao Presidente enviar ao Congresso em seu primeiro ano de mandato.

Já a Lei de Diretrizes Orçamentárias também tem uma duração maior que o exercício financeiro anual. Nela compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientando, através de diretrizes, a elaboração da lei orçamentária anual. A Lei de Diretrizes Orçamentárias deve dispor sobre as alterações que se pretende fazer na legislação tributária e estabelecer a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

A Lei Orçamentária Anual deve conter a previsão de receita e fixação de despesas de forma estimada. A validade coincide com o exercício financeiro que tem a duração de um ano. Na LOA, além do orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta,

inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, existem mais dois 'orçamentos', quais sejam, o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

Quanto a detalhes da estruturação das leis orçamentárias o constituinte deixou com matéria reservada a Lei Complementar, de forma que esta determine a respeito do exercício financeiro, vigência, prazos, elaboração e organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual. A Lei 4320, de 1964, foi recepcionada pela Constituição de 1988 e estabelece as regras referentes à elaboração orçamentária, além de estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Como podemos verificar, as leis orçamentárias tratam de definir a destinação dos recursos públicos para a execução de programas governamentais, baseados em políticas públicas, geralmente definidas em atos normativos ou em Leis e voltados à promoção do desenvolvimento econômico e social do país. Como analisado, o direito à moradia é um direito social, que depende para a sua realização de ações positivas dos governos, ações essas que dependem, majoritariamente, de recursos financeiros. Lei orçamentária que define recursos insuficientes para a garantia do direito à moradia no país pode, sim, ser considerada inconstitucional pelo controle concentrado, já que possui efeito normativo, no sentido de não prever os meios financeiros necessários para a execução de programas públicos voltados à garantia de um direito humano fundamental. Não se diga que esses recursos são individuais e concretos. Os programas estipulados nas leis orçamentárias são genéricos e abstratos e não indicam concretamente o que será feito, mas sim uma linha genérica e abstrata de ação a ser seguida pelo governo

para realizar um direito humano. O programa definido numa lei orçamentária será executado para beneficiar pessoas, a princípio, indiscriminadas, e possui o efeito normativo de delinear os contornos financeiros que emoldurarão o programa de moradia a ser executado.

Também deve ser possível o ingresso de Ação Direta de Inconstitucionalidade contra Lei Orçamentária que, embora preveja a destinação de recursos para moradia, os prevê de forma nitidamente inconstitucional, por alocá-las, por exemplo, em programas destinados à camada mais rica de nossa população, em detrimento das camadas mais pobres. O escopo de reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, III) pode ser, nesse caso, aduzido contra esse tipo de Lei Orçamentária.

Uma grande questão a ser enfrentada, entretanto, refere-se aos efeitos que uma decisão de inconstitucionalidade de Lei Orçamentária produziria. Evidentemente deve-se considerar o fato de que o orçamento cuida da destinação de recursos para todas as áreas de atuação do Estado. O Poder Judiciário estaria invadindo o Poder Legislativo caso decidisse, por si só, de onde sairiam os recursos para atender o direito à moradia. Sendo assim, no caso de recursos insuficientes ou mal alocados para o atendimento do direito à moradias nos termos definidos pela Constituição, a solução seria que o Poder Judiciário exarasse uma decisão obrigando o Poder Legislativo a, num prazo determinado, remanejar os recursos orçamentários de forma a contemplar as expectativas de cumprimento da obrigação estatal de prover moradias para a população. A decisão sobre de onde sairiam os recursos seria mantida com o Poder Legislativo. Corre-se, nesse caso, o risco de o Poder Legislativo simplesmente ignorar a ordem judicial e a declaração de inconstitucionalidade ficar esvaziada. Para a solução deste dilema, entendemos ser possível a determinação, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal competente, de que se, dentro do prazo determinado, não for cumprida a decisão judicial, aplicar-se-á o remanejamento de recursos orçamentários que for determinado pelo Poder Judiciário, para o atendimento do mandamento

constitucional do direito à moradia. Nesse caso não haverá invasão de competência entre Poderes, já que foi dado um tempo para que a decisão fosse cumprida pelo outro Poder. Nesse caso a omissão do Poder Legislativo uma concordância tácita de que a determinação de remanejamento estipulada pelo Supremo Tribunal Federal ou Tribunal competente adequa-se ao interesse do Poder Legislativo.

4.1.1.5.1.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE CONTRA POLÍTICA PÚBLICA QUE NÃO ATENDA O DIREITO À MORADIA

Na mesma linha de interpretação do item anterior, podemos afirmar que as políticas públicas executadas pelo Poder Executivo também poderão ser atacadas por Ação Direta de Inconstitucionalidade, sejam elas baseadas em leis ou atos normativos infralegais.

Ou seja, sempre que as políticas públicas forem executadas com base em leis e atos normativos infralegais haverá a possibilidade de questionar a constitucionalidade dessas políticas através da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Deve-se, contudo, ter em mente que, com esse instrumento, ataca-se o ato normativo ou legal que embasa a política executada e também a própria execução daquela política, que terá que ser paralisada caso julgada inconstitucional. Por essa razão, mais uma vez se faz necessário avaliar os efeitos de uma decisão de inconstitucionalidade contra Políticas Públicas.

Antes, porém, de avaliar os efeitos da decisão de inconstitucionalidade, vale notar que tal instrumento processual também pode ser usado para os casos omissivos

⁹⁵ Ou seja, na hipótese da Lei Orçamentária prever recursos para um determinado

⁹⁵ Interessante o entendimento do Professor Fábio Konder Comparato, ob. Cit. nota anterior, p. 20/21: Após tecer considerações sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, focado nas inconstitucionalidades comissivas, afirma o jurista: Tudo isso, quanto à inconstitucionalidade comissiva. Impossível, porém, não reconhecer que, também em matéria de políticas públicas, pode haver inconstitucionalidades por omissão. Em seu art. 182, §1º, por exemplo, a Constituição impõe a todos os

programa voltado à construção de casas populares e o Poder Executivo quedar-se inerte, cabe ação de inconstitucionalidade contra ato omissivo do Poder Executivo que viola o direito à moradia.

É necessário que a hermenêutica sobre essa questão saia da escuridão para que o Brasil assista a uma evolução sensível em sua democracia. Como visto no item anterior, a interpretação atualmente seguida pelo Supremo Tribunal Federal assume uma já clássica tendência hermenêutica no Brasil, de objeção à judiciabilidade das políticas governamentais. Ousamos contrariar essa linha de interpretação, já que os atos do governo devem estar sujeitos ao controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado.

Quanto aos efeitos jurídicos de uma decisão judicial que julgasse inconstitucional uma política pública, Fabio Comparato entende que tal decisão atingiria todas as leis e atos executórios envolvidos no programa de ação governamental e produziria efeitos *ex nunc*, ou seja, com a preservação de todos os atos ou contratos concluídos antes do trânsito em julgado da decisão, para evitar que se institua o caos na Administração Pública e nos negócios privados. Ideal, portanto, que a decisão seja tomada preventivamente, antes que a política pública em debate seja executada⁹⁶.

4.1.1.5.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Outra garantia processual existente na Constituição e que pode ser utilizada em defesa do direito à moradia, de forma complementar à Ação Direta de Inconstitucionalidade, é a arguição de descumprimento de preceito fundamental, previsto pelo §1º do art. 102. A arguição de descumprimento de preceito

municípios com mais de vinte mil habitantes. a elaboração de um plano diretor, como 'instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana'. Seria uma irrisão se os tribunais tivessem que se quedar inativos diante da omissão das autoridades municipais em dar cumprimento a essa norma constitucional. E, no entanto, é o que ocorre presentemente em relação a vários municípios brasileiros, a começar pelo mais populoso deles"

fundamental, decorrente da Constituição de 1988, é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999, regulamentou o artigo constitucional dispondo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental será proposta perante o Supremo Tribunal Federal e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição

Estão legitimados para propor a arguição as mesmas pessoas que estão legitimadas para propor a ação direta de inconstitucionalidade, facultando-se a qualquer interessado, mediante representação, solicitar ao Procurador Geral da República a propositura da arguição junto ao Supremo Tribunal Federal. Essa é uma importante inovação dada pela Lei 9.882/99, já que qualquer interessado poderá representar ao Ministério Público Federal para que este ingresse com processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental. O Procurador Geral da República analisará a representação e decidirá sobre o seu encaminhamento, analisando os fundamentos jurídicos e podendo decidir pelo ingresso em juízo ou pelo arquivamento.

A petição inicial da arguição deverá conter a indicação do preceito fundamental que se considera violado, a indicação do ato questionado, a prova da violação do preceito fundamental e o pedido, com suas especificações. Não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade (art. 4º, §1º), podendo o relator indeferir a petição inicial liminarmente. Esse dispositivo abre uma enorme possibilidade de esvaziamento do instrumento, já que confere ao Supremo Tribunal Federal um

⁹⁶ Fábio Konder Comparato, ob. Cit. nota anterior, p. 21.

enorme grau de discricionariedade na aceitação ou não da arguição. Deve-se ter em conta que, no direito brasileiro, praticamente todos os atos jurídicos possuem outros meios para sanar eventuais lesões por eles provocadas. Na forma regulada pela Lei, caberia ao autor comprovar que os outros meios existentes não seriam eficazes para sanar a lesividade, matéria que admite uma gama enorme de interpretações

Outro aspecto que dificulta a utilização do instrumento é que, se de um lado o relator pode indeferir liminarmente a arguição, de outro lado a obtenção de uma decisão liminar favorável exige uma decisão do Supremo Tribunal Federal proferida pela maioria absoluta de seus membros.

Excepcionalmente, em casos de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, mesmo assim *ad referendum* do Tribunal Pleno. A liminar poderá determinar aos juízes e tribunais que suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ressalvadas aquelas que já se encontram transitadas em julgado.

Vale ressaltar, nesse aspecto, que esse instrumento processual mostra-se bastante adequado para a defesa de violações ao direito à moradia, notadamente nas ações referentes à reintegrações de posse sobre áreas ocupadas por grandes coletividades ou para evitar o alastramento de políticas públicas que violem o direito à moradia. Uma decisão liminar poderia, por exemplo, suspender todas as ações de reintegração de posse até que se tenha uma interpretação clara de como adequar o despejo de grande número de pessoas que ocupam áreas particulares com a obrigação do Estado de prover todos os cidadãos com moradia adequada evitando despejos de pessoas que não tenham alternativa de moradia.

Apreciado o pedido de liminar, o relator solicita as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias, podendo, se assim entender necessário, ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre o assunto, ou fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista para manifestar-se sobre a questão em debate.

As decisões dos processos de arguição exigem quorum mínimo de pelo menos dois terços dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Julgada a ação, as autoridades dos órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados serão comunicadas sobre as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, ficando suas ações vinculadas à interpretação dada pelo Supremo sobre o preceito fundamental em discussão.

Com relação à eficácia da decisão, essa será *erga omnes*, tendo efeito contra todos e será vinculante aos demais órgãos do Poder Público. O art. 11 da Lei possibilita que o Supremo Tribunal Federal flexibilize a eficácia de sua decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. Quando ocorrerem essas razões, o Supremo poderá, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecurível e não poderá ser objeto de ação rescisória.

Embora seja um instrumento ainda pouco difundido no Brasil, que teve sua regulamentação dada apenas em 1999, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser uma importante garantia processual na defesa do direito à moradia, na medida em que possibilita que se ingresse no Tribunal máximo do país demanda no sentido de que este se manifeste sobre a constitucionalidade de atos normativos (inclusive orçamentários) e atos administrativos (executados em políticas habitacionais públicas).

4.1.153 Da Ação Civil Pública como instrumento hábil contra políticas públicas que violem o direito à moradia e contra leis orçamentárias que não contemplem a realização do direito à moradia nos termos da Constituição

O art. 129, III, da Constituição da República dispõe ser função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos⁹⁷. A legitimação constitucional dada ao Ministério Público para a interposição da ação civil pública não impede a legitimação de terceiros, nas

⁹⁷ A Ação Civil aplica-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais. O art. 81 do CDC dispõe da seguinte forma: "Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas *por circunstâncias de fato*; II - *interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de *origem comum*". Em julgamento do Supremo Tribunal Federal, proferido em Recurso Extraordinário n.º 163231/SP, o Ministro Mauricio Corrêa define: "3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas."

mesmas hipóteses (Art. 129, §1º). Pode-se afirmar, portanto, que essa garantia constitucional processual é de suma importância para o direito à moradia, na medida em que possibilita um controle judicial de políticas públicas executadas em dissonância os princípios do direito à moradia.

Desta forma, a Constituição de 1988 recepcionou a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A ação civil pública pode ter como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º).

Com base no artigo 129 da Constituição, combinado com o art. 3º da Lei 7.347, de 1985, pode-se afirmar que a ação civil pública é instrumento processual válido para a defesa do direito à moradia contra atos de autoridades públicas que o afrontem diretamente. Uma vez identificado o ato lesivo ao direito à moradia, pode-se ingressar com ação civil pública requerendo o imediato cancelamento daquele ato (cumprimento de uma obrigação de não fazer) ou requerendo que a autoridade realize aquele ato dentro dos limites constitucionalmente impostos (obrigação de fazer de determinada maneira). Em outras palavras, identificada uma política pública que atente contra o direito à moradia, as pessoas legitimadas para o ingresso da ação civil pública poderão agir em juízo visando a paralisação da execução daquela política, a realização daquela política em conformidade com os princípios adotados pelo Estado brasileiro em prol do direito à moradia, ou, ainda, a condenação da autoridade a restituir aos cofres públicos os recursos gastos na execução de política pública desconforme com os ditames legais e constitucionais. A ação civil pública mostra-se, assim, importante instrumento jurídico para a defesa dos direitos transindividuais, sejam eles difusos ou coletivos.⁹⁸

⁹⁸ Fábio Konder Comparato, O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. texto apresentado em Congresso do Ministério Público Federal realizado na cidade de Manaus em 29 de

Estão legitimados para propor a ação civil pública o Ministério Público, a União, os Estados e os Municípios, bem como autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e as associações civis que estejam constituídas, com registro no cartório competente, há pelo menos um ano, e que tenham entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

A legitimação passiva estende-se a todos os responsáveis pelas situações ou fatos ensejadores da ação, sejam pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as estatais, autárquicas ou paraestatais, porque tanto estas como aquelas podem infringir normas de Direito material.⁹⁹

O Ministério Público pode instaurar inquérito civil ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis, constituindo crime, punido com pena de reclusão de um a três anos, mais multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público.

outubro de 2001, ensina o seguinte sobre a natureza e a titularidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia: "O fato de que eles têm por objeto políticas públicas, ou programas de ação governamental, já constitui em si uma boa indicação sobre a sua natureza e, por conseguinte, sobre a qualidade de seus titulares. As políticas públicas em questão têm um elemento comum a reuni-las: elas buscam proteger, prioritariamente, os grupos sociais despidos de poder, econômico ou político, de forma a realizar, no conjunto da sociedade, o equilíbrio próprio daquela justiça proporcional, de que falou Aristóteles: distribuir mais aos que têm menos, e vice versa (cf. *Ética a Nicômaco*, 1131 a, 10 e ss). Em relação a tais grupos carentes, a justiça comutativa da relação entre iguais não se aplica; ou melhor, quando aplicada, produz o efeito perverso de agravar a desigualdade. Ora, dizer que os titulares dos direitos econômicos, sociais e culturais são, prioritariamente, classes ou grupos despidos do poder econômico ou político, significa reconhecer que esses direitos correspondem a interesses transindividuais, de natureza difusa ou coletiva. A sua defesa, em juízo ou fora dele, por conseguinte, não pode ser deixada à livre iniciativa de seus titulares, mas implica, necessariamente, na intervenção do Estado e a atuação de associações de interesse público, na qualidade de partes substitutas

⁹⁹Hely Lopes Meirelles, *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data*. Ed. Revista dos Tribunais, 12ª Edição. São Paulo, p. 123

Na ação que tenha como objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz poderá determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo¹⁰⁰ destinado a financiar a reconstituição dos bens lesados

O procedimento da ação civil pública é o ordinário, comum, do Código de Processo Civil. A peculiaridade está no fato de que dependendo da gravidade do ato danoso, o juiz poderá conceder mandado liminar, visando cessar imediatamente o dano. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. É o princípio da renovabilidade da ação, em face da relevância dos interesses sob tutela, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

É prevista, no caso de litigância de má-fé, a condenação em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos. A associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente responsáveis.

Pode-se perceber, finalmente, que a ação civil pública é um instrumento capaz de permitir ao Ministério Público ou aos demais legitimados que exijam, em juízo, o cumprimento do dever constitucional de se implementarem políticas públicas voltadas à promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais. Fábio Konder Comparato defende ainda que a ação civil pública é instrumento hábil, inclusive,

¹⁰⁰ Esse fundo está regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto 1.306, de 09.11.1994.

para o controle do cumprimento das normas orçamentárias em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Entende o ilustre jurista que, "o remédio judicial adequado para sancionar a violação das normas constitucionais orçamentárias em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais é sempre a ação civil pública, quer se trate da não-inclusão ou inadequada previsão, nos orçamentos, das verbas correspondentes às políticas de atendimento dos direitos fundamentais, quer se esteja diante de um desvio de despesa, ou da não-liberação de verbas no curso do exercício financeiro."¹⁰¹

Como visto, a ação civil pública mostra-se instrumento hábil tanto para o controle de políticas públicas como para o controle da elaboração e execução das leis orçamentárias, ampliando ainda mais o rol de garantias constitucionais processuais existentes para a defesa do direito à moradia.

4.1.1.5.4 - O DIREITO À MORADIA COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL PARA DEFESA EM AÇÕES DE DESPEJO E REINTEGRAÇÃO DE POSSE

A inclusão, na Constituição da República de 1988, do direito à moradia como um direito social trouxe ao Estado brasileiro obrigações concretas, dirigidas a todos os poderes que o compõe.

Sendo assim, cabe ao Poder Executivo promover ações e políticas públicas voltadas à consecução do objetivo de prover todos os seres humanos que vivem em seu território com moradias adequadas, a fim de garantir-lhes uma vida digna. No mesmo sentido, compete ao Poder Legislativo aprovar leis voltadas à dotar o Estado de instrumentos eficazes rumo à plena realização do direito à moradia no Brasil. Finalmente, cabe ao Poder Judiciário defender o direito à moradia em todas as ações que lhe são levadas, devendo sempre, ao decidir pela aplicação das Leis, agir em defesa do direito à moradia.

¹⁰¹ Fábio Konder Comparato, *O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. texto apresentado em Congresso do Ministério Público Federal realizado na cidade de Manaus em 29 de outubro de 2001

No Brasil, tem sido constante a prática de invasão de terrenos públicos e particulares para a construção de moradias. Movimentos formados por pessoas "sem teto" vem promovendo frequentemente a ocupação de terras urbanas ociosas com o fim de obter moradia para seus associados. É uma forma encontrada por esses excluídos de verem o seu direito à moradia realizado. Na ausência de uma ação estatal efetiva e eficaz, capaz de providenciar um teto para esses milhões de brasileiros que vivem em condições sub-humanas, o Brasil amarga a realidade de ver essas pessoas agirem por conta própria em defesa do seu direito à moradia. É nesse contexto que nos deparamos com inúmeras ocupações irregulares de terras, cada qual com uma quantidade expressiva de moradores. Somente no Município de São Paulo, por exemplo, já em 1994 existiam 2 milhões de pessoas vivendo em favelas, e seiscentos mil pessoas moravam em cortiços.¹⁰²

Sem dinheiro para o acesso ao mercado formal de moradias, essas pessoas "resolvem" o problema agindo de uma forma que, olhada sob a ótica restrita ao direito civil e penal, pode ser enquadrada como ilegal e até criminosa. Ocupar sem consentimento uma área que é de domínio ou posse alheia constitui esbulho possessório, crime previsto no art. 161, §1º, II do Código Penal. Também é considerado esbulho possessório pelo Direito Civil, que prevê que aquele que tiver a sua posse esbulhada pode reavê-la (art. 499 do Código Civil) através da ação civil competente, ou seja, a Ação de Reintegração de Posse (arts. 926 e seguintes do Código de Processo Civil). Ora, não se pode admitir que o Poder Judiciário, ao julgar essas ações, adote uma interpretação do direito restrita aos artigos supra citados.

Como vimos o direito à moradia é um direito constitucionalmente protegido, portanto encontra-se protegido pelo topo de nosso ordenamento jurídico. Logo, ao

¹⁰² Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. 1994.

julgar uma Ação de Reintegração de Posse, o Poder Judiciário deve pesar, dentro do caso concreto, qual o direito que deve prevalecer. Se os réus forem famílias ou pessoas que não possuam outro imóvel ou local para viver com dignidade, deve o Estado envidar todos os esforços para que sejam realocados dignamente em novas moradias

Ilustre-se um caso típico, visto repetidamente no Brasil, para se ter um bom exemplo: um grande proprietário de terras ociosas no Município de São Paulo vê sua terra invadida por cinquenta famílias, compostas por homens, mulheres, jovens, crianças, gestantes e idosos. Essas famílias não tiveram do Poder Público a resposta necessária para verem o seu direito à moradia sendo cumprido, ou seja, o direito à moradia dessas pessoas está sendo violado. Elas, sem ter lugar para morar, invadem um terreno ocioso, onde não havia sequer árvore e o único sinal exterior de que aquela terra pertencia a alguém era uma cerca, nada mais. O proprietário ingressa com uma ação de reintegração de posse contra as cinquenta famílias, com base nas normas acima mencionadas. Nesse caso, deve o juiz conceder a reintegração? Parece-nos que não, já que o direito à moradia, nesse caso, mostra-se um bem jurídico muito mais relevante do que o direito de propriedade do milionário. Não bastasse isso, deve o Poder Judiciário julgar esses tipos de demandas através de uma interpretação sistêmica do direito, considerando todos os seus componentes

O direito à moradia é protegido constitucionalmente, sendo que as garantias expressas na Constituição não excluem outras decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados nem dos Tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil faça parte. É princípio constitucional a defesa da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Igualmente, o Brasil foi signatário da Agenda Habitat, que, embora não seja um Tratado, possui os princípios básicos do compromisso assumido pelo Brasil em através do sistema de proteção dos direitos humanos, notadamente com a ratificação do Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Políticos de 1966 e da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Dentre os princípios da Agenda Habitat, corroborados pelo Brasil, encontra-se o do parágrafo 75, b, que dispõe que para reduzir a vulnerabilidade dos desfavorecidos (no caso, dos “sem teto”), os governos devem assegurar que soluções habitacionais alternativas devem ser providenciadas antes que um despejo ‘legalmente aceito’ seja realizado.¹⁰³ Ou seja, mesmo que o Poder Judiciário entenda que o milionário deve ser restituído em sua posse, deverá antes oficiar ao Poder Público para que este providencie solução habitacional alternativa para os invasores, já que estes também estão tendo seus direitos violados. E, diga-se enfim, a reintegração de posse não poderá ser executada antes que o Poder Público dê o retorno que se espera, ou seja, providencie um local digno para que aquelas famílias possam ir e morar.

Os mesmos argumentos podem ser usados em ações de despejo contra famílias ou pessoas que não possuem outro imóvel para morar. Deve o Poder Judiciário, antes de decidir pelo despejo, chamar o Poder Executivo ao Processo para que este providencie uma moradia para aquela família ou pessoa que está sendo despejada, já que é dever do Estado garantir o Direito à Moradia no Brasil.

Nesse sentido, o despejo de famílias e pessoas de suas moradias, mesmo que “dentro da lei”, somente poderá ser executado após o Poder Executivo manifestar-se nos autos indicando para qual local aquela família ou pessoa irá após a execução do despejo. E não pode ser qualquer local: deve ser uma moradia digna, que possua os atributos conceituais expressos no Capítulo 1 desta dissertação. As obrigações assumidas pelo Estado Brasileiro junto à comunidade internacional levam à interpretação de que não há mais porque, no Brasil, manter-se a prática de despejos coletivos ou individuais sem que haja a contrapartida Estatal que promova a solução para as famílias despejadas. Esse princípio assumido pelo

¹⁰³ O texto da Agenda Habitat diz que os governos devem: “Proteger todas as pessoas dos despejos forçados contrários à lei, levando em conta os direitos humanos; quando os despejos forem inevitáveis, os governos devem assegurar que, de forma apropriada, soluções alternativas de moradia sejam providenciadas”

Brasil internacionalmente encontra-se incorporado à legislação pátria, por força do art. 5º, §2º da Constituição, devendo ser esse o rumo a ser tomado dentro do Brasil para as questões relativas às reintegrações de posse e aos despejos: não há porque, legalmente, se autorizar uma reintegração ou despejo sem que o Estado tenha garantido as condições para que esses despejados possam viver em novas moradias, dignamente.

4.1.2 – DAS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL:

O Sistema de Proteção dos Direitos Humanos no Brasil é composto pelas normas de direito internacional e constitucional acima aludidas, sendo complementado pelas normas de natureza infraconstitucional existentes no Brasil e que apresentam algumas garantias muito importantes para a defesa do direito à moradia. Analisaremos as principais garantias existentes na legislação brasileira, que reforçam as garantias constitucionais, inseridas em instrumentos jurídicos como o Estatuto da Cidade e os Códigos Civil e de Processo Civil, bem como em legislação esparsa como as Leis do Parcelamento do Solo, da Ação discriminatória, da Desapropriação e dos Registros Públicos, entre outros.

4.1.2.1 DO ESTATUTO DA CIDADE

O Estatuto da Cidade é o nome legalmente atribuído à Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Após tramitar por mais de dez anos no Congresso Nacional, o Estatuto da Cidade veio finalmente regulamentar o Capítulo de Política Urbana da Constituição da República, apresentando muitas das principais garantias hoje existentes no Brasil para a defesa do direito à moradia.

O Estatuto da Cidade resultou da aprovação do Projeto de Lei 5.788, de 1990, que tramitou no Congresso Nacional, juntamente com dezessete Projetos em apenso. A lenta tramitação deste importantíssimo Projeto de Lei prejudicou a

defesa do direito à moradia no Brasil e tolheu a liberdade dos municípios na aplicação das sanções constitucionais previstas contra os proprietários que dão uso anti-social a suas terras. Tal situação agravou a crise da oferta de infraestrutura básica e de equipamentos públicos para a população de baixa renda.

Sobre a tramitação da Lei do Estatuto da Cidade no Congresso Nacional, vale ressaltar as seguintes considerações, tecidas pela relatora da Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, Deputada Regina Lino, em parecer que fundamentou a aprovação de um substitutivo ao Projeto de Lei naquela Comissão: “As distorções do mercado imobiliário no País, entre as quais a retenção de estoques de terra ociosa ou subutilizada desponta como uma das principais facetas, têm provocado a expansão desmedida das malhas urbanas. Na busca por terrenos disponíveis avança-se, muitas vezes, sobre áreas de proteção de mananciais, encostas, mangues, dunas, entre outras, completamente inadequadas para a ocupação urbana, enquanto glebas urbanizadas, muitas vezes dotadas de infraestrutura, permanecem sem aproveitamento, à espera de valorização... Nas palavras desse órgão¹⁰⁴ sobre o Substitutivo: ‘Trata-se de um projeto de lei sintético, bem estruturado, que elenca e regulamenta os principais instrumentos de ação do Poder Público local na gestão do solo urbano. Deve-se ter em conta que em especial nas grandes e médias cidades – estas últimas apresentando as maiores taxas de crescimento – a simples e adequada aplicação de alguns dos instrumentos disponíveis, terá reflexo nas condições ambientais e de qualidade de vida urbana. Garantir o acesso à terra urbana para todos, fazer funcionar livremente o mercado imobiliário – com menor retenção especulativa do solo – tributar e recuperar para o poder público parte da valorização dos imóveis resultante de investimentos coletivos, são resultados possíveis com elaboração dos Planos Diretores Municipais e aplicação dos instrumentos adequados, e podem, de per si, ajudar a minimizar a ocupação informal das cidades, áreas de

¹⁰⁴ O órgão a que se refere a Deputada é o Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM)

encostas e ribeirinhas e a maximizar a utilização da infra-estrutura de saneamento com resultados favoráveis ao meio ambiente”¹⁰⁵

A Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, que “Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências”, se desdobra em cinco capítulos que se denominam, respectivamente, “Diretrizes Gerais”, “Dos Instrumentos da Política Urbana”, “Do Plano Diretor”, “Da Gestão Democrática da Cidade”, e “Disposições Gerais”, totalizando cinquenta e oito artigos.

Vista a estrutura da de lei em questão, passa-se, neste momento, à análise do alcance e do conteúdo normativo das diretrizes gerais por ela ditadas para, a seguir, analisar os instrumentos estabelecidos.

Nesta perspectiva, vale observar que, a pretexto de estabelecer as diretrizes gerais da política urbana, o art. 2º, em seu inciso II, estabelece como princípio a “gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.” Essa regra guarda estreita correlação com o disposto no inciso XIII do mesmo artigo que dispõe sobre o princípio de serem realizadas “audiências do Poder Público Municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população”. Na lei, essas diretrizes estão concretizadas na alínea “f” do inciso II do art. 4º e no § 3º do mesmo artigo, no inciso I do § 4º e no § 5º do art. 40, e nos arts. 43, 44, 45 e 49. Ou seja, a participação popular na elaboração e na execução das políticas públicas voltadas à moradia constitui diretriz geral mandatória, devendo ser

¹⁰⁵ Texto extraído do ‘Segundo Parecer’ elaborado pela Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias, por sua relatora, Deputada Regina Lino, em justificativa ao substitutivo apresentado, de autoria do Deputado Pauderney Avelino.

observada por todos os órgãos públicos responsáveis pela elaboração e execução dessas políticas

Importante destacar, ainda, que o inciso I do art. 2º da Lei 10.257, de 2001, estabelece como diretriz geral "a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações". No mesmo sentido, o inciso V dispõe como diretriz geral a "oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais". Note-se, neste aspecto, que o respeito às características e peculiaridades locais é fundamental na execução de políticas públicas voltadas à construção de cidades sustentáveis.

Outra importante diretriz geral estabelecida para o ordenamento do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana é que a ordenação e controle do uso do solo devem evitar a utilização inadequada dos imóveis urbanos; a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivo ou inadequado em relação à infra-estrutura urbana, a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão de infra-estrutura correspondente; a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; a deterioração de áreas urbanizadas e a poluição e degradação ambiental (art. 2º, VI)

Finalmente, ressalte-se a diretriz geral de justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização.

Para a plena realização das diretrizes expostas no artigo 2º, a Lei 10.257, de 2001, estabeleceu um conjunto de instrumentos que constitui, direta ou indiretamente, garantia ao direito à moradia, pelo que passamos a analisar cada

um deles em termos conceituais e de alcances mais imediatos voltados à proteção do direito à moradia

4.1.2.1.1 INSTRUMENTOS

Impende observar, preliminarmente, que o Capítulo II do Estatuto da Cidade, que versa sobre os Instrumentos da Política Urbana, se divide em doze seções intituladas: "Dos Instrumentos em Geral", "Do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios", "Do IPTU progressivo no tempo", "Da Desapropriação com Pagamento em Títulos", "Da Usucapião Especial de Imóvel Urbano", "Da Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia", "Do Direito de Superfície", "Do Direito de Preempção", "Da Outorga Onerosa do Direito de Construir", "Das Operações Urbanas Consorciadas", "Da Transferência do Direito de Construir", e "Do Estudo de Impacto de Vizinhança".

Embora divididos em seções diferentes, a Seção I, que trata dos instrumentos em geral, apresenta o rol contendo todos os instrumentos previstos pelo Estatuto da Cidade. Dessa forma, para uma melhor compreensão das garantias previstas, dividiu-se a análise dos instrumentos em quatro partes principais: dos instrumentos de planejamento; dos instrumentos tributários e financeiros e; dos instrumentos jurídicos e políticos

Analisemos detalhadamente esses instrumentos, por serem de extrema importância para a plena realização do direito à moradia

4.1.2.1.1.1 DOS INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO

O processo de planejamento é fundamental para a ordenação do desenvolvimento de qualquer cidade. A partir da análise sobre a dinâmica de desenvolvimento de uma cidade ou de uma região, faz-se imperioso que o Poder Público adote regras

de controle claras e precisas, de forma a organizar o desenvolvimento e direcioná-lo a objetivos concretos que visem aumentar a qualidade de vida da população.

O Estatuto da Cidade incorporou a lógica do planejamento como instrumento fundamental ao desenvolvimento sustentável, obrigando, assim, o Poder Público a pensar suas ações a partir de estudos aprofundados calcados na realidade presente e nas perspectivas futuras de crescimento. Para poder desenvolver ações que efetivamente resolvam questões cruciais da vida em sociedade, faz-se preciso que se tenha, primeiramente, um diagnóstico exato sobre a situação real vivida pela população que sofrerá a intervenção estatal. Em segundo lugar, deve-se compreender a dinâmica do desenvolvimento social da comunidade, para que se tenha uma clara dimensão sobre qual será a situação no médio e longo prazos. Essas informações são fundamentais para o desenvolvimento das ações públicas, já que somente com elas é que se poderá planejar ações que acarretarão em resultados eficazes e efetivos. Nos dizeres do José Afonso da Silva, o planejamento, para atingir seus objetivos, terá que atender a certos critérios fundamentais, como a aceitabilidade, a exequibilidade, a viabilidade, a sensibilidade às aspirações populares e a dimensão¹⁰⁶.

O planejamento é fundamental, pois, para as ações voltadas à política urbana. No Brasil, a política urbana constitui fator de extrema importância, já que, segundo dados preliminares do Censo 2000, mais de 75% da população brasileira vive em áreas urbanas. O planejamento deve ser feito desde uma abordagem mais ampla, levando-se em conta a realidade macro, até o planejamento local, focado em comunidades e áreas específicas do território nacional. Pode-se dizer que o planejamento deverá atuar em três graus de intervenção: a) como diretrizes e orientação geral e coordenação macroregional, agirão os planos urbanísticos federais; b) como programação urbanística e coordenação microregional, elaborar-se-ão planos urbanísticos estaduais e metropolitanos; c) como instrumento

¹⁰⁶ José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, 2ª Ed., 1995, p. 96/97

urbanístico para as realizações concretas, implantar-se-ão os planos urbanísticos municipais¹⁰⁷.

4.1.2.1.1.1 DOS PLANOS NACIONAIS, REGIONAIS E ESTADUAIS DE ORDENAÇÃO DO TERRITÓRIO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL E DO PLANEJAMENTO DAS REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS OU MICRORREGIÕES.

A União tem competência consubstanciada no art. 21, IX, da Constituição da República, para elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social. Pode-se dizer que a União tem competência para a formulação de três tipos de Planos: a) plano urbanístico nacional; b) planos urbanísticos regionais; c) planos urbanísticos setoriais, onde pode ser encaixado um plano urbanístico votado à habitação.

José Afonso da Silva conceitua o Plano Urbanístico Nacional como “o conjunto de diretrizes gerais, destinadas a instrumentalizar a política nacional do desenvolvimento urbano, ou conjunto coerente de medidas destinadas a estabelecer a orientação geral da ordenação territorial do país em função do bem estar da população”. De acordo com o jurista, daí sobressaem as duas funções básicas do plano urbanístico nacional: 1ª) de diretriz e coordenação, a fim de assegurar a unidade à atividade de planejamento urbanístico aos vários níveis territoriais, 2ª) de articular essas grandes diretrizes da ordenação do território nacional com a ordenação econômica e social do país para a realização do bem estar da população em geral. Como conteúdo, o Plano nacional deve compreender diagnóstico básico, estratégia geral, estratégia específica e relatórios e mapas.¹⁰⁸

As profundas desigualdades regionais existentes no Brasil exigem do Governo Federal um planejamento tal qual acima aludido, voltado a compreender a dinâmica do fluxo populacional no Brasil e estabelecer as estratégias de ações

¹⁰⁷ José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, 2ª Ed., 1995, p. 99.

¹⁰⁸ José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, 2ª Ed., 1995, p. 102.

gerais e específicas a fim de dotar o país de estrutura básica suficiente para a absorção desses fluxos e para a utilização desse riquíssimo potencial humano para o desenvolvimento econômico e social do Brasil. No mesmo sentido devem ser elaborados os planos urbanísticos macroregionais, tendo em vista que as correções de distorções de nosso processo de urbanização dependem fundamentalmente de uma adequada interação do planejamento urbano com o planejamento regional e destes com os critérios de localização que resultam da intervenção governamental no processo de industrialização e de crescimento econômico.

Por fim, ainda no âmbito federal, a elaboração de planos setoriais de desenvolvimento mostra-se importantíssima para a solução de problemas urbanos específicos verificados em todo o território nacional. Dessa forma, cabe ao governo federal elaborar planos voltados a sistematizar e ordenar o território nacional para o exercício das funções sociais que ele deve promover, como a habitação, o trabalho, a circulação, a proteção ambiental e o lazer. Ao mesmo tempo em que dada uma dessas funções compõe o todo da organização territorial do país, não se pode esquecer da importância de se destinar, a algumas delas, um tratamento autônomo, voltado à redução de déficits e à melhoria da rede atualmente instalada.

Vale notar que esses planos devem ter conotação normativa e devem se constituir em instrumentos dirigentes para as ações a serem realizadas pelos gestores públicos, bem como devem ser considerados como normas a serem seguidas pelos setores privados da sociedade, quando estes forem desenvolver ações que de qualquer forma, intervenham na conformação urbana e possuem relevância no desenvolvimento urbano da nação.

No que se refere aos planos microregionais de desenvolvimento, cabe aos Estados essa função. A Constituição vigente atribui aos Estados competência concorrente com a União para legislar sobre direito urbanístico, o que significa,

nos termos do art. 24, I, e seus parágrafos, que lhes cabe dispor suplementarmente sobre a matéria¹⁰⁹ Cabe aos Estados, portanto, estabelecer normas de coordenação dos planos urbanísticos no nível de suas regiões administrativas, além de sua expressa competência para, conforme expressamente disposto na Constituição Federal, art. 25, §3º, através de Lei Complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

A criação de regiões metropolitanas para a organização dos municípios que as compõe é, hoje em dia, umas das principais atribuições dos Estados na área de planejamento urbanístico, já que, como vimos, são nas regiões metropolitanas que se concentram as maiores e piores mazelas urbanas no Brasil. A coordenação de atividades voltadas à garantia habitacional das populações que vivem nessas áreas metropolitanas é fundamental, a fim de evitar o agravamento de situações já delicadas, como a ocupação de reservas ambientais e a deterioração das reservas de água potável dessas áreas metropolitanas.

4.1.2.1.1.2 PLANEJAMENTO MUNICIPAL: PLANO DIRETOR

Celso Ribeiro Bastos, dando uma amplitude bastante larga ao instrumento, afirma que "o plano diretor vem a ser o instrumento pelo qual os municípios definirão os objetivos a serem atingidos, assim como as regras básicas, as diretrizes, as normas do desenvolvimento urbano, estabelecendo, portanto, o zoneamento, as exigências quanto às edificações e um sem número de outras matérias fundamentalmente pertinentes ao uso do solo. Não é estranho ao plano diretor o próprio sistema viário, arruamento, estradas, localização de áreas verdes, etc."¹¹⁰

¹⁰⁹ Sobre competência dos Estados para dispor de questões urbanísticas, ver José Afonso da Silva. ob. Cit., Título I, Caps. 3, n. 3 e 4, c. 4, n. 9.

Outra fundamental importância do Plano diretor é que só ele pode definir as áreas onde serão aplicadas as sanções previstas no parágrafo 4º do artigo 182. A aplicação destas sanções ao proprietário desidioso dependia de regulamentação por Lei Federal, regulamentação essa aprovada pelo Congresso Nacional através do Estatuto da Cidade, de 10 de julho de 2001, Lei 10.257. O Estatuto da Cidade dedicou um Capítulo especialmente para o Plano Diretor¹¹⁰. Dispõe o artigo 40, §4º, que no processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade. O processo de elaboração do Plano deverá contar, assim, com ampla participação da sociedade, devendo por isso haver ampla publicidade dos documentos e informações produzidos, sendo direito de todo cidadão o acesso a esse documentos e informações.

O processo de planejamento é fundamental para a ordenação do desenvolvimento de qualquer cidade. A partir da análise sobre a dinâmica de desenvolvimento de uma cidade ou de uma região, faz-se imperioso que o Poder Público adote regras de controle claras e precisas, de forma a organizar o desenvolvimento e direcioná-lo a objetivos concretos que visem aumentar a qualidade de vida da população. Isso significa que o Plano Diretor é imperativo para o setor público, sendo uma lei dirigente, que deve ser cumprida e gerida pelas agentes públicos e respeitada pelos agentes do setor privado. A partir desta imperatividade do Plano Diretor e do exato cumprimento de seus dispositivos pelos agentes públicos, os investimentos do setor privado da economia possuirão indicativos muito claros e transparentes sobre onde e como se pode investir dentro do Município. Desta forma, o setor público utiliza-se de mecanismos indiretos – instrumentos legais explicitados no plano – para atrair o setor privado

¹¹⁰ Celso Ribeiro Bastos. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. 1995. 16ª ed. p. 384

¹¹¹ O Capítulo III da Lei 10.257, de 2001, trata especificamente desse instrumento de planejamento urbano, nos artigos 39 a 42

ao processo de planejamento e ordenar os investimentos privados no Município, orientando um desenvolvimento sustentável da cidade.

Justamente por isso o Plano Diretor é obrigatório para cidades: (i) com mais de vinte mil habitantes; (ii) integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas ou, ainda, integrantes de áreas de especial interesse turístico, ou inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional; (iii) onde o Poder Público Municipal pretende utilizar os instrumentos previstos no art. 182, §4º da Constituição Federal. No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido.

O Plano Diretor, por ser um instrumento que deve necessariamente ser aprovado pela Câmara Municipal, possui força de Lei (art. 40 do Estatuto da Cidade). É, pois, o instrumento básico da política urbana do Município, que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar da comunidade local. Para tanto, deve estabelecer os objetivos a serem atingidos através do desenvolvimento urbano, as atividades a serem executadas para a consecução destes objetivos e as diretrizes de desenvolvimento da cidade.

É o Plano Diretor o instrumento normativo que definirá quais os requisitos para que uma propriedade atenda à sua função social. É nele que constarão os elementos jurídicos para a aferição sobre o uso que é dado às propriedades, definindo claramente os critérios de definição de sub-utilização de imóveis. O Plano Diretor deve especificar as áreas urbanas onde o Município poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios dos imóveis subutilizados, ou aplicar o Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana – IPTU progressivo no tempo, até a possível desapropriação com pagamento em títulos. Mais adiante estudaremos cada um desses instrumentos.

De acordo com o artigo 39, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no Plano Diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento de atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no artigo 2º do Estatuto. Por essa razão é que o plano diretor deve conter no mínimo a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, bem como os instrumentos previstos no Estatuto da Cidade (art. 42).

Importante inovação da Lei 10.257 foi a disposição afirmando que o plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas.

Por ser um instrumento voltado à regular o desenvolvimento urbano em busca de objetivos concretos, o Plano Diretor deverá ser revisto pelo menos a cada dez anos, devendo adequar-se, assim, periodicamente, às novas realidades sócio-econômicas do Município. Finalmente, é importante deixar bastante claro que o Plano Diretor constitui importante instrumento de proteção do Direito à Moradia no Brasil, devendo merecer especial destaque daqueles que atuam na defesa desse direito, tanto no que diz respeito à sua elaboração quanto à sua execução.

4.1.2.1.1.3 OUTROS INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO MUNICIPAL PREVISTOS NO ESTATUTO DA CIDADE

Além dos Planos Federal, Estadual e Municipal, a moradia ainda pode contar com outros instrumentos normativos importantes para sua proteção, também ligados ao planejamento.

No nível municipal, a Lei de Uso e Ocupação do Solo é, ao lado do Plano Diretor, o principal instrumento normativo voltado a regular a ocupação do território e os

tipos de uso permitidos em cada parcela desse território. Os Municípios devem possuir legislação voltada ao controle do uso e ocupação do solo, para evitar o crescimento desordenado e insustentável e o surgimento de ocupações irregulares e de moradias em áreas de risco. A Lei de Uso e Ocupação do Solo é, também, o instrumento normativo que pode estabelecer Zonas Especiais de Interesse Social, voltadas à construção de moradias acessíveis às camadas mais carentes da população brasileira.

São componentes da Lei de Uso e Ocupação do Solo: (i) o zoneamento do Município, dividindo-se o território em Zonas Territoriais, voltadas cada qual ao exercício de uma das funções sociais da cidade, como moradias, indústrias, aterros sanitários, comércio, lazer, preservação ambiental (zoneamento ambiental), vias públicas, dentre outras. O correto zoneamento do território permitirá a melhoria na qualidade de vida dos habitantes e evitará o crescimento de cidades insustentáveis; (ii) as normas de uso do solo, que representam limites administrativos impostos ao direito de gozo das propriedades. As normas de uso especificam quais atividades podem ser realizadas, separando atividades que produzem altos ruídos sonoros de atividades voltadas ao descanso e lazer, por exemplo, separando a zona industrial da zona residencial; (iii) as normas de ocupação do solo, que regulam os tipos de construções que podem ser realizadas em cada terreno, controlando, assim, o adensamento dos Municípios; (iv) as normas de parcelamento do solo, que regulam o tamanho dos lotes que podem ser registrados, o procedimento para a aprovação de projetos de parcelamento do solo.

A Lei de Uso e Ocupação do Solo é importantíssimo instrumento para a promoção do direito à moradia, já que é nela que se pode, com detalhes, destinar áreas para a construção de moradias. Outro importante objetivo da Lei de Uso e Ocupação é a criação de instrumentos jurídicos voltados à regularização fundiária de áreas ocupadas irregularmente, com moradias já construídas, mas que estão informalmente existentes mas que não estão juridicamente regularizadas. Muitos

deses instrumentos estão previstos no Estatuto da Cidade e devem ser melhor desenvolvidos para a aplicação prática, seja no Plano Diretor, seja na Lei de Uso e Ocupação do Solo. Essas Leis conterão instrumentos como as zonas especiais de interesse social, o instituto da concessão de direito real de uso de áreas públicas, a concessão de uso especial para fins de moradia, o direito de superfície, o direito de preempção, a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir, as operações urbanas consorciadas, a regularização fundiária e o Estudo Prévio de Impacto ambiental e de vizinhança

Vale notar que, embora esses instrumentos jurídicos de proteção do direito à moradia comumente encontram-se regulados no Plano Diretor ou na Lei de Uso e Ocupação do Solo, nada impede que sejam também objeto de leis específicas. É dessa forma que podem ser regulados, por exemplo, os instrumentos mencionados nas alíneas 'c', 'd', 'e', 'f' do inciso V do art. 4º do Estatuto da Cidade. Esses instrumentos são, respectivamente: as limitações administrativas aos direitos de uso e gozo da propriedade, como, por exemplo, a restrição para edificações ou para usos comerciais (alínea 'c'); o tombamento de imóveis ou de mobiliários urbanos, fundamental para a preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e ambiental (alínea 'd'); a instituição de unidades de conservação (alínea 'e') e; a instituição de zonas especiais de interesse social, essas importantíssimas para o direito à moradia, já que nelas poderão ser flexibilizados os critérios para a regularização fundiária de parcelamentos irregulares. Nesse sentido, muitos Municípios possuem Leis de Parcelamento do Solo, que também podem conter importantes garantias ao direito à moradia, flexibilizando a regularização fundiária de áreas ocupadas irregularmente.

Outros instrumentos de planejamento municipal também são mencionados no Estatuto da Cidade. As leis orçamentárias (plano plurianual, Diretrizes orçamentárias e orçamento anual), são definidas como instrumentos no art. 4º, inciso III, alíneas 'e' e 'f'. Sobre as leis orçamentárias remetemos o leitor ao item

que trata da Ação de Inconstitucionalidade contra Leis Orçamentárias¹¹². A grande novidade, no tocante aos orçamentos, é a regulamentação legal da gestão orçamentária participativa, definida como um instrumento de política urbana (art 4º, III, f)

Finalmente, completando o rol de instrumentos municipais encontram-se os planos, programas e projetos setoriais e os planos de desenvolvimento econômico e social. Os primeiros voltados ao planejamento da melhoria de setores específicos, como transporte, moradia, meio ambiente, e os segundos voltados ao desenvolvimento econômico e social. Sobre os planos setoriais e de desenvolvimento econômico e social, vale destacar que devem estar em harmonia com o Plano Diretor do Município e devem ser voltados à plena realização dos direitos humanos.

4.1.2.1.1.2 INSTITUTOS TRIBUTÁRIOS E FINANCEIROS

Os institutos tributários e financeiros também servem como garantia do direito à moradia, na medida em que criam as condições para a destinação de recursos públicos ao desenvolvimento urbano e ao financiamento de programas habitacionais.

O Estatuto da Cidade prevê três espécies de institutos tributários e financeiros, quais sejam: (i) o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU, (ii) a contribuição de melhoria; (iii) incentivos e benefícios fiscais e financeiros. Analisemos cada um desses institutos e sua relação com o direito à moradia.

4.1.2.1.1.2.1 DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – IPTU PROGRESSIVO

O Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU é um dos principais tributos que compõe a receita dos Municípios. Os Municípios extraem o seu poder tributário

¹¹² Inclusive, o fato de tais leis terem se tornado instrumentos legalmente estipulados amplia os argumentos

diretamente da Constituição Federal, podendo, dessa forma, instituir os seus tributos de forma autônoma, respeitados os princípios constitucionais sobre os limites do poder de tributar. Destes, vale destacar a legalidade formal e material, a irretroatividade, a igualdade, a proibição do confisco, a anterioridade e, no caso específico do IPTU, a progressividade.

Nos dizeres de Aliomar Baleeiro¹¹³, o fato gerador do IPTU "é a existência do imóvel a título de domínio, pleno ou útil (enfiteuse), e a simples posse do imóvel, sito na zona que o CTN define como urbana, no conceito próprio do Direito Fiscal. Pouco importa que o terreno esteja edificado ou seja baldio, esteja utilizado em atividade agrícola ou não". O conceito de propriedade urbana é o da situação, sendo indiferente a destinação econômica dada ao imóvel. Sendo assim, todo imóvel situado dentro da área que o Plano Diretor, a Lei de Uso e Ocupação do Solo ou até a Lei do IPTU definir como sendo área urbana estará sujeito à incidência do tributo, independentemente de sua destinação econômica fática

A Constituição da República apresenta duas formas de progressividade que podem ser aplicadas no IPTU. A primeira delas é a progressividade conforme o valor ou a localização do imóvel tributado. O IPTU progressivo conforme o valor do imóvel está previsto no texto Constitucional, com redação dada após a aprovação da Emenda Constitucional 29/2000, que alterou o §1º do Artigo 156, que versa o seguinte: "Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, §4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá: I – ser progressivo em razão do valor do imóvel, II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização do imóvel." A Lei que institui o IPTU poderá, assim, prever alíquotas diferenciadas para os imóveis passíveis de tributação pelo IPTU. Essa diferenciação poderá ser feita com base em dois critérios: o valor do imóvel e a localização. Dessa forma, imóveis com alto valor de mercado ou imóveis

em defesa do juízo de constitucionalidade das leis orçamentárias

¹¹³ Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª edição, Editora Forense, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro, 1999. p. 244

localizados em áreas estratégicas do Município poderão ter alíquotas mais elevadas do que os demais imóveis, sem que isso constitua qualquer violação à igualdade. É um importante mecanismo de distribuição de renda e de controle da ocupação territorial, já que dota o Poder Público Municipal de um instrumento fiscal capaz de, a um só tempo, cobrar mais dos que mais têm e cobrar mais dos que vivem em áreas que já possuem todos os equipamentos urbanos e serviços instalados. A arrecadação proveniente dessa cobrança progressiva poderá ser revertida justamente para equalizar a ocupação urbana, levando equipamentos e serviços urbanos para as áreas periféricas e mais necessitadas, ou até financiando programas habitacionais de construção de novas moradias ou de regularização fundiária de áreas já ocupadas

O segundo tipo de IPTU progressivo previsto pela Constituição é o IPTU progressivo no tempo¹¹⁴. O Artigo 182 condicionou a aplicação do IPTU progressivo no tempo à regulamentação de lei federal, pelo que tal instrumento jamais foi aplicado no Brasil até o presente momento. Felizmente a Lei 10.257, de 2001, veio regulamentar esse artigo constitucional, dando as diretrizes para que os municípios possam aplicar o IPTU progressivo no tempo sobre o proprietário desidioso. A própria constituição já delimita o campo de aplicação desse instrumento tributário, ao definir que o IPTU progressivo no tempo só poderá ser aplicado sobre áreas definidas no Plano Diretor como áreas passíveis de sofrerem esse tipo de intervenção municipal. Ou seja, cabe ao Plano Diretor estabelecer quais as áreas municipais que poderão ser atingidas com o IPTU progressivo no tempo e, ainda, caberá à Lei específica definir, para essas áreas, a forma de aplicação desse instrumento

¹¹⁴ O IPTU progressivo no tempo está previsto no art. 182, §4º, II da Constituição, da seguinte forma: Art. 182 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes. §4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, exigir nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: II – imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo

Outro limitação dada pela constituição é que o IPTU progressivo no tempo só poderá ser aplicado após o procedimento de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios. Sendo assim, antes de aplicar o IPTU progressivo no tempo deve o Município proceder na forma estabelecida no art. 5º do Estatuto da Cidade, notificando o proprietário do imóvel para que promova o parcelamento, a utilização ou a edificação de seu imóvel nos termos definidos no Plano Diretor e em Lei específica. Somente no caso do proprietário não cumprir essa obrigação é que o município estará apto a cobrar o IPTU progressivamente, conforme definido pelo art. 7º do Estatuto da Cidade.

Ou seja, em caso de descumprimento das condições e prazos previstos para o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, o município poderá proceder à aplicação do imposto sobre a propriedade territorial e predial urbana progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. O valor da alíquota a ser aplicado a cada ano será fixado na lei específica acima referida e não poderá exceder a duas vezes o valor referente ao ano anterior, respeitada a alíquota máxima de quinze por cento. Caso a obrigação de parcelar, edificar ou utilizar o imóvel continue não sendo atendida durante o prazo de cinco anos, o Município manterá a cobrança da alíquota máxima, até que se cumpra a referida obrigação, garantida, ainda, a possibilidade de desapropriação com pagamento em títulos. Por fim, é vedada a instituição de isenções ou anistias fiscais relativas à tributação do IPTU progressivo no tempo.

Nota-se, portanto, que o IPTU pode ser usado como uma garantia importante do direito à moradia. De um lado, com o IPTU progressivo conforme o valor ou a localização do imóvel, tem-se a oportunidade de arrecadar recursos dos que mais têm para destiná-los, através de políticas públicas, aos que mais precisam, inclusive em programas habitacionais e urbanos. De outro lado, com o IPTU progressivo no tempo, tem-se um importante instrumento de coação tributária-administrativa para forçar o proprietário do imóvel mal utilizado a dar uma função social ao seu terreno, evitando o acúmulo de áreas ociosas situadas dentro da

malha urbana e dotadas de todos os serviços e equipamentos públicos. É um importante estímulo para o pleno aproveitamento dos investimentos públicos realizados nas cidades e para uma ocupação racional do espaço urbano.

4.1.2.1.1.2.2 DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

Outro instrumento tributário previsto pelo Estatuto da Cidade e que pode vir a ser uma importante garantia para o direito à moradia é a contribuição de melhoria. A contribuição de melhoria é o tributo existente para a recuperação, pelo poder público municipal, dos recursos gastos em obras voltadas à melhoria urbana de uma determinada região. Sempre que o município promover melhorias urbanas em uma determinada região, através de obras públicas concretas, levando benefícios econômicos para os proprietários dos imóveis situados na região beneficiada, poderá o poder público municipal recuperar os recursos gastos nessas obras, através da contribuição de melhoria. Esse tributo visa evitar o enriquecimento sem causa dos proprietários dos imóveis situados na região beneficiada.

Esse instrumento não é novidade no ordenamento jurídico nacional, já que "nos estudos sobre a contribuição de melhoria, apontam-se precedentes históricos remotíssimos, com base em certo fragmento do *Digesto* e numa Ordenação Manuelina (Liv. I, t. 47, §1º, e Lei de 06.07.1596) que se refere a certa finta para 'fazimento ou refazimento de muros, pontes e calçadas'. Citam-se usanças análogas em Florença, no século XIII, na Inglaterra, nos séculos XIII e XV, mas há minucioso conhecimento das leis que regularam a recuperação das despesas com o alargamento de ruas em Westminster, em 1662, e obras na parte central de Londres em 1667"¹¹⁵. Aliomar Baleeiro ensina que "a despeito dessas origens vetustas, a popularidade das contribuições de melhoria proveio da aplicação reiterada e sistemática do princípio, sob o nome de *special assessment*".

No Brasil, desde a Constituição de 1934 exceção feita à de 1937, a ordem jurídica consagra a contribuição de melhoria como espécie própria de tributo.¹¹⁶

O Código Tributário Nacional deu tratamento à matéria (art. 82), fixando que o fato gerador deste tributo é a valorização do imóvel decorrente de obra pública. Dois elementos devem estar presentes para que se possa cobrar a contribuição de melhoria: a obra pública e a valorização de imóveis privados decorrente dessa mesma obra.

Verificado o fato gerador, a contribuição de melhoria relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obras a ser financiada pela contribuição pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

No atual cenário verificado nos orçamentos dos entes federativos brasileiros, onde a escassez de recursos inibe a execução de obras públicas voltadas à melhoria urbana, a contribuição de melhoria mostra-se importante instrumento capaz de viabilizar importantes intervenções urbanísticas do Estado, a serem financiadas pelos contribuintes que delas se beneficiarão. Deve-se ter cuidado, entretanto, com a utilização desse instrumento para que o mesmo não venha a onerar os cidadãos já necessitados. A contribuição de melhoria deve ser usada para as obras realizadas em áreas urbanas ocupadas por moradores que já possuem padrão de vida digno, e nunca em áreas ocupadas por moradores que se encontram em precária situação econômica.

¹¹⁵ Aliomar Baleeiro, *Direito Tributário Brasileiro*. Ed. Forense, 1999, Rio de Janeiro, p.570/571

¹¹⁶ O art. 124 da Constituição de 1934 dispunha: Art. 124. Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria”

4.1.2.1.1.2.3 DOS INCENTIVOS E BENEFÍCIOS FISCAIS E FINANCEIROS

Previstos no Estatuto da Cidade (art. 4º, IV, c), os incentivos e benefícios fiscais e financeiros apresentam-se, regra geral, em duas formas bem identificadas: as imunidades e as isenções.

O art. 19, III, da Constituição, estabelece imunidades, isto é, vedações absolutas ao poder de tributar certas pessoas (subjetivas) ou certos bens (objetivos) e, às vezes, uns e outras. Imunidades tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam. Não se confundem com isenções, derivadas de lei ordinária ou complementar (CF, art. 19, §2º) que, decretando o tributo, exclui expressamente certos casos, pessoas ou bens, por motivos de política fiscal. A violação do dispositivo onde se contém a isenção importa em ilegalidade e não em inconstitucionalidade.¹¹⁷ As imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar, enquanto as isenções são limitações legais ao poder de tributar, adotadas a critério do poder competente para instituir os tributos.

Sendo assim, para regular o mercado de produção e compra de moradias, pode-se instituir isenção fiscal a certas atividades, pessoas ou bens, a fim de alavancar o setor de produção de moradia populares e de facilitar a aquisição de moradias por parte dos compradores. Um exemplo seria isentar do pagamento do Imposto de Transmissão de Bens Inter Vivos – ITBI os compradores de moradias populares ou isentar do pagamento de alguns tributos as rendas das pessoas jurídicas que produzem moradias, quando obtidas através da venda de moradias populares. O importante, nesses casos, é garantir que o benefício fiscal resulte em benefícios econômicos ao consumidor final da moradia, de nada adiantando caso seja absorvido no meio da cadeia produtiva.

¹¹⁷ Aliomar Baleeiro. *Direito Tributário Brasileiro*. Ed. Forense, 1999, Rio de Janeiro, p. 114

Os incentivos financeiros podem ser viabilizados através de linhas de crédito para a compra de moradias, subsídios estatais para a produção ou outros incentivos viabilizados através da disponibilidade de recursos para a produção e aquisição de moradias

4.1.2.1.1.3 DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS E POLÍTICOS

4.1.2.1.1.3.1 - DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é um instituto expresso na Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIV, e representa a intervenção do Poder Público sobre uma propriedade particular¹¹⁸. Através da desapropriação o Poder Público desenvolve uma sucessão de atos ordenados visando um ato final, que é a adjudicação forçada de um bem privado ao Poder Público. Tanto os particulares quanto os entes federativos podem ter seus bens desapropriados, sempre que se verificar casos de utilidade pública, interesse público, interesse social ou de má utilização do imóvel. Note-se que, em qualquer caso, a justa indenização deverá ser observada pelo Poder Público.

No caso de desapropriação de bens de entes federativos, a União poderá desapropriar dos Municípios e dos Estados e estes poderão desapropriar bens municipais, sendo vedado ao Município desapropriar bens estaduais ou federais, bem como aos estados desapropriar bens federais.

São duas as fases que devem ser obedecidas no procedimento expropriatório. A primeira fase é de natureza declaratória, onde o Poder Público indicará, através de lei ou decreto, a finalidade da desapropriação, fundamentando-a. A segunda fase consiste na execução da expropriação, com a estimativa da indenização cabível e

¹¹⁸ Art. 5º – Todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXIV – a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição

a transferência do bem expropriado para o domínio do expropriante. Analisemos brevemente cada uma dessas fases.

Toda desapropriação deve ser precedida de declaração expropriatória regular que indique a propriedade que será desapropriada e a sua destinação pública, apontando o dispositivo legal que a autoriza. Deverá ser feita por Lei ou por Decreto. A declaração de desapropriação é a exteriorização da vontade da Administração Pública de exercer o poder de desapropriar. Havendo falta dos requisitos formais que devem estar presentes na declaração de desapropriação, poderá haver a invalidade do ato expropriatório pelo Judiciário, por provocação do interessado. Isso porque, embora seja um importante instrumento para a promoção do bem estar social, deve-se evitar o seu uso para fins políticos ou de vinganças pessoais. Há o entendimento de que a declaração expropriatória não obriga o Poder Público a efetivar a desapropriação, tendo portanto a faculdade de escolher o momento da desapropriação, podendo, inclusive, revogar a declaração de desapropriação por motivos de conveniência e oportunidade, assim como também pode deixar esvaír o prazo de validade da declaração.

A lei define os fundamentos que legitimam a intervenção estatal na propriedade privada, dividindo-os em fundamentos de necessidade ou utilidade pública, de interesse social ou de desapropriação decorrente do descumprimento da obrigação de dar à propriedade uma função social.

O Decreto Lei Nº 3.365/41 apresenta os contornos da necessidade e da utilidade públicas. A necessidade pública surge quando a Administração defronta-se com situações de emergência que, para serem resolvidas satisfatoriamente, exigem a transferência urgente de bens de terceiros para o seu domínio e uso imediato. Já a utilidade pública apresenta-se quando a transferência de bens de terceiros para a Administração é conveniente e oportuna.

Por sua vez, o interesse social encontra definição no artigo 184 da Constituição Federal, bem como no Decreto Lei Nº 4.132, de 10 de setembro de 1962. Ocorre quando as circunstâncias impõem a distribuição ou o condicionamento da propriedade para seu melhor aproveitamento, utilização ou produtividade, em benefício da coletividade ou de categorias sociais merecedoras de amparo específico do poder Público. Destina-se à coletividade.

A Lei 4.132/62 entende a propriedade condicionada ao bem-estar social, acolhendo princípio que se pode definir como de justiça distributiva, expresso no art. 5º da Constituição Federal que define que a propriedade deve cumprir a sua função social. São Casos de Desapropriação por interesse social, expressos no art. 2º da Lei 4.132: (inciso I) o aproveitamento de todo bem improdutivo ou explorado sem correspondência com as necessidades de habitação, trabalho e consumo dos centros de população a que deve ou possa suprir por seu destino econômico; (inciso III) o estabelecimento e a manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola; (inciso IV) a manutenção de posseiros em terrenos urbanos onde, com a tolerância expressa ou tácita do proprietário, tenham construído sua habitação, formando núcleos residenciais de mais de dez famílias; (inciso V) a construção de casas populares; (inciso VI) as terras e águas suscetíveis de valorização extraordinária, pela conclusão de obras e serviços públicos, notadamente de saneamento, portos, transporte, eletrificação, armazenamento de água e irrigação, no caso em que não sejam ditas áreas socialmente aproveitadas; (inciso VII) a proteção do solo e a preservação de cursos e mananciais de água e de reservas florestais; (inciso VIII) a utilização de áreas, locais ou bens que, por suas características, sejam apropriadas ao desenvolvimento de atividades turísticas.

A desapropriação por interesse social é um importante instrumento de garantia do direito à moradia, conforme os incisos IV e V acima transcritos demonstram em linguagem clara e precisa. No caso do inciso IV, normalmente, ela é decretada para impedir a reintegração de posse por parte do proprietário do imóvel, visando

evitar o desalojamento de comunidades inteiras e a conseqüente perda de investimentos sociais feitos nas áreas pelos próprios ocupantes. Evita-se, assim, o surgimento de graves problemas sociais, através da proteção, pelo Poder Público, de famílias hipossuficientes.

O Estatuto da Terra (Lei 4.504, de 30.11.1964), observando os objetivos da Reforma Agrária, dispõe sobre outras formas de desapropriação por interesse social, também importantes proteções do direito à moradia na área rural: condicionar o uso da terra à sua função social, promover a justa e adequada distribuição da propriedade; obrigar a exploração racional da terra; permitir a recuperação social e econômica de regiões; estimular pesquisas pioneiras, experimentação, demonstração e assistência técnica, efetuar obras de renovação, melhoria e valorização dos recursos naturais; incrementar a eletrificação e a industrialização no meio rural; facultar a criação de áreas de proteção à fauna, à flora ou a outros recursos naturais, a fim de preservá-los de atividades predatórias (art. 161 da Constituição Federal, Lei 4.504/64 e Decreto-lei 554/69).

Finalmente, cumpre-nos destacar a desapropriação prevista no art. 182, §4º, III¹¹⁹, da Constituição Federal, classificada por alguns doutrinadores como uma desapropriação por interesse social. Esse dispositivo constitucional foi regulamentado pelo Estatuto da Cidade, que estabelece em seu artigo 8º que "decorridos cinco anos de cobrança de IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização, o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública." Vê-se que é um tipo de desapropriação de uso exclusivo dos Municípios e que permitem que a justa indenização seja feita através de pagamento com títulos da dívida pública.

¹¹⁹ Art. 182, §4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com

A desapropriação prevista no Estatuto da Cidade é uma forma de sanção ao proprietário desidioso e negligente, que não dá ao seu imóvel o devido uso social. Por essa razão, além do pagamento ser feito em títulos da dívida pública, o valor real da indenização será calculado com base no valor venal do imóvel, que é a base de cálculo do IPTU, descontando-se, ainda, o montante incorporado em função de obras realizadas pelo Poder Público na área onde o mesmo se localiza após a notificação para o parcelamento, utilização ou edificação compulsórios. Essa forma de indenização é um importante instrumento para o Poder Público, já que nas demais formas de desapropriação existentes o pagamento da indenização é feito com base no valor de mercado do imóvel. Além disso, não se computará no valor da indenização as expectativas de ganhos, os lucros cessantes e os juros compensatórios que usualmente são pagos nas demais desapropriações.

Após desapropriar com pagamento em títulos, caberá ao Município proceder ao adequado aproveitamento do imóvel no prazo cinco anos, contado a partir de sua incorporação ao patrimônio público. O aproveitamento do imóvel poderá ser feito diretamente pelo Município ou por meio de alienação ou concessão a terceiros.

A desapropriação mostra-se, assim, uma importante garantia do direito à moradia, devendo por isso ser utilizada sempre que se mostrar necessário, a fim de promover o amplo acesso a moradias no Brasil através da intervenção direta do Poder Público na propriedade privada que potencialmente pode ter uma melhor destinação do que a que lhe é dada pelo proprietário.

prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais

4.1.2.1.1.3.2 - SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

A servidão administrativa obedece ao regime jurídico de direito público, constituindo, assim, uma prerrogativa do Poder Público, encontrando-se respaldada pelo princípio da supremacia do poder público em relação ao particular, bem como submetida às restrições impostas pelos princípios da legalidade, da finalidade pública, moralidade administrativa e publicidade. O beneficiário de uma servidão administrativa deverá ser, sempre, o público em geral.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que "considerada a servidão administrativa dentro do regime de direito público, conclui-se que ela constitui uma prerrogativa da administração Pública agindo com o poder de império que lhe permite onerar a propriedade privada com um direito real de natureza pública, sem obter previamente o consentimento do particular ou título expedido pelo Poder Judiciário".¹²⁰

A servidão administrativa é uma forma de limitação ao direito de propriedade, que constitui um ônus real imposto a um imóvel, particular ou público, no interesse da atividade urbanística do poder público.¹²¹ Pode ser constituída exclusivamente pelas pessoas jurídicas de direito público interno, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. As pessoas jurídicas da administração indireta somente poderão instituir servidão administrativa se forem autorizadas por lei.

A constituição da servidão administrativa pode ocorrer através de definição legal, quando não há necessidade de ato jurídico superveniente para formalizá-la. É o caso da servidão sobre margens dos rios públicos, ao redor dos aeroportos e linhas férreas, margens de nascentes, dentre outros casos. Esse tipo de servidão

¹²⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Servidão Administrativa*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p. 53. A eminente jurista conceitua a servidão administrativa como sendo "o direito real de gozo, de natureza pública, instituído sobre imóvel de propriedade alheia, com base em lei, por entidade pública, ou por seus delegados, em favor de coisa afetada a fins de utilidade pública"

justifica-se pela situação que o imóvel particular encontra-se com relação ao bem público ou a um determinado serviço público de interesse da coletividade. Nesses casos, a servidão fica constituída a partir da promulgação da Lei, abarcando todas as situações jurídicas por ela definidas

A servidão pode também ser constituída através de acordo, precedido de ato declaratório de utilidade pública de servidão do imóvel, para fins de instituição do ônus real. Essa hipótese assemelha-se muito à desapropriação, no que tange ao seu procedimento, com a diferença de que na servidão tão só há o gravamento do imóvel com um ônus real em favor da Administração. Por fim, a servidão administrativa pode resultar de decisão judicial, tomada em processos de usucapião ou específicos para a constituição da servidão. Nestas duas hipóteses, a servidão deverá ser registrada em Cartório de Registro de Imóveis, tendo em vista ser este a fonte de informações sobre todos os elementos referentes à propriedade imobiliária, sendo necessário que seja o mais completo possível. Tal exigência não aplica à servidão imposta por Lei, já que esta é genérica e automaticamente abrange todos os imóveis que se encaixem na situação definida pela Lei

Sempre que couber, o proprietário do imóvel gravado poderá ser indenizado pelos danos materiais porventura sofridos com a instituição da servidão. Não caberá indenização, entretanto, quando a servidão é imposta por lei, de forma genérica a todos os imóveis que se encontrem em determinada situação fática, como as margens de rios e aeroportos.

Finalmente, vale ressaltar que a servidão administrativa é imprescritível, devendo durar enquanto persistirem as razões de sua instituição. Rui Cyrne Lima defende que a "servidão administrativa é insuscetível de termo final, porque o prazo, somente estabelecido em favor da pessoa, colidiria com a *utilitas*, essencial à

¹²¹ José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Ed. Malheiros, 2ª ed., p. 364

servidão real e, para esse efeito, definida segundo as coisas e não as pessoas"¹²². Sendo assim, enquanto perdurar a necessidade pública da servidão administrativa, esta vigorará. Terminada a razão pública desaparece a servidão administrativa.

No que se refere ao direito à moradia, as servidões administrativas são importantes para os casos de preservação ambiental e de necessidade de se estabelecer servidões de passagens públicas sobre terrenos particulares, visando conceder, aos moradores de áreas irregulares ou de difícil acesso, as condições para a sua integração com as funções sociais da cidade.

4.1.2.1.1.3.3 - CONCESSÃO DE DIREITO REAL DE USO

A Concessão de Direito Real de Uso é um instrumento que serve para que o Poder Público conceda, para particulares, o uso de bens imóveis públicos. Tendo em vista que grande parte das áreas ocupadas irregularmente no Brasil são públicas, faz-se imperioso que destaquemos esse instrumento por se constituir em importante garantia do direito à moradia. Com efeito, e através da concessão de direito real de uso que o Estado poderá resolver, em grande parte, o problema das grandes ocupações consolidadas de áreas públicas existentes no país, inserindo os moradores dessas áreas na legalidade, dando-lhes sobretudo segurança jurídica na posse dos imóveis onde moram.

Os bens públicos gozam de um regime jurídico próprio e são dotados das características de inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade e não oneração. A inalienabilidade dos bens públicos faz com que esses não possam ser objeto de alienação, disposição ou transferência. Essa característica não é absoluta, já que o art. 67 do Código Civil prevê que lei poderá dispor sobre a perda da inalienabilidade de bens públicos.

¹²² Ruy Cirne Lima. *Das Servidões Administrativas*. RDP 5/24

A característica dada pela imprescritibilidade torna o bem público protegido da possibilidade de perder esse bem através do usucapião. Tal proteção encontra-se no art. 183, parágrafo 3º, e art. 191, parágrafo único, da Constituição Federal. Os bens públicos são também impenhoráveis, conforme determina o art. 649, I, do Código de Processo Civil. É por esta razão que a execução contra a Administração Pública não é iniciada pela penhora.

Finalmente, o Poder Público não pode onerar bens públicos que estão sob sua guarda, conservação e aprimoramento. Sobre estes bens não poderá incidir penhora, hipoteca ou anticrese. Surge a possibilidade somente quando tais garantias forem autorizadas por Lei.

Os bens públicos são aqueles, de domínio nacional, que pertençam à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como aos órgãos ou entidades da administração indireta e autárquica a eles vinculados. Segundo o art. 66 do Código Civil, são bens públicos (i) os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças, (ii) os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal; (iii) Os dominicais, isto é, os que constituem o patrimônio da União, dos Estados, ou dos Municípios, como objeto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

Recebem o nome de bens afetados aqueles ingressam no Patrimônio Público com a destinação específica de serem bens de uso comum do povo ou de uso especial. Os bens dominiais são considerados desafetados, justamente por não terem destinação legal específica e poderem ser alienados. A afetação de um bem dá-se através de sua destinação.

Os bens de uso comum do povo e de uso especial são afetados a uma finalidade de ordem pública. Já os bens dominicais não são afetados, mas podem vir a ser, através de Lei ou até por ato administrativo. Neste caso, ocorrerá a atribuição de

um bem dominial à uma destinação, à uma finalidade, consolidando assim a sua afetação. A afetação por ato administrativo, se dá no caso, por exemplo, de um terreno adquirido pelo Estado por doação, em que se determina a construção de um museu, uma penitenciária, ou uma praça esportiva. Já através de Lei, seria o caso de o Poder Legislativo aprovar uma Lei destinando esse mesmo terreno para o lazer, determinando que vire uma praça pública.

Tendo em vista que somente os bens dominiais são passíveis de alienabilidade, a concessão de direito real de uso de um determinado bem público depende que o mesmo seja legalmente um bem dominial. Estes bens são aqueles que, mesmo sendo de domínio público, poderão ser utilizados em qualquer fim, e até mesmo poderão ser alienados pela Administração pública. Também são chamados de bens disponíveis ou de bens do patrimônio fiscal. São objetos do direito pessoal ou real, ou seja, o Estado, neste caso, exerce, de certa maneira, o mesmo poder que exerceria um proprietário particular sobre o seu bem, no que tange ao uso, gozo e disposição.

Para haver alienação de um bem público que seja considerado de uso comum do povo ou de uso especial, portanto, primeiramente deverá ocorrer a desafetação deste bem, a ser feita através de lei. Nada impede que a mesma lei que desafeta o bem já autorize que esse bem seja objeto de concessão de direito real de uso.

A concessão de direito real de uso é dada para particulares, sendo que o ato de concessão deverá prever os usos que o particular poderá dar àquele imóvel. Este uso deve obedecer a critérios de interesse público, e só poderá ser autorizado desde que não desvirtue a destinação, não importe a alienação e que sejam atendidos todos os requisitos legais. O uso privativo não enseja a transferência de domínio da propriedade, mesmo que seja prolongado. Tal possibilidade encontra-se albergada na Constituição Federal, no art. 183, parágrafo 3º e art. 191, parágrafo único.

Quanto à utilização de bens públicos por particulares, Hely Lopes Meirelles afirma que "todos os bens públicos, qualquer que seja a sua natureza, são passíveis de uso especial por particulares, desde que a utilização consentida pela Administração não o leve à inutilização ou destruição, caso em que se converteria em alienação."¹²³

A concessão de direito real de uso para moradia pode ser conceituada como o ato através do qual o poder público concede ao particular o direito privativo de uso e gozo de bens públicos, para utilização dos mesmos como moradia, por um determinado tempo, podendo ser prorrogado a critério da Administração. A concessão formaliza-se através de contrato, firmado com base na lei autorizadora.

Assim, a concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo de qualquer outra exploração de interesse social. É o conceito que se extrai do art. 7º do Dec. Lei 271, de 18.2.67, que criou o instituto, entre nós¹²⁴. O instrumento que formalizar a concessão ficará sujeito a inscrição no livro próprio do registro imobiliário competente. Desde a inscrição o concessionário fruirá plenamente o terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

A concessão do uso, como direito real, é transferível por ato inter vivos ou por sucessão legítima ou testamentária, a título gratuito ou remunerado, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, com a só diferença de que o imóvel reverterá à Administração concedente se o concessionário ou seus sucessores

¹²³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., editora Malheiros, 1998, p.418

¹²⁴ O direito real de uso está previsto em nossa legislação desde 1916, já que o Código Civil o previu nos em seus artigos 742 à 745, na figura do usuário de "coisa dada em uso", que poderia fruir de toda a utilidade da coisa no limite das necessidades de sua família. O conceito do Código Civil evoluiu com a publicação do

não lhe derem o uso prometido ou o desviarem de sua finalidade do contrato, assegurando o uso a que o terreno é destinado e evitando prejudiciais especulações imobiliárias dos que adquirem imóveis públicos para aguardar valorização vegetativa, em detrimento da coletividade. Nada impede que o contrato impeça a transferência do direito real de uso, a fim de evitar a mercantilização de terrenos públicos por particulares. Isso porque “a Concessão é por tempo determinado, renovável, podendo ser gratuita ou onerosa, e deve ter a destinação especificada”.¹²⁵ Cabe ao Poder concedente prever em Lei ou no ato de concessão as cláusulas resolutivas essenciais para que a concessão de direito real de uso seja utilizada para os fins previstos e não seja desvirtuada pelos concessionários.

A concessão de direito real de uso, assim concebida, mostra-se um dos principais instrumentos de garantia do direito à moradia. Cabe aos gestores públicos identificar, dentre as ocupações de áreas públicas irregulares, quais poderão ser objeto de um programa específico voltado à consolidação daquelas ocupações através de concessão de direito real de uso para moradia.

4.1.2.1.1.3.4 – O PARCELAMENTO DO SOLO

No Brasil, o modelo urbanísticos das cidades foi moldado, a partir de 1979, pela Lei de Parcelamento do Solo, publicada no D.O.U. em 20 de dezembro de 1979. Esta lei veio substituir o Decreto Lei 58 de 10 de dezembro de 1937, inovando em diversos aspectos, dando novas exigências para o crescimento urbano nacional. A Lei 6766/79 sofreu importantes alterações com a aprovação da Lei 9.785/99, voltadas especificamente para solucionar um dos grandes problemas habitacionais brasileiros, qual seja, a ocupação irregular de terras, em desacordo com os parâmetros urbanísticos.

Decreto Lei 271/67, que ampliou a sua aplicação do direito real de uso aos particulares, permitindo que as pessoas jurídicas de direito público o aplicassem para vários fins, inclusive a moradia.

¹²⁵ Luiz César de Queiroz, *Questão Urbana, Desigualdades Sociais e Políticas Públicas*, Relatório de Projeto, Rio de Janeiro: IPPUR/UF RJ, p B-3

A Lei 6766/79, com as alterações da Lei 9.785/99, oferece as definições dos tipos de parcelamento do solo urbano permitidos: o loteamento e o desmembramento¹²⁶. A lei 9.785 inovou ao conceituar lote como "o terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe".

Em qualquer município, não se admite o parcelamento do solo para fins urbanos em zonas rurais (art. 3º), bem como em terrenos que apresentem as seguintes condições: (I) alagadiços e sujeitos a inundações, sem que se tome as devidas medidas mitigadoras; (II) que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados; (III) com declividade igual ou superior a 30%, salvo se atendidas as exigências específicas das autoridades competentes; (IV) onde as condições geológicas não aconselham a edificação, (V) em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

Pela Lei 6766/79, os parcelamentos de glebas nuas deveriam obrigatoriamente (art. 4º, I, e § 1º) destinar 35% da área total do terreno para sistema de circulação, implantação de equipamentos urbanos (abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado – art. 5º, par. único) e comunitários (posto de saúde, escolas, posto policial, creche, centros culturais...), e espaços livres para uso público (praças, parques, áreas verdes de recreação e lazer...). As alterações trazidas pela Lei 9.785/99 modificaram tal regramento, inserindo nova redação ao parágrafo primeiro, dispondo que "a legislação municipal definirá, para cada zona em que se

¹²⁶ O art. 2º da Lei 6766/79 dispõe: "Art. 2º – O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. §1º – Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes. §2º – Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das já existentes."

divide o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes máximos de aproveitamento". Desta forma, as ocupações irregulares que não reservaram 35% de área pública poderão, mesmo assim, ser objeto de regularização fundiária, desde que definida área ocupada como uma zona de urbanização específica em lei municipal.

Com efeito, uma importante modificação foi a admissão das "zonas de urbanização específica" para parcelamento do solo, desde que essas zonas sejam aprovadas pelo plano diretor ou lei municipal específica. A lei municipal poderá prever para as zonas de urbanização específica parâmetros urbanísticos mais flexíveis do que aqueles estabelecidos na Lei federal, visando adequar a ocupação irregular à legislação de parcelamento, o que possibilitará a regularização fundiária de áreas atualmente ocupadas irregularmente. As zonas de urbanização específica constituem importante garantia para o direito à moradia.

Tal dispositivo deve ser lido em conjunto com o novo texto dado ao §6º do art. 2º, que flexibiliza as exigências para a infra-estrutura básica dos parcelamentos a serem realizados em Zonas Habitacionais de Interesse Social - ZHIS. A infra-estrutura básica das ZHIS deve consistir de, no mínimo, vias de circulação, escoamento de águas pluviais, rede para abastecimento de água potável e solução para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Algumas regras são válidas uniformemente para todo o país. Ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias, ferrovias e dutos, é obrigatória a reserva de uma faixa *non aedificandi* (local onde não se pode edificar) de pelo menos 15 metros para cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica.

As exigências impostas pela Lei 6766/79 representam os padrões urbanísticos mínimos que devem nortear a política urbana de todas as unidades federativas do

Estado Brasileiro. Neste sentido, os padrões urbanísticos estabelecidos pela Lei Federal não poderão ser reduzidos por leis estaduais ou municipais, sob pena de nulidade das leis inferiores.

A única exceção admissível, além daquelas a cargo de leis municipais, é com relação ao tamanho do lote mínimo, estipulado pelo artigo 4º, II, em 125m², com frente mínima de cinco metros. Este padrão de lote mínimo, que visa estabelecer o tamanho mínimo de habitabilidade e de conformação urbanística de lotes para todo o País pode ser alterado por legislação estadual ou municipal.

Como pode-se ver, quando temos uma situação de ocupação urbana consolidada e irreversível, na qual a necessidade de oferecimento de habitação de interesse social seja premente, admite-se que lei municipal estipule padrões de lotes menores do que 125m² e com frentes diferenciadas. Tal liberdade justifica-se frente à cada vez maior falta de espaço existente nas cidades, que encarece em demasia o preço da terra.

4.1.2.1.1.3.4.1 – O PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO OU UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS

O Estatuto da Cidade previu um importante instrumento que pode alavancar alguns programas de proteção do direito à moradia. É o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios do solo urbano.

Dispõe o art. 5º do Estatuto que lei municipal específica poderá determinar, para área incluída no plano diretor, o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação. Considera-se subutilizado o imóvel cujo aproveitamento seja inferior ao definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente. O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis. A notificação poderá

ser feita por edital, caso reste frustrada por três vezes. O proprietário terá um ano a partir da notificação para protocolar o projeto no órgão competente e dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras.

4.2.2.1.1.3.5 – DIREITO DE SUPERFÍCIE

Nos dizeres de José Afonso da Silva, o direito de superfície "serve para favorecer a construção de edifícios sobre terrenos pertencentes a pessoa privada (ou pública) que, de um lado, não pretende aliená-lo e, de outro, não quer ou não tem possibilidade econômica de construir nele e nem deseja utilizá-lo de outro modo. Sua adoção facilita a imposição de edificação compulsória, onde isso é aconselhável pelo planejamento urbanístico. Sua natureza é controvertida. Apresenta-se na forma de uso e gozo do solo de propriedade alheia."¹²⁷

No Estatuto da Cidade, o direito de superfície surgiu revigorado, tendo sido expressamente previsto nos artigos 21 a 23. De acordo com a nova lei, o proprietário urbano poderá conceder a outrem o direito de superfície do seu terreno, por tempo determinado ou indeterminado, mediante escritura pública registrada no cartório de registro de imóveis. Abrange o direito de utilizar o solo, o subsolo e o espaço aéreo relativo ao terreno, na forma estabelecida em contrato e nos termos da legislação urbanística aplicável ao terreno. A concessão do direito de superfície poderá ser gratuita ou onerosa, respondendo o superficiário integralmente pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária, arcando, ainda, proporcionalmente à sua parcela de ocupação efetiva, com os encargos e tributos sobre a área objeto da concessão do direito de superfície, salvo disposição em contrário do contrato.

No caso de alienação do terreno, ou do direito de superfície, o superficiário e o proprietário, respectivamente, terão direito de preferência, em igualdade de condições à oferta de terceiros.

Extingue-se o direito de superfície pelo advento do termo do contrato ou pelo descumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo superficiário. Extinto o direito de superfície, o proprietário recupera o pleno domínio do terreno, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato. O direito de superfície deverá ser averbado no cartório de registro de imóveis.

Para o direito à moradia, o direito de superfície aumenta a possibilidade de se obter terrenos para a construção de habitações, seja por parte do setor público diretamente ou através de investimentos privados voltados ao aproveitamento desses terrenos para a construção de moradias ou para outras funcionalidades necessárias ao pleno atendimento do direito à moradia.

4.1.2.1.1.3.6 - DIREITO DE PREEMPÇÃO

O direito de preempção ou preferência confere ao Poder Público municipal preferência para a aquisição de imóvel urbano que será objeto de alienação onerosa por particulares. O Plano Diretor do município deverá prever sobre quais áreas de seu território o direito de preempção poderá ser usado, fixando o prazo de vigência da preferência, que não poderá ser superior a cinco anos (Estatuto da Cidade, art. 25). Dessa forma, nas áreas expressamente determinadas pelo Plano Diretor, o Poder Público municipal terá a preferência na compra de qualquer imóvel que vier a ser alienado. Mesmo que não o exercite, o direito de preempção permanecerá durante todo o prazo de vigência estipulado no Plano Diretor.

Ao fixar as áreas estarão sujeitas ao direito de preempção, o Plano Diretor deverá especificar para qual fim esse direito estará sendo utilizado. O Art. 26 do Estatuto da Cidade limita as finalidades que podem ser utilizadas para justificar o direito de

¹²⁷ José Afonso da Silva, *Direito Urbanístico Brasileiro*, op Cit., p. 368.

preempção. Assim, o município poderá exercer o seu direito de preempção para os fins de regularização fundiária; execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; constituição de reserva fundiária; ordenamento e direcionamento da expansão urbana; implantação de equipamentos urbanos e comunitários; criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico.

Os proprietários dos terrenos sujeitos ao direito de preempção do município deverão notificar a intenção de alienar o imóvel para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste se tem ou não a intenção de adquirir aquele imóvel. A notificação deverá estar acompanhada de proposta de compra assinada por um interessado, na qual constarão o preço, as condições de pagamento e o prazo de validade. O município então fará publicar em jornais de grande circulação e no jornal oficial, quando houver, edital de aviso da notificação recebida, informando a intenção de aquisição do imóvel e as condições da proposta apresentada. Transcorrido o prazo de trinta dias sem que haja manifestação do Município sobre o interesse de comprar o imóvel, o proprietário ficará livre para concretizar a venda. Após a concretização da alienação o proprietário deverá apresentar ao município, no prazo de 30 dias, cópia do instrumento público de alienação do imóvel.

A alienação processada em condições diversas da proposta apresentada é nula de pleno direito, podendo, quando isso ocorrer, o município adquirir o imóvel pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor da proposta constante da notificação, o que for menor. Trata-se de importante garantia para que o Município possa adquirir imóveis em locais estratégicos e eventualmente a preços baixos, visando, dentre outras ações, a plena realização do direito à moradia

4.1.2.1.1.3.7 DA OUTORGA ONEROSA DO DIREITO DE CONSTRUIR E DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR

O Poder Público municipal pode, através de sua legislação urbanística, notadamente o Plano Diretor e a Lei de Uso e Ocupação do Solo, estabelecer limites de construção para cada área que compõe o seu território. Os limites de construção indicam exatamente quantos metros quadrados de área construída poderá ter um determinado terreno.

As limitações administrativas referentes à ocupação do solo devem ser legalmente impostas, de forma genérica, a todos os imóveis situados em uma determinada região do território municipal. Por serem regras gerais não geram nenhum direito de indenização aos proprietários. Esse tipo de atividade do Poder Público municipal tem como objetivo controlar a forma de ocupação do território municipal, evitando assim o adensamento insustentável de uma determinada região ou, de outro lado, incentivando que uma determinada área do município seja adensada através de construções incompatíveis com a capacidade de infraestrutura do local, como grandes empreendimentos ou edifícios.

A permissão para edificar um lote está, portanto, condicionada às regras de ocupação do solo legalmente estabelecidas. Ninguém poderá edificar nenhum terreno se não for dentro dos padrões urbanísticos estabelecidos pela legislação municipal própria. Essa limitação administrativa também serve para preservar aspectos culturais, históricos, ambientais e paisagísticos.

Um instrumento urbanístico controverso definido pelo Estatuto da Cidade é a outorga onerosa do direito de construir. O Plano Diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima dos limites legalmente impostos, através de contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.

Para que o município aplique esse instrumento, deverá, primeiro, fixar no Plano Diretor um coeficiente de aproveitamento¹²⁸ básico único para toda a área urbana ou para áreas e regiões específicas situadas dentro da área urbana do município. Nessas áreas gravadas pelo Plano Diretor com o coeficiente de aproveitamento básico, o particular que quiser construir acima deste limite poderá fazê-lo desde que preste uma contrapartida, que pode ser em equipamentos urbanos, em pecúnia ou quaisquer outros tipos de benefícios.

Ressalte-se a necessidade de haver um limite máximo de sobre-aproveitamento, senão poderíamos ter um verdadeiro caos urbano. Exemplificando, caso um empresário decida construir um edifício de cem andares em um bairro onde o coeficiente básico de aproveitamento não permite prédios maiores do que cinco andares, teríamos a deformação desse bairro e certamente problemas urbanísticos sérios. É por essa razão que o Estatuto da Cidade dispõe que o Plano Diretor fixará os limites máximos a serem atingidos pelos coeficientes de aproveitamento, considerando a proporcionalidade entre a infra-estrutura existente e o aumento de densidade esperado em cada área (art. 28, §3º).

A outorga onerosa do direito de construir é tratada pela doutrina dentro do estudo do instituto do solo criado. Nos dizeres de Eros Grau, “tudo quanto se construa, pois, além do quantum convencionado em tal coeficiente, inclusive no andar térreo, é entendido como solo criado”¹²⁹.

Na outorga onerosa do direito de construir, o Plano Diretor definirá como será feita a forma de cálculo para cobrança do direito de construir a mais do que permitido pelo coeficiente básico, determinará os casos passíveis de isenção do pagamento da outorga e a contrapartida devida pelo beneficiário. Os recursos auferidos com a adoção desse instrumento serão aplicados nas mesmas finalidades urbanísticas

¹²⁸ O §1º do art. 28 do Estatuto da Cidade define coeficiente de aproveitamento como “a relação entre a área edificável e a área do terreno”.

¹²⁹ Eros Roberto Grau, *Direito Urbano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983. p 56

previstas para o direito de preempção, ou seja, poderão ser aplicados diretamente na regularização fundiária ou na construção de moradias populares.

Outro instrumento relacionado com o direito de construir (solo criado) é a transferência do direito de construir (art 35 do Estatuto da Cidade). De acordo com esse instrumento, a lei municipal, baseada no Plano Diretor, poderá autorizar o proprietário do imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de implantação de equipamentos urbanos e comunitários, preservação histórica, ambiental, cultural, paisagística ou social, bem como para fins de programas de regularização fundiária¹³⁰.

Cria-se, assim, a possibilidade de haver um intercâmbio de direitos de construir. OU seja, o proprietário de terreno que está dentro de área urbana onde se permite a transferência do direito de construir poderá alienar esse direito a outrem, cabendo à lei municipal estabelecer as condições relativas à aplicação da transferência do direito de construir.

Saliente-se, por oportuno, que ambos os instrumentos referentes ao solo criado deverão ser tratados com muito cuidado, a fim de se evitar a deformação urbanística de uma cidade pela adoção sem critérios desses instrumentos. Importantes para flexibilizar a rigidez das normas de uso e ocupação do solo e criar novas fontes de recursos para o financiamento do desenvolvimento urbanístico e da regularização fundiária e construção de novas moradias, esses instrumentos devem ser regulados de forma bastante criteriosa tendo em vista

¹³⁰ Betânia de Moraes Alfonsin nos apresenta um bom conceito de regularização fundiária: “Regularização fundiária é o processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradores de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária”. (in, *direito à moradia, instrumentos e experiências de regularização fundiária nas cidades brasileiras*, Fase-GTZ-IPPUR/UFRJ, 1997)

que, se mal utilizados, poderão virar fonte de comércio perigoso para o bem estar da população e para o desenvolvimento sustentável.

4.1.2.1.1.3.8 OPERAÇÕES URBANAS CONSORCIADAS

As operações urbanas consorciadas visam o desenvolvimento urbano e a plena realização do direito à moradia, através de parcerias entre o poder público e a sociedade. O art. 32, §1º do Estatuto da Cidade dispõe que “considera-se operação urbana consorciada o conjunto de intervenções e medida coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, com o objetivo de alcançar em uma área transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e a valorização ambiental”.

Poderão ser previstas nas operações urbanas consorciadas, entre outras medidas, a modificação de índices e características de parcelamento, uso e ocupação do solo e subsolo, bem como alterações das normas edilícias, considerando o impacto ambiental delas decorrentes, ou ainda a regularização de construções, reformas ou ampliações executadas em desacordo com a legislação vigente.

A lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão, pelo Município, de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. Os certificados poderão ser livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação.

Finalmente, o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança, criado pelos arts. 36 a 38 do Estatuto da Cidade, representa importante avanço na garantia da qualidade das moradias existentes nas cidades. Lei municipal poderá definir os empreendimentos e atividades privados ou públicos, realizados em área urbana, que dependerão da elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança para obter licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento. A expedição das licenças ou autorizações ficarão a cargo do Poder Público municipal.

O estudo deverá verificar os impactos que o empreendimento causará no entorno, devendo identificar qual será o adensamento populacional ocasionado, quais os equipamentos urbanos e comunitários necessários para absorver o novo empreendimento, qual o potencial de geração de tráfego e demanda por transporte público, qual o impacto na ventilação e iluminação do entorno e sobre a paisagem urbana e o patrimônio cultural e natural. O Estudo deverá ficar disponível para consulta pela população, podendo qualquer interessado ter acesso no órgão público competente. O estudo de impacto de vizinhança não substitui o estudo de impacto ambiental, sendo, portanto, complementar.

4.2 AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NO SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos apresenta em seus instrumentos normativos algumas importantes garantias que podem ser utilizadas em defesa do Direito à Moradia, constituindo, assim, juntamente e de maneira complementar às garantias acima mencionadas, o sistema de proteção do direito à moradia. A análise adiante aprofundará o conhecimento sobre os instrumentos existentes para a garantia do direito à moradia em dois organismos internacionais

que o Brasil é membro e que possuem densidade em suas estruturas para fazer valer, mesmo que de forma relativamente eficaz, o direito à moradia no Brasil.

Primeiro analisaremos as garantias que o direito à moradia conta no âmbito da Organização das Nações Unidas - ONU, principal e mais abrangente organismo internacional existente hoje no mundo para a defesa dos direitos humanos. Em seguida, a análise dar-se-á no âmbito da Organização dos Estados Americanos – OEA, também muito ativo na defesa dos direitos humanos no âmbito da América.

A responsabilidade do Estado brasileiro perante os órgãos internacionais com os quais possui relação constitui importante instrumento para a proteção dos direitos humanos em geral e do direito à moradia em particular.

Quando nos referimos à responsabilidade internacional de um Estado que viola os Direitos Humanos, automaticamente estamos nos referindo à sanções que poderiam ser aplicadas a este Estado para que este se omita de atentar contra os direitos humanos ou para que tome providências no sentido de evitar que violações aos direitos internacionalmente protegidos sejam feitas em seu território.

A sanção é considerada uma noção essencial do Direito. O conceito de sanção vem passando, ao longo do tempo, por uma transformação que aos poucos vai lhe definindo o contorno. Compreende-se hoje que o seu significado encontra-se intrinsecamente relacionado com a evolução dos estudos sobre o Direito, centrados basicamente na noção da norma jurídica.

O estudo da norma jurídica sempre esteve associado ao emprego da sanção. Concebia-se, nos primórdios, que a norma jurídica inexistiria sem a sanção, de forma que os conceitos se confundiam um pouco. Com o passar do tempo, tal confusão foi se clareando, e a sanção passou a ser considerada como um dos elementos caracterizadores da norma jurídica. Admite-se atualmente que existem normas desdotadas de sanção.

Considerando a importância histórica desta evolução conceitual para o entendimento das sanções no âmbito internacional, cumpre-nos destacar os principais pontos que marcaram esta evolução histórica.

O conceito de sanção tal como entendido hoje nos remete, necessariamente, à evolução do vocábulo sanção. Etimologicamente, o vocábulo sanção deriva do latim "sanctione", que é o ato de tornar santo, respeitado. Podemos perceber que a origem denota forte conotação religiosa, lembrando-nos o verbo "sancire, is, sanctum". D'Agostino em seu verbete 'Sanzione'¹³¹, emprestava ao vocábulo sanção duas características básicas: **"delimitar o campo de aplicação de uma disposição e torná-la inviolável, colocando-a sob a proteção dos deuses e invocando sobre o violador um castigo divino"**

Ao referir-se sobre a delimitação do campo de aplicação de uma disposição, quer dizer que tudo o que for 'sagrado' (*sacrum*) deve ser respeitado, sob pena de ser aplicada a sanção pelos representantes capacitados. Entretanto, desta visão inicial, a característica que até hoje pode ser verificada no conceito de sanção, embora com profundas alterações, é a de que a sanção é o meio aplicável para proteger as disposições estabelecidas através de castigo. Desde então já se tem a noção de que sempre que verificada uma infringência a regras estabelecidas um castigo se abaterá sobre o infrator.

Vê-se que este aspecto do castigo foi a base da concepção atual do conceito de sanção, embora, frise-se, esta base tenha sofrido sérias modificações. Primeiramente, afastou-se radicalmente da noção religiosa de castigo que existia, hoje tendo-se uma noção de emprego de força legal contra aqueles que transgridem um preceito. Além disso, hoje em dia emprega-se o vocábulo sanção

¹³¹ Enciclopédia del Direto, Varresse, Giuffré. 1989. v. XLI, p 303

como qualquer consequência jurídica, seja positiva ou negativa, ou seja, os prêmios também são considerados sanções.

Finalmente, a análise das garantias do direito à moradia existentes no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, seja no plano global, através da Organização das Nações Unidas, seja no plano regional, com a Organização dos Estados Americanos, tem o objetivo precípuo de identificar qual o grau de responsabilidade que o Estado Brasileiro possui perante a comunidade internacional e quais as sanções possíveis de serem aplicadas nos casos de violação dos direitos humanos.

4.2.1 AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU

O nome "Nações Unidas" foi criado pelo Presidente norte americano Franklin D. Roosevelt e foi usado pela primeira vez na "Declaração das Nações Unidas" de 1º de janeiro de 1942, durante a Segunda grande guerra, quando representantes de 26 nações se comprometeram a continuar lutando contra as forças nazistas.

A Carta das Nações Unidas foi assinada por representantes de 50 países na Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional (dentre eles o Brasil), realizada em São Francisco durante o período de 25 de abril a 26 de junho de 1945.

As Nações Unidas oficialmente passou a existir em 24 de outubro de 1945, quando a Carta foi ratificada pela China, França, União Soviética, Reino Unido e Estados Unidos da América e por maior parte dos outros 51 países membros originários. O dia das Nações Unidas é comemorado anualmente em 24 de outubro. Até 1994 haviam 185 países membros da ONU.

A Carta das Nações Unidas é o instrumento constitutivo da Organização, definindo direitos e obrigações dos Estados Membros e estabelecendo os órgãos que a compõem e os procedimentos internos da Organização. A Carta é um Tratado Internacional e codifica no nível internacional os princípios das relações internacionais - desde o princípio da igualdade entre os Estados até a proibição do uso da força em relações internacionais, que violem os direitos humanos básicos a que homem e mulheres têm direito.

Por ser um Tratado Internacional, ratificado pelo Brasil em 21 de setembro de 1945, a Carta das Nações Unidas integra o ordenamento jurídico brasileiro, devendo suas normas serem aplicadas no Brasil em defesa dos direitos humanos.

4.2.1.2 ÓRGÃOS DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU

A ONU é composta por seis órgãos: (i) Assembléia Geral; (ii) Conselho de Segurança, (iii) Conselho Econômico e Social; (iv) Conselho de Administração de Territórios sob Supervisão da ONU; (v) Corte Internacional de Justiça.

Para os fins do presente estudo, analisaremos mais detidamente o Conselho Econômico e Social, o seu principal órgão subsidiário ligado à proteção dos direitos humanos - Comissão dos Direitos Humanos - e o seu principal órgão subsidiário ligado especificamente à questão urbana e à moradia - Comissão sobre Assentamentos Humanos.

4.2.1.2.1 CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL

A Carta estabeleceu o Conselho Econômico e Social com o principal órgão da ONU voltado a coordenar as ações econômicas e sociais das Nações Unidas e de suas agências especializadas. O Conselho tem 54 membros com mandato de três anos, suas votações se dão por maioria simples e cada membro tem um voto

São funções e poderes do Conselho Econômico e Social: (i) servir como um fórum central para discussão de questões econômicas, culturais, educacionais, sanitárias, sociais e conexos, formular políticas e fazer recomendações sobre tais assuntos endereçadas à Assembléia-Geral, aos Estados Membros e às entidades especializadas interessadas, (ii) elaborar ou iniciar estudos e relatórios e realizar recomendações destinadas a promover o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, inclusive sobre questões econômicas, sociais, culturais e de saúde, (iii) organizar conferências internacionais e preparar projetos de Convenções a serem submetidas à Assembléia Geral da ONU com relação às matérias de sua competência, (iv) convocar, de acordo com as regras estipuladas pelas Nações Unidas, conferências internacionais sobre assuntos de sua competência.

Compete ao Conselho Econômico e Social negociar acordos com as agências especializadas (Comitês), coordenar suas atividades e definir a sua relação com as nações Unidas. Tais acordos serão submetidos à aprovação da Assembléia-Geral. O Conselho poderá coordenar as atividades das entidades especializadas, por meio de consultas e recomendações às mesmas e de recomendações à Assembléia-Geral e aos membros das Nações Unidas.

As sessões principais do Conselho Econômico e Social geralmente realizam-se uma vez por ano e duram em média cinco semanas, comparecendo a ela autoridades de todos os Estados Membros ligadas aos temas em discussão. As demais sessões são realizadas pelos órgãos subsidiários do Conselho, que se reúnem em intervalos mais regulares e elaboram relatórios para o Conselho.

Os Órgãos Subsidiários do Conselho Econômico e Social dividem-se em vários temas, valendo, para o presente estudo, destacar a Comissão de Direitos Humanos, a Comissão para o Desenvolvimento Sustentável e a Comissão sobre Assentamentos Humanos. Destacam-se, ainda, órgãos executivos, como o Comitê

Executivo do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Centro para Direitos Humanos.

4.2.1.2.1.1 COMISSÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Dentre esses órgãos subsidiários, sem dúvida alguma a Comissão de Direitos Humanos ocupa lugar de destaque. A Comissão é responsável por submeter ao Conselho Econômico e Social propostas, recomendações e relatórios investigativos sobre direitos humanos. Estes relatórios e recomendações são encaminhados pelo Conselho Econômico e Social para a Assembléia Geral da ONU.

Ao longo do tempo, a Comissão cresceu muito de importância, sendo atualmente o principal órgão da ONU de proteção dos direitos humanos, sendo o fórum oficial dos Estados e organizações não governamentais concretizarem suas preocupações e, principalmente, ações voltadas à solução de problemas ligados aos direitos humanos. Formada por 53 membros eleitos para mandato de três anos, a Comissão se reúne anualmente em Genebra. A Comissão criou mecanismos para investigar problemas relativos aos direitos humanos em países específicos, assim como sobre temas selecionados (moradia, por exemplo). Esses mecanismos incluem Grupos de Trabalho e Relatórios Especiais sobre países e temas específicos.

4.2.1.2.1.2 CENTRO PARA DIREITOS HUMANOS

O propósito do Centro para Direitos Humanos é o de dar assistência para os órgãos das Nações Unidas responsáveis pela proteção dos direitos humanos. O Centro desenvolve pesquisas sobre requisições feitas pelos órgãos da ONU, sendo o responsável por disseminar as informações sobre direitos humanos. Dentre os órgãos assessorados pelo Centro destacam-se o Conselho Econômico

e Social, a Comissão dos Direitos Humanos e a Subcomissão sobre Prevenção da Discriminação e Proteção de Minorias.

O Centro, localizado em Genebra, abrange o Escritório de Assistência do Secretário Geral para Direitos Humanos, cinco Departamentos e o Alto Comissariado para Direitos Humanos. O Departamento de Comunicação processa informações sobre as denúncias de violações aos direitos humanos. O Departamento de Procedimentos Especiais reúne os serviços de investigações para os órgãos de proteção de direitos humanos da ONU, como os Grupos de Trabalho e os Relatórios Especiais, servindo também para organizar missões focais em países onde há suspeita de violações aos direitos humanos. O Departamento de Instrumentos Internacionais monitora a implementação dos Tratados e Convenções Internacionais de proteção dos direitos humanos. O Departamento de Legislação e Prevenção contra Discriminação auxilia na elaboração dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e prepara estudos e relatórios requisitados pela Sub-Comissão. O Departamento de Assistência Técnica e Consultoria administra o programa para serviços de consultoria e assistência técnica.

O Alto Comissariado para Direitos Humanos é o principal órgão responsável pelas atividades de proteção dos direitos humanos na ONU e funciona sob o comando do Secretário Geral. O primeiro Alto Comissariado foi instituído em 1994.

O Alto Comissariado é responsável por promover e proteger todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, sociais e políticos. São funções do Alto Comissariado: (i) promover e proteger a realização do direito ao desenvolvimento e intensificar o apoio dos órgãos da ONU para essa causa; (ii) providenciar, através do Centro para Direitos Humanos e outras instituições, serviços de assessoria técnica e financeira e de consultoria na área de direitos humanos; (iii) coordenar os programas das Nações Unidas de educação e informação em direitos humanos; (iv) auxiliar na remoção dos obstáculos e a identificar os

desafios para a plena realização dos direitos humanos; (v) desenvolver ações de prevenção contra violações dos direitos humanos realizadas no mundo todo; (vi) integrar as ações governamentais dos Estados Membros aos esforços para a proteção dos direitos humanos, fazendo recomendações e assinando termos com os governos para o aperfeiçoamento do sistema de promoção e proteção dos direitos humanos.

4.1.1.2.1.3 COMISSÃO SOBRE ASSENTAMENTOS HUMANOS - O DIA MUNDIAL DO HABITAT

A Comissão sobre Assentamentos Humanos é órgão vinculado ao Conselho Econômico e Social, composto por 58 membros, com a finalidade de auxiliar países e regiões na busca de soluções para os problemas ligados aos assentamentos humanos e para a promoção da cooperação internacional neste sentido.

A Comissão possui uma Secretaria, que é o Centro das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (HABITAT), criado em 1978 com sede em Nairobi, no Quênia. O HABITAT serve como ponto focal para as discussões relativas ao desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos, para o desenvolvimento de ações voltadas à produção de moradias para os mais pobres e para a coordenação das atividades voltadas aos assentamentos humanos no sistema das Nações Unidas.

A principal área de atuação do Centro inclui a provisão de cooperação técnica para programas governamentais; a condução de pesquisas; organização de encontros de especialistas; a publicação de documentação técnica sobre o tema e a disseminação pelo mundo sobre as questões ligadas às atividades do Centro.

Um dos maiores esforços do Centro, em colaboração com o Órgão Executivo das Nações Unidas para Programas de Desenvolvimento - UNDP e com o Banco Mundial é o Programa de Gestão Urbana, destinado a melhorar as condições de

vida nas cidades, especialmente para os mais pobres. Outro grande esforço é o do Programa Cidades Sustentáveis, que tem como principal objetivo capacitar autoridades municipais e seus parceiros nos setores público, privado e não governamental para o planejamento e gestão das cidades.

O Centro é ainda responsável pela divulgação do Dia Mundial do Habitat (World Habitat Day), sendo o coordenador das atividades de comemoração e de esclarecimento sobre o Dia do Habitat no mundo todo. O Dia Mundial do Habitat é comemorado toda primeira segunda feira de outubro, dia o qual os Governos, ONGs, associações de bairros e demais atores envolvidos na construção dos assentamentos humanos são conclamados a promover atividades focadas no tema da moradia e nas necessidades para que o direito à moradia seja plenamente realizado.

4.2.1.3 O COMBATE ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS NA ONU

O combate às violações dos direitos humanos na ONU ocorrem através de instrumentos de recebimento de denúncias e, comprovadas essas, a ONU pode aplicar sanções aos infratores.

Analisaremos as sanções possíveis de serem aplicadas para, após, indicarmos os modos de apresentação de denúncias aos órgãos da ONU responsáveis pela proteção dos direitos humanos.

4.2.1.3.1 - AS SANÇÕES NA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS:

Conforme pudemos verificar pela evolução do conceito de sanção no direito, a sanção é a medida existente para dar força e aplicabilidade às regras de conduta existentes em determinada sociedade. Quando há uma ação que não é admitida dentro de um determinado sistema jurídico, aplica-se uma sanção ao agente. O poder de aplicar a sanção, dentro do direito moderno, é geralmente concentrado

nas mãos de uma instituição, que através de um procedimento preestabelecidos analisa a infração e aplica a sanção

No direito internacional, por não existir uma instituição capaz de centralizar todas as sanções a serem aplicadas em Estados Nacionais, a aplicação das sanções é feita de forma difusa. Tanto assim é que no item anterior pudemos analisar as sanções “autotutelares”, ou seja, que os Estados aplicam difusamente em defesa de interesses próprios.

Entretanto, existem organizações internacionais diversas que possuem órgãos que decidem sobre as sanções a serem aplicadas sobre Estados. Estas organizações ajudam a centralizar a aplicação de sanções no direito internacional, mas ainda encontram-se em fase de formação. A organização que ocupa um maior destaque no mundo atualmente é a Organização das Nações Unidas – ONU, criada em 1945 com a Carta de São Francisco.

A Carta das Nações Unidas apresenta um Capítulo denominado “Ação Relativa às Ameaças da Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão”.¹³² Podemos identificar algumas espécies de sanções que podem ser aplicadas pela ONU aos países que ameaçarem a paz. A análise destes tipos de sanções faz-se importante para se ter uma boa noção dos tipos de intervenções possíveis de serem realizadas através da Organização das Nações Unidas. Cumpre notar que as sanções abaixo especificadas referem-se às destinadas às nações que ameaçarem a paz e a segurança internacionais.

¹³² Diz a Carta das Nações Unidas, nos primeiros artigos deste capítulo:

Art. 39 – O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.

Art. 40 – A fim de evitar que a situação se agrave, o Conselho de Segurança poderá, antes de fazer as recomendações ou decidir a respeito das medidas previstas no art. 39, convidar as partes interessadas que aceitem as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis. Tais medidas provisórias não prejudicarão os direitos ou pretensões, nem a situação das partes interessadas. O Conselho de Segurança tomará devida nota do não cumprimento dessas medidas.

No artigo 41 da Carta das Nações Unidas temos que “o Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões, e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie, e o rompimento das relações diplomáticas.”

Vê-se que no artigo supra citado temos elencadas algumas espécies de sanções a serem aplicadas pela Organização das Nações Unidas. Em primeiro lugar podemos identificar o bloqueio econômico, através da interrupção parcial ou completa das relações econômicas com o país que estiver ameaçando a paz, somada a proibição de comercialização daquele país. Esta sanção é de extrema severidade, especialmente com a população civil do país punido, que fica sofrendo as consequências funestas da falta de suprimentos básicos.

Além do bloqueio econômico, pode ser realizado o bloqueio dos meios de comunicação do país (ferroviários, marítimos, postais, telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie). Isola-se o país agressor como forma de sanção, forçando-o a enquadrar-se ao comportamento que lhe é exigido.

Por fim, existe o rompimento diplomático que, como já mencionado acima, só é adotado quando restam infrutíferas outras esferas de negociação ou até a aplicação de sanções mais brandas. O rompimento diplomático representa o fim das negociações amigáveis e das sanções mais brandas e anuncia o prenúncio da intervenção armada.

O artigo 42 dispõe sobre a sanção mais severa que pode ser encontrada no direito internacional, que é a intervenção armada no país agressor. Assim dispõe o referido artigo da Carta: “Art. 42 – O Conselho de Segurança, caso considere que as medidas previstas no artigo 41 demonstraram que são inadequadas, poderá

levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas."

Sendo assim, percebemos que a ONU possui um amplo espectro de Sanções em seu arcabouço institucional, funcionando como um centro de tomada de decisões sancionadoras para diversos aspectos da comunidade internacional. As violações aos direitos humanos poderão ser retaliadas com quaisquer das sanções acima elencadas. Entretanto, para justificar medidas mais drásticas de intervenção da comunidade internacional em um Estado Membro das Nações Unidas, é preciso que a violação seja bastante grave, a ponto de ameaçar a paz e a segurança internacionais. Não há, na história da ONU, nenhum caso de aplicação efetiva de sanções contra os Estados que violaram o direito à moradia. Nesses casos, a principal forma de sanção prevista é a aprovação, pela ONU, de recomendações e resoluções, condenando atitudes de Estados consideradas violadoras dos direitos humanos. Essas recomendações ou resoluções que apontam um Estado como violador de determinados direitos humanos prejudicam sensivelmente, na comunidade internacional, as relações internacionais dos países violadores dos direitos humanos.

Analisemos as formas de apuração das violações de direitos humanos na ONU e como se pode agir em defesa do direito à moradia junto às Nações Unidas, para que o Conselho Econômico e Social (diretamente ou através de seus órgãos subsidiários) ou a Assembléia-Geral analisem e decidam sobre uma violação do direito à moradia praticada no Brasil.

4.2.1.3.2 MECANISMOS DE APURAÇÃO DE VIOLAÇÕES PELA COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA ONU

A ONU tenta combater as violações contra os direitos humanos através de discussões públicas e investigações de violações, assim como do recebimento de

queixas sobre violações de direitos humanos endereçadas por indivíduos e organizações. A cada ano a Comissão de Direitos Humanos discute, em reuniões abertas à imprensa e ao público, as violações contra direitos humanos ocorridas em todas as partes do mundo.

Membros dos órgãos oficiais da ONU, de Organizações Não governamentais, ou mesmo pessoas físicas individualmente apresentam à Comissão informações sobre violações dos direitos humanos; os Governos envolvidos nas denúncias (seja diretamente ou por omissão) geralmente oferecem réplica às denúncias. Grupos de especialistas são formados para analisar os casos e, quando é o caso, enviados para visitas nos locais onde as violações estão sendo verificadas. Caso confirmadas as denúncias, as violações serão formalmente condenadas.

Quando as denúncias trazem sérias violações aos direitos humanos, a Comissão pode ordenar investigações a serem feitas tanto pelo Grupo de Trabalho formado por especialistas (Working Group) quanto por indivíduos (Special Rapporteur). Baseados nas informações recebidas destes especialistas, a comissão entra em contato com o Governo do país onde a violação está sendo verificada para discutir sobre as mudanças que devem ser feitas para cessar a situação de violação e, quando possível, firmar compromissos. A Comissão pode até designar especialistas para acompanharem as ações do governo e auxiliarem tecnicamente na realização das ações.

A Comissão também estuda casos de violações dos direitos humanos como fenômenos globais, investigando questões temáticas de direitos humanos e violações que não são específicas de um país, mas de todo um conjunto de países

Na hipótese de condenação das violações aos direitos humanos, a Comissão de Direitos Humanos recomenda ao Conselho Econômico e Social que submeta o assunto à apreciação da Assembléia Geral da ONU, para a avaliação da violação

e das possíveis sanções cabíveis e, se for o caso, determinação da sanção a ser aplicada.

4.2.1.3.3 OUTROS MECANISMOS DE APURAÇÃO DE VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS - OS COMITÊS ESPECÍFICOS E A COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS

As queixas podem ser realizadas com base nas Convenções e Pactos específicos de proteção dos direitos humanos, que autorizam a ONU a receber queixas de cidadãos sobre violações de direitos humanos cobertos pelo instrumento internacional específico. Para esses casos são criados os Comitês de monitoramento do cumprimento das obrigações assinadas nestes documentos. O principal Comitê específico existente voltado aos direitos humanos como um todo é o Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Artigo 28 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Neste item, vale realçar o sistema de queixas baseadas no procedimento 1503, que é o sistema geral coordenado pelo Conselho Econômico e Social e gerenciado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU. A cada ano a ONU recebe milhares de cartas e relatórios apontando violações dos direitos humanos que não são contempladas pelos sistemas dos Comitês acima mencionado. O procedimento que cuida destas denúncias é especificado pela Resolução 1503 do Conselho Econômico e Social, conhecido comumente como "procedimento 1503".

As cartas ou relatórios contendo alegações de violações aos direitos humanos que não podem ser tratados pelos Comitês específicos são resumidas em documentos confidenciais e enviadas para os membros da Comissão dos Direitos Humanos. Cópias das queixas são enviadas para o Governo do país denunciado, que tem a oportunidade de responder para as Nações Unidas.

As denúncias e as respostas dos governos são discutidas primeiramente na Subcomissão. Se esta conclui que a denúncia contém um consistente caso com

informações que atestem a existência da violação aos direitos humanos, ela encaminha a queixa para a Comissão dos Direitos Humanos, que poderá investigar de forma mais aprofundada. As queixas serão discutidas em reuniões fechadas da Comissão e serão mantidas em sigilo até que a Comissão decida pelo envio de relatório para o Conselho Econômico e Social, que poderá, caso julgue ser o caso, encaminhar o relatório para a Assembléia Geral.

4.2.1.3.3.1 – OS COMITÊS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

Além dos órgãos da ONU que zelam pelo cumprimento das obrigações internacionais assumidas pelos Estados, existem diversos Comitês, criados por Tratados Internacionais diversos, destinados à proteção dos Direitos Humanos. Dentre estes, podemos citar como de maior relevância para o Brasil o Comitê de Direitos Humanos, o Comitê de Sobre a Eliminação da Discriminação Racial, o Comitê Sobre a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher, o Comitê Para os Direitos da Criança e, no âmbito regional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Destacamos, agora, o Comitê de Direitos Humanos, por ser o principal órgão da ONU voltado a receber queixas sobre direitos humanos.

4.1.1.3.3.1 – COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS

Criado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (arts. 28 a 45), é composto por dezoito membros, com mandato de quatro anos, e funciona pelo sistema recebimento de relatórios elaborados pelos Estados Partes periodicamente, que devem ser encaminhados ao Comitê sempre que solicitados (art. 40, I) e de resolver comunicações formuladas pelos países, observado o esgotamento dos remédios internos, desde que não se prolonguem indefinidamente. Sua competência para receber comunicações depende da aceitação expressa do Estado denunciado (art. 41). O Estado denunciante só terá o poder de denúncia se tiver aceito o sistema

Pelo Protocolo Facultativo do Pacto, o Comitê pode receber denúncias individuais ou de terceiros, ou de Organizações Não Governamentais sobre a violação dos direitos estabelecidos no Pacto. A única forma de coação deste Comitê é a publicação de relatório desfavorável ao país violador e a sua remessa ao Estado violador e ao Conselho Econômico e Social, que poderão remeter casos de maiores violações à Assembléia Geral da ONU.

4.1.1.3.2 COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

O Estados que ratificaram o Pacto devem submeter periodicamente relatórios sobre as ações voltadas ao cumprimento das obrigações assumidas para o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

O Conselho Econômico e Social criou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formado por 18 especialistas, e que tem a função de auxiliar o Conselho na implementação do Pacto, analisando os relatórios recebidos e discutindo-os com os representantes dos Estados-partes envolvidos em violações. Os relatórios do Comitê servem para orientar os Estados-partes, com o fim de alertá-los sobre deficiências verificadas através dos relatórios submetidos, bem como de auxiliar na implementação dos objetivos do Pacto. O Comitê pode, ainda, fazer recomendações para o Conselho Econômico e Social sobre ações a serem tomadas contra violações de direitos humanos. Devido à natureza do Comitê, este não recebe queixas individuais ou de organizações de direitos humanos. Estas, para os direitos sociais no âmbito da ONU, devem ser encaminhadas ao Comitê de Direitos Humanos.

4.2.1.4 AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA PREVISTAS PELA AGENDA HABITAT

A Agenda Habitat possui natureza de Declaração, formatada em um Plano Global de Ação sobre Assentamentos Humanos. Trata-se de importante documento

internacional formal que, mesmo não possuindo efeito vinculante aos países, vai formando a base dos princípios gerais de direito internacional que aos poucos vão sendo incorporados ao direito interno brasileiro.

A Agenda Habitat aprofunda de forma extremamente detalhada a questão do direito à moradia adequada. Visando fazer uma análise global sobre o Habitat humano, isto é, sobre o espaço físico onde as sociedades se desenvolvem, a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos teve a importante função de compilar, em um só documento, aprovado por 185 países, várias importantes informações sobre a realidade urbana mundial e sobre como enfrentar essa realidade rumo ao desenvolvimento sustentável. Já no preâmbulo da Agenda Habitat traz o impressionante dado de que mais de um bilhão de pessoas vivem em condições habitacionais que ferem a dignidade humana.

A Agenda Habitat traçou dois objetivos principais: moradia adequada para todos e desenvolvimento sustentável em um mundo em urbanização. Compreende-se como desenvolvimento sustentável o que congrega conjuntamente desenvolvimento econômico e social, com proteção e preservação do meio ambiente. A Agenda dispõe sobre o conjunto de princípios que devem nortear esses dois objetivos básicos, valendo a menção dos principais, por serem fatores fundamentais para a realização do direito à moradia.

Após analisarmos os princípios da Agenda Habitat, abordaremos as diversas menções sobre o direito à moradia adequada firmado no texto.

4.2.1.4.1 PRINCÍPIOS DA AGENDA HABITAT

Compõem o arcabouço principiológico da Agenda Habitat, que devem reger toda a interpretação sobre seus dispositivos, os seguintes princípios:

4.2.1.4.1.1 IGUALDADE

Dispõe a Agenda Habitat, em seu parágrafo 14, que assentamentos humanos justos e equilibrados são aqueles onde "todas as pessoas, sem discriminação de raça, cor, sexo, língua, religião, opiniões políticas, origem social, ou qualquer outro status, têm direito ao acesso à moradia, infra-estrutura, serviços de saúde, comida, água potável, educação e áreas de lazer". Trata-se do princípio da igualdade. Todas as pessoas, para se desenvolverem social, cultural, religiosa e economicamente, devem Ter uma moradia adequada, pois é isso que ocasionará assentamentos humanos justos e equilibrados.

4.2.1.4.1.2 ERRADICAÇÃO DA POBREZA

Outro princípio da Agenda é o da erradicação da pobreza, elencado no Parágrafo 15 da Agenda e que tem como origem a Conferência para o Desenvolvimento Social. Deve-se atender às necessidades básicas de todos os seres humanos, especialmente daqueles que vivem na pobreza. Os países em desenvolvimento são os que mais apresentam pessoas nesta condição, devendo ser dada especial atenção a esses países. Considera-se pobre a pessoa que não possui acesso aos direitos básicos para uma existência digna, não conseguindo satisfazer as suas necessidades fundamentais.

4.2.1.4.1.3 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E QUALIDADE DE VIDA

Um princípio muito importante para o direito à moradia é o do desenvolvimento sustentável, formulado no Parágrafo 16 da Agenda. O desenvolvimento das cidades não pode ser feito sem planejamento, de tal forma que as heranças culturais e sociais de uma comunidade sejam atropeladas e destruídas por um desenvolvimento nocivo à qualidade de vida e à cultura do povo.

Devem ser preservados os patrimônios históricos, culturais, religiosos e ambientais, bem como em ser promovidas a segurança, a integração social e

educacional das pessoas, visando a criação de uma identidade cultural que expresse o modo de vida de uma comunidade. As vontades e aspirações das comunidades locais devem direcionar as políticas urbanas.

O respeito à diversidades econômicas, sociais, culturais e ambientais deve ser observado por todos os países. A alocação de recursos para a garantia do desenvolvimento sustentável deve ser prioritária

4.2.1.4.1.4 FORTALECIMENTO DA FAMÍLIA

O fortalecimento da família é outro princípio definido pela Agenda, no Parágrafo 18, que afirma ser a família a "unidade básica da sociedade", que, como tal, "deve ser fortalecida". Dispões que o casamento deve ser fruto de consenso entre marido e mulher, que serão parceiros iguais em direitos e deveres.

4.2.1.4.1.5 CAPACITAÇÃO POPULAR E RESPONSABILIDADE GOVERNAMENTAL

Outro importante princípio é o da Capacitação Popular (Parágrafo 19). Todos têm o direito e o dever de respeitar e proteger os seus direitos e os de outros, bem como de contribuir ativamente para a construção do bem comum. Governos em todos os níveis devem assegurar o acesso à educação e à saúde, bem como garantir segurança e bem estar aos seus. Isso requer um grande esforço, que deve ser feito de forma integrada com a comunidade, agindo governo e sociedade em parceria para construção de assentamentos humanos sustentáveis. Para tanto, os governos devem promover a educação universal, a disseminação de informações e, principalmente a ajuda aos grupos comunitários, para que este entendam e exercitem seus direitos e responsabilidades naturais em um processo participativo efetivo.

4.2.1.4.1.6 PARCERIAS

O princípio da ação conjunta, ou das parcerias, é recorrente no texto da Agenda. O Parágrafo 20 dispõe que as parcerias entre países e entre os diversos atores políticos de uma sociedade são fundamentais para a consecução dos objetivos propostos. Entende-se como atores políticos da sociedade todos aqueles que de alguma forma contribuem para o desenvolvimento da comunidade, tais como os governos de todos os níveis, o setor privado, as comunidades de base, as organizações não governamentais, as cooperativas e os indivíduos. As parcerias podem ser exercidas por acordos de cooperação, uso comum de recursos, ações conjuntas, transferências de recursos e tecnologias, e serão tanto mais eficazes quanto maior o fortalecimento das organizações civis em todos os níveis.

4.2.1.4.1.7 SOLIDARIEDADE

O Parágrafo 17 reafirma o princípio da solidariedade, dispondo que esse princípio pressupõe que a coesão social só será possível através da tolerância e cooperação entre as pessoas, bem como se houver a solidariedade especial com os grupos vulneráveis, incluindo os miseráveis. Os Estados-membros da ONU e a comunidade internacional devem intensificar a solidariedade, cooperação e assistência, com o fim de construir políticas e instrumentos efetivos que mobilizem da melhor forma possível todos os recursos existentes para a consecução dos objetivos propostos.

4.2.1.4.1.8 QUALIDADE DE VIDA

A qualidade de vida é, ao mesmo tempo um princípio e um objetivo, e deve guiar todos os esforços para o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos (Parágrafo 22) Como fator básico da qualidade de vida, deve-se garantir o acesso universal à educação e à saúde, eliminando-se as desigualdades de tratamentos existentes entre as pessoas, especialmente no que se refere à prestação de serviços primários de saúde e educação. Só com saúde e educação

é que as pessoas poderão desenvolver plenamente as suas capacidades físicas e mentais, tornando-se aptas para contribuir e participarem da vida e do desenvolvimento social, econômico e político da sociedade. Deve-se assegurar, também, o acesso universal à comida, água potável, saneamento básico e outros serviços de necessidades básicas.

4.2.1.4.1.9 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Complementando o parágrafo 22, o 22Ter traz um importante componente para as futuras ações urbanas. Maiores recursos serão necessários para que se atinjam os objetivos propostos pela Agenda. Cada país tem a responsabilidade de implementar a Agenda nos níveis local, regional e nacional, obedecendo as diversidades culturais e ambientais. Os recursos existentes em países em desenvolvimento são insuficientes e devem ser aumentados através de mecanismos e instrumentos econômicos flexíveis e específicos, de forma que se permita a esses países a possibilidade de engendrar ações visando a moradia adequada para todos e o desenvolvimento sustentável.

4.2.1.4.2 O DIREITO À MORADIA NA AGENDA HABITAT

A Habitação Adequada para Todos, um dos temas globais da Agenda Habitat, é uma das metas a serem atingidas para que os assentamentos humanos possam se desenvolver de forma sustentável. Já no preâmbulo da Agenda é reconhecido a acesso a habitação sadia e segura, dotada dos serviços básicos, como condição essencial para uma vida digna e para o bem estar físico, psicológico, social e econômico das pessoas. Nesse sentido, ações para que se amplie o acesso à moradias dignas são urgentes para mais de um bilhão de pessoas vivendo sem condições dignas de vida (Parágrafo 2, bis).

O primeiro reconhecimento do direito à moradia como um direito humano está no Parágrafo 13, que dispõe:

.. "Nós reafirmamos e somos guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e nós reafirmamos nosso compromisso de assegurar a plena realização dos direitos humanos a partir dos instrumentos internacionais, em particular nesse contexto o direito à moradia disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e provido pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação Todas as Formas de Discriminação Racial, A Convenção sobre todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher e a Convenção Sobre os Direitos da Criança, levando em conta que o direito à moradia incluído nos instrumentos internacionais acima mencionados deve ser realizado progressivamente. Nós reafirmamos que todos os direitos humanos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados".

No Capítulo III, referente aos compromissos sobre Adequação adequada Para Todos, o Parágrafo 24 reconheceu o direito à moradia da seguinte forma.

"Nós reafirmamos nosso compromisso para a plena e progressiva realização do direito à moradia, provido por instrumentos internacionais. Neste contexto, nós reconhecemos a obrigação dos governos de capacitar as pessoas para obter habitação e proteger e melhorar as moradias e vizinhanças. Nós nos comprometemos com a meta de melhorar as condições de vida e de trabalho numa base sustentável e equitativa, pelo qual todos terão adequada habitação, sadia, segura, protegida, acessível e disponível, que inclui serviços básicos, facilidades e amenidades, e o gozo de liberdade frente a discriminações de moradia e segurança legal de posse. Nós devemos implementar e promover este objetivo de maneira plenamente consistente com as normas de direitos humanos."

No Parágrafo 25 são estabelecidos os compromissos para atingir a plena e progressiva realização do direito à moradia. O compromisso de assegurar políticas macroeconômicas e de habitação é estabelecido como uma prioridade social dentro dos programas de desenvolvimento nacional e de políticas urbanas, de modo a mobilizar recursos, gerar empregos e erradicar a pobreza.

São compromissos estabelecidos na Agenda, ainda: a promoção da segurança legal da posse e igual acesso a terra, em especial para mulheres e pessoas vivendo na pobreza; promoção de ações para erradicar as violações dos direitos humanos em especial com os grupos vulneráveis. Como compromissos estão previstos o acesso não discriminatório para todas as pessoas a um eficiente e efetivo sistema de financiamento e habitação, água potável, saneamento e serviços básicos.

O Parágrafo 43 da Agenda possui uma boa definição de moradia adequada, dispondo ser aquela que possui privacidade, espaço, acessibilidade física, segurança, incluindo segurança da posse, durabilidade e estabilidade estrutural, iluminação, ventilação e aquecimento, infra-estrutura básica, suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, e adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos, devendo todos esses componentes terem um custo acessíveis e estarem disponíveis a todos os seres humanos.

O Parágrafo 44 dispõe sobre o direito à moradia como um direito humano da seguinte forma:

"Desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 o direito à moradia tem sido reconhecido como um importante componente do direito a um nível adequado de vida. Todos os Governos, sem exceção, tem responsabilidades no setor da habitação, como por exemplo através da criação de Ministérios de Moradia ou Agências, através da alocação de fundos para o setor da moradia e por suas políticas, programas e projetos".

4.2.1.4.2.1 A MORADIA ADEQUADA PARA TODOS NA AGENDA HABITAT

O Parágrafo 44 também enfatiza que os Governos devem tomar ações para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à

moradia. Como medidas para assegurar a realização do direito à moradia estão previstas ações prioritárias.

A primeira é a de proibir, por lei, qualquer forma de discriminação e garantir para todas as pessoas igual e efetiva proteção contra discriminação de qualquer espécie. A Segunda é prover segurança legal na posse e acesso igualitário a terras para todos. Deve haver a efetiva proteção contra despejos ilegais. A terceira ação é a criação de incentivos ao setor privado, para que este invista no mercado de habitação destinado à pessoas de menor poder aquisitivo, seja nos regimes de venda ou de locação. Por fim, o efetivo monitoramento e avaliação das condições de moradia incluindo as condições dos sem casa e das moradias inadequadas.

4.2.1.4.2.2 INTEGRAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A Agenda Habitat afirma que para promover a adequada habitação para todos é necessário adotar o princípio da integração entre as políticas habitacionais e as políticas e ações destinadas a promover o desenvolvimento econômico e social e a proteção ambiental. Outra medida fundamental é a constituição de mercados capazes de prover com eficiência o sistema de produção habitacional, com especial atenção aos grupos sociais mais necessitados.

4.2.1.4.2.3 POLÍTICAS HABITACIONAIS

Para que a integração das políticas habitacionais com as demais políticas voltadas à produção do Habitat seja bem sucedida, o Parágrafo 49 estabelece diversas medidas que devem ser tomadas pelos governos, tais como a descentralização das políticas habitacionais para os níveis locais de governo (municípios); estabelecimento de mecanismos de consulta pública para a implementação de ações; monitoramento do impacto das políticas macroeconômicas sobre as políticas habitacionais; fortalecimento da ligação entre a política habitacional e as políticas de geração de emprego e renda, proteção ambiental, preservação do

patrimônio cultural; fortalecimento e apoio a atividades voltadas ao desenvolvimento sustentável econômico e social; ações voltadas para a ampliação do acesso à terra.

São também medidas a serem consideradas: adoção de mecanismos de participação popular, de revisão de aspectos legais e fiscais para responder as especiais necessidades das pessoas mais pobres; estabelecimento de processos de descentralização com uma clara definição dos direitos e responsabilidades do nível local de governo para a promoção das políticas habitacionais rurais e urbanas; programas específicos voltados à moradia de pessoas com deficiências; avaliação e revisão periódicos dos sistemas de financiamento para habitação.

4.2.1.4.2.4 SISTEMAS DE OFERTA HABITACIONAL

Partindo da premissa de que o setor privado é o principal responsável pela produção de novas moradias, é estabelecida para os governos a responsabilidade de criar as condições necessárias para que a oferta de moradias acessíveis atenda a demanda armazenada. As intervenções do governo são necessárias para atender as necessidades dos grupos desfavorecidos e vulneráveis que não tem acesso o mercado de habitação.

Entre as medidas que devem ser empreendidas pelos Governos para assegurar um mercado eficiente estão previstas as seguintes ações: prestar e divulgar informações sobre o mercado habitacional para os setores privado e não lucrativo; rever e ajustar periodicamente os instrumentos legais, fiscais e financeiros, incluindo as normas regulamentadoras de contratos, uso da terra, código de edificações; regulamentar direito de propriedade (leis, cadastros, mecanismos de avaliação contínua do valor da propriedade, função social); adotar mecanismos transparentes de transações sobre a propriedade, aplicação de instrumentos tributários, incluindo impostos para promover a adequada provisão de moradia e terra (par. 54 h).

A Agenda Habitat ressalta que nos países em desenvolvimento mais da metade do estoque de moradia existente tem sido construído pelos próprios moradores proprietários e na maioria por população de baixa renda. A auto-construção é prevista como um dos principais instrumentos para a provisão de moradias num futuro próximo, sendo que muitos países estão apoiando programas de auto-construção de moradias e de regularização fundiária e urbanização.

De acordo com a Agenda, os Governos devem apoiar os sistemas de produção de moradia através da auto-construção, desenvolvidos de forma individual ou coletiva (mutirões) e promover programas de regularização fundiária, com a parceria, sempre que possível, da sociedade civil organizada. (Parágrafo 54bis).

4.2.1.4.2.5 GARANTIA DE ACESSO À TERRA

a Agenda Habitat reconhece o acesso à terra como pré-requisito estratégico para a provisão de moradia adequada para todos. Os Governos, incluindo os de nível local, devem remover todos os obstáculos para o equitativo acesso à terra, assegurado iguais direitos a homens e mulheres. A falta de gestão adequada da política fundiária urbana e rural é reconhecida como uma das principais causas primárias da desigualdade e da pobreza (par. 55).

Entre as medidas para assegurar o acesso à terra foram estabelecidas: o reconhecimento e legitimação da diversidade de mecanismos de oferta de terra, descentralização de responsabilidades sobre a gestão da terra, promoção de inventários públicos de terra e, onde for apropriado, desenvolver programas tornando estas terras disponíveis para habitação; aplicação de sistemas fiscais e de incentivo transparente, acessível e do mecanismo de tributação progressiva, para estimular o uso equitativo da terra, a fim de explorar ao máximo a sua potencialidade (Par. 56).

Também são definidas como ações necessárias para o acesso à terra o desenvolvimento de sistemas de informação sobre a situação urbana, para que se possa utilizar ao máximo a infra-estrutura urbana instalada, adotando-se instrumentos de recuperação dos investimentos do poder público que tenham resultado em valorização de terras particulares. Outra importante ação é o estabelecimento de procedimentos simples para a transferência da terra e para a modificação do uso da terra (par. 56).

Entre as medidas para os Governos promoverem o mercado de terra eficiente e uso sustentável e ambientalmente equilibrado da terra estão previstas o desenvolvimento de mercados de terra mediante o estabelecimento de mecanismos flexíveis e variados com o objetivo de mobilizar terras através de diferentes institutos jurídicos. Também deve ser elaborado um ordenamento jurídico de utilização da terra, com o objetivo de conjugar a necessidade de construção e a proteção ao meio ambiente (Par. 57).

Para fins de facilitar o acesso a terra e a segurança da posse, também estão previstas como medidas: estímulo de parcerias entre o setor privado e setores da sociedade civil organizada; apoio institucional para melhorar o nível de responsabilidade e transparência da gestão de terras e a utilização do solo; criação de novas formas de legalização da posse e uso da terra, face ao fato de que muitas vezes a legislação é extremamente onerosa e burocrática, impedindo o acesso ao crédito por falta de título de propriedade (Par. 59).

As organizações não governamentais, comunitárias e o setor privado devem sempre participar na busca de soluções de conflitos. O estabelecimento de um sistema jurídico que reconheça as distintas formas de organização da população, possibilitando o acesso ao crédito para unidades coletivas, respaldadas por garantias coletivas, crédito este que poderá ser usado a critério da população que o recebe. A participação popular na elaboração e execução das políticas públicas deve ser um elemento sempre presente (Par. 59).

4.2.1.4.2.6 MOBILIZAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS

A Agenda Habitat reconhece que as atuais instituições financeiras de habitação que servem o mercado convencional não respondem as diferentes necessidades de largos segmentos da população, em especial os grupos vulneráveis e os desfavorecidos. Para modificar esta realidade, os governos devem adotar políticas que aumentem a mobilização de recursos para o sistema financeiro de habitação, conferindo maior crédito para as pessoas que vivem na pobreza.

Entre as medidas para assegurar o acesso aos sistemas financeiros de habitação, os Governos devem eliminar as formas de discriminação para o acesso ao crédito; estimular o setor privado a mobilizar recursos para as diversas demandas de moradia, incluindo aluguel, manutenção e reabilitação; fomentar programas hipotecários para quem vive na pobreza. (Par. 61)

Por fim, os Governos devem facilitar o acesso à moradia para aqueles que não tem acesso aos mecanismos financeiros existentes, desenvolvendo programas de subsídios através de políticas públicas que assegurem sua viabilidade, equidade, transparência, permitindo a entrada no mercado dos que não tem acesso a ele atualmente.

4.2.1.4.2.7 PROTEÇÃO CONTRA OS DESPEJOS

O tratamento conferido ao problema dos despejos na Agenda Habitat não foi o que se esperava, já que estabeleceu regras tão somente contra os chamados "despejos ilegais", ou seja, aqueles manifestamente contrários à lei.

De acordo com o Par. 45d, os Governos devem prover uma efetiva proteção e auxílio nos despejos forçados que são contrários à lei, levando em consideração

os direitos humanos e o fato de que as pessoas não podem ser penalizadas por seu status social.

A restrição da proteção somente para os casos de despejos que são contrários à lei não atenda as situações mais graves de violações contra os direitos humanos, verificadas em despejos patrocinados pela Justiça, em reintegrações de posse executadas contra milhares de pessoas, mulheres, idosos e crianças inclusive. Ficaram de fora da proteção da Agenda Habitat os despejos de comunidades inteiras, autorizados pela Justiça, e que nem por isso deixam de ser verdadeiras violações aos direitos humanos e ao direito à moradia.

A Agenda deveria Ter estabelecido uma proteção para os despejos forçados e violentos patrocinados pela Justiça, em especial despejos coletivos, estabelecendo mecanismos de negociação, conciliação e julgamento destes casos com a participação das partes envolvidas, do Poder Público, e determinar a responsabilidade das autoridades responsáveis por danos físicos e morais nos casos de despejos forçados com o aval da lei e que ocasionam violações aos direitos humanos.

Menos mal que o Par. 75b reduziu os males causados pela omissão da proteção contra os despejos "legais" quando dispôs que nos casos de despejos inevitáveis (legais) devem ser asseguradas aos despejados soluções alternativas de moradia.

4.2.2 AS GARANTIAS DO DIREITO À MORADIA NA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA

A Organização dos Estados Americanos – OEA foi constituída a partir da Carta da Organização dos Estados Americanos, assinada a 30 de abril de 1948, durante a IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, Colômbia.¹³³ A Organização

¹³³ De acordo com Vicente Marota Rangel, a Carta da OEA foi emendada pelo Protocolo de Buenos Aires, em 1967, subscrito na terceira Conferência Interamericana Extraordinária. Entrou esse Protocolo em vigor a 27

dos Estados Americanos conta hoje com 35 Estados membros¹³⁴. Embora Cuba faça parte da OEA, a sua representação governamental não é nela aceita, com base em arguições relacionadas com as constantes violações aos direitos humanos verificadas naquele país, bem como com a carência de legitimidade democrática do Governo de Fidel Castro.

Dispõe a Carta da OEA, em seu artigo 3º, sobre os princípios que regem a Organização. Ressalte-se aquele que define a ordem internacional como a constituída essencialmente pelo respeito à personalidade, soberania, independência dos Estados e pelo cumprimento fiel das obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes do direito internacional (art. 3º, b). A boa-fé deve reger as relações dos Estados americanos entre si, que devem, para desenvolver os altos fins a que se destina a OEA, organizarem-se politicamente com base no exercício efetivo da democracia representativa (art. 3º, c, d).

De acordo com a Carta da OEA, os Estados americanos condenam a guerra de agressão: a vitória não dá direitos (art. 3º, f). Por essa razão, a agressão a um Estado americano constitui a agressão a todos os demais Estados americanos (art. 3º, g). As controvérsias de caráter internacional devem ser resolvidas por meio de processos pacíficos (art. 3º, h).

Ainda como importantes princípios da OEA, ligados aos direitos humanos, temos que os Estados americanos proclamam os direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo e sexo, sendo que a educação dos povos deve orientar-se para a justiça, a liberdade e a paz.

de fevereiro de 1970. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 29 de janeiro de 1968. A Carta da OEA foi a seguir emendada pelo Protocolo de Cartagena das Índias, subscrito a 05.12.1985, no 14º Período de Sessões da Assembléia Geral da OEA, tendo o Brasil depositado o seu instrumento de ratificação a 03.10.1988. O Protocolo da reforma entrou em vigor a 16.11.1988.

¹³⁴ A saber: Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Colômbia, Costa Rica, Chile, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guiana,

4.2.2.1 OS ÓRGÃOS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

A OEA conta com os seguintes órgãos, a saber: Assembléia-Geral, Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; Conselhos; Comissão Jurídica Interamericana; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Secretaria-Geral, Conferências Especializadas; e Organismos Especializados.

O principal órgão ligado à proteção dos direitos humanos é a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Dispõe o artigo 11 da Carta que "haverá uma Comissão Interamericana de Direitos Humanos que terá por principal função promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria. Uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria".

Vê-se que o principal órgão de proteção dos direitos humanos no âmbito da OEA teve sua constituição delegada para uma convenção americana de direitos humanos. Com efeito, a convenção foi aprovada na Conferência de São José realizou-se na cidade de San Jose, na Costa Rica, no ano de 1969. Analisemos, pois, o teor desse importante instrumento do sistema de proteção dos direitos humanos.

4.1.2.2 A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi aprovada em 22 de novembro de 1969, na Conferência de São José da Costa Rica. O Brasil aderiu à Convenção em 25 de setembro de 1992, sendo que a mesma teve a sua promulgação efetivada no Brasil em 06 de novembro de 1992, com a publicação do competente

Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, Venezuela.

Decreto Legislativo. No entanto, o Brasil ressalvou, na época, a cláusula facultativa do artigo 45, 1º, referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações previstas na Convenção. O Brasil ressalvou, ainda, a cláusula facultativa do art. 62, 1º, sobre a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Somente em novembro de 1998 o Congresso Nacional autorizou, por Decreto Legislativo, o Poder Executivo a aderir à cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Direitos Humanos.

Para a obtenção da adesão dos Estados Unidos à Convenção, a Conferência de São José da Costa Rica não incluiu no texto da Convenção as cláusulas referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, o que veio a ser feito em Protocolo à parte apenas em 17 de novembro de 1988, na Conferência Interamericana de San Salvador.¹³⁵ Fixou, entretanto, que os direitos econômicos, sociais e culturais são direitos de desenvolvimento progressivo. De acordo com o artigo 26 da Convenção, "os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir, progressivamente, a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou outros por meios apropriados."

Dessa forma, aplicam-se aos direitos sociais, incluindo aí o direito à moradia, os meios de proteção previstos na parte II da Convenção, que conta com dois órgãos importantes para as garantias dos direitos humanos na América: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

¹³⁵ Fabio Konder Comparato, *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 1999. Ed. Saraiva, 1ª Edição, p. 332

4.2.2.2.1 DOS DEVERES DOS ESTADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Importante ressaltar um princípio firmado na Convenção, ainda em seu preâmbulo, que reconhece “que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar das que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

Reiteram os Estados americanos, no preâmbulo da Convenção, os termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no sentido de que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas, condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, em como dos seus direitos civis e políticos”.

No seu artigo 1º a Convenção impõe aos Estados-Partes a obrigação de respeito aos direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Os Estados americanos têm o dever de adotar disposições de direito interno que garantam o efetivo exercício dos direitos humanos. “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1º ainda não estiver garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (art. 2º).

Vê-se, portanto, que o direito à moradia possui na Convenção Americana um importante instrumento de defesa, na medida em que os Estados devem garantir esse direito através de medidas concretas voltadas à consecução do objetivo de prover a todos os seus jurisdicionados uma moradia adequada.

Analisemos, pois, cada um dos órgãos que compõe os meios de proteção firmados pela Convenção e as formas de acesso a esses órgãos para a defesa dos direitos humanos e do direito à moradia.

4.2.2.2.2 DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos representa todos os membros da Organização dos Estados Americanos e é composta por sete membros de diferentes países. Os membros da Comissão são eleitos para o período de quatro anos, período que poderá ser prorrogado por uma vez.

A principal função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é promover a observância e a defesa dos direitos humanos, cabendo aos seus membros formular recomendações aos governos dos Estados-Membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos.

A Comissão tem como competência preparar os estudos e relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções, podendo, para tanto, solicitar aos governos dos Estados-Membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos. Nessa linha de atuação, os Estados Partes devem remeter à Comissão cópia dos relatórios e estudos que, em seus respectivos campos, submetem anualmente às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social e do

Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura, a fim de que aquela vele para que se promovam os direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da OEA.

Os Estados-Partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, incluindo aí a realização do direito à moradia.

O principal instrumento disponível aos brasileiros para a defesa do direito à moradia no âmbito da Comissão de Direitos Humanos da OEA é o sistema de petições previsto no artigo 41, "f" e nos artigos 44 a 51 da Convenção. Dispõe o artigo 41 que é atribuição da Comissão "atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51". De acordo com o artigo 44, "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte".

Vê-se, portanto, que a legitimidade para a apresentação de petições junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA é bastante elástica, abarcando desde indivíduos até organizações não-governamentais. Essa característica faz da Comissão um dos principais órgãos internacionais voltado à garantia dos direitos humanos do qual o Brasil faz parte, sendo, assim, extremamente relevante a compreensão de seu funcionamento para a defesa dos direitos humanos e do direito à moradia no Brasil, expostos nos artigos 44 a 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para que uma petição seja admitida pela Comissão será necessário, em primeiro lugar, que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de

acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos. A petição deve ser protocolada no prazo de seis meses a contar da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva proferida pelos órgãos jurisdicionais internos. Por fim, a matéria da petição não pode estar pendente de outro processo de solução internacional.

A petição deve conter o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. A exigência de que se esgotem os recursos da jurisdição interna e do prazo de seis meses a contar da decisão interna poderá ser flexibilizada caso não haja na legislação interna do Estado onde ocorreu a infração o devido processo legal para a proteção do direito violado. Também será flexibilizada tal exigência caso não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los. Finalmente, a Comissão admite as petições mesmo sem esgotamento dos recursos internos quando houver demora injustificada na decisão sobre mencionados recursos.

Ao reconhecer a admissibilidade da petição, a Comissão solicitará informações ao Governo do Estado ao qual pertença a autoridade apontada como responsável pela violação, fixando prazo para a apresentação das informações conforme o caso. Recebidas as informações ou transcorrido o prazo sem que sejam elas recebidas, a Comissão verificará se existem motivos para o prosseguimento do expediente. Caso entenda que os motivos não existem ou não subsistem mais a Comissão determinará o arquivamento do expediente. A Comissão poderá, ainda, declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da petição com base em informação ou prova supervenientes.

Caso a Comissão decida pelo prosseguimento do expediente, procederá a uma investigação para cuja eficaz realização solicitará dos Estados todas as facilidades necessárias, ficando os Estados obrigados a atender às solicitações. A Comissão

sempre buscará uma solução amistosa para os assuntos investigados, com base no respeito aos direitos humanos. No caso de solução amistosa, a Comissão redige um Relatório que é encaminhado ao peticionário e aos Estados-Partes da Convenção, sendo o mesmo posteriormente transmitido à Secretaria-Geral da OEA para publicação.

Caso não se chegue a solução amistosa, redige-se um Relatório no qual são expostos os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório o seu voto em separado. O Relatório será então encaminhado aos Estados interessados, aos quais não será facultado publicá-lo. Ao encaminhar o relatório a Comissão pode formular as proposições e recomendações que julgar adequadas. Se, no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do Relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado ou submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, sua opinião e conclusões sobre a questão. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a violação detectada. Transcorrido o prazo fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório. Conforme observa Thomas Buergenthal: "É importante notar que o relatório elaborado pela Comissão, na terceira fase do procedimento, é mandatório e deve conter conclusões da Comissão indicando se o Estado referido violou ou não a Convenção Americana".¹³⁶

O procedimento instaurado na Comissão é requisito processual para que a Corte Interamericana de Direitos Humanos aprecie o caso. Conforme o artigo 61, "2", da

¹³⁶ Thomas Buergenthal, "The interamerican system for the protection of human rights, In: Theodor Meron, Ed. Human Rights in International Law: legal and policy issues, Oxford, Caredon Press, 1984, p. 459, In: Flavia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, op. Cit. Pag. 232

Convenção, para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os procedimentos acima explicitados. Esgotados os procedimentos na Comissão sem a solução da lide, os Estados-Partes envolvidos ou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos poderão submeter o processo à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A submissão do processo à Corte depende que o Estado-Parte envolvido reconheça expressamente a competência da Corte no tocante à aplicação da Convenção.

4.2.2.3 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Esgotados os meios existentes na Comissão de Direitos Humanos sem que haja solução da questão submetida à apreciação, existe a possibilidade de se submeter o caso para a apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Importante ressaltar que a Corte possui um caráter complementar ao dos tribunais internos, valendo como uma salvaguarda para os casos em que os tribunais internos não adotarem as medidas devidas contra violações de direitos humanos. Nos ensinamentos do Antonio Augusto Cançado Trindade: "Os tribunais internacionais de direitos humanos existentes – as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos – não 'substituem' os Tribunais internos, e tampouco operam como tribunais de recursos ou de cassação dos tribunais internos. Não obstante, os atos internos dos Estados podem vir a ser objeto de exame por parte dos órgãos de supervisão internacionais, quando se trata de verificar a sua conformidade com as obrigações internacionais dos Estados em matéria de direitos humanos"¹³⁷.

Importante notar que somente em novembro de 1998 o Congresso Nacional autorizou, por Decreto Legislativo, o Poder Executivo a aderir à cláusula de jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Direitos Humanos. Com efeito,

¹³⁷ Antonio Augusto Cançado Trindade, *A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos*. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, vol. 46, n. 182, p. 33, jul/dez 1993

embora tarde, a adesão brasileira à jurisdição da Corte representou importante passo para a proteção dos direitos humanos no Brasil.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é composta por sete juízes, nacionais dos Estados-Membros da Organização, não podendo haver dois juízes da mesma nacionalidade. Os juízes são eleitos para um período de seis anos e possuem imunidade diplomática para o exercício de suas funções. O juiz que for nacional de algum dos Estados-Partes no caso submetido à Corte conserva o seu direito de conhecer do mesmo, sendo garantido ao outro Estado-Parte designar uma pessoa de sua escolha para fazer parte da Corte na qualidade de juiz *ad hoc*. O quorum para as deliberações da Corte é constituído por cinco juízes.

Somente os Estados-Partes e a Comissão podem submeter casos à decisão da Corte, sendo que a Comissão deve acompanhar todos os casos submetidos à Corte, através de seus representantes. A Corte somente admitirá discutir casos que tenham esgotado todos os procedimentos previstos para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que tem, também, um papel conciliador importante dentro do sistema regional americano de proteção dos direitos humanos.

A Corte tem uma competência consultiva, podendo os Estados-membros da Organização consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americano. No mesmo sentido a Corte pode emitir pareceres, a pedido de um Estado-Membro da Organização, sobre a compatibilidade entre leis internas e os instrumentos internacionais mencionados. A Corte já se manifestou em matérias relativas ao alcance de sua competência consultiva, ao sistema de reservas à Convenção, à questão da pena de morte, questões de hermenêutica sobre a Declaração Americana, dentre outros assuntos voltados à compreensão do sistema regional americano de proteção dos direitos humanos e à extensão de suas garantias.

Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Os casos submetidos à Corte serão objeto de deliberação pelos juízes que a compõe, que poderão, quando entenderem ter havido a violação de um direito ou liberdade protegido pela Convenção Americana, determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. A Corte poderá determinar, também, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada

As sentenças da Corte devem ser fundamentadas e, quando não for unânime, poderão ter voto dissidente em separado. Os Estados-Partes comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes, sendo que a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado. Nos dizeres de Flávia Piovesan, "a decisão da Corte tem força jurídica vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado seu imediato cumprimento"¹³⁸

A Corte submete à consideração da Assembléia-Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior, indicando, de maneira especial e com as recomendações que julgar pertinentes, os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento de suas sentenças.

¹³⁸ Flávia Piovesan, op. Cit., p 237

Pode-se ver, dessa forma, que o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos constitui grande garantia para o direito à moradia e compõe, de forma iluminada, o sistema de proteção dos direitos humanos. Embora a legitimidade ativa do indivíduo tenha sido limitada à apresentação de petições junto à Comissão Interamericana, é certo que casos relevantes de violações ao direito à moradia poderão ser apreciados pela Comissão e, havendo sucesso no trâmite do processo, serão solucionados no âmbito da Comissão mesmo ou, não havendo possibilidade de solução neste órgão da OEA, poderão ser enviados para a apreciação pela Corte Interamericana.

CAPÍTULO V

CONSIDERAÇÕES FINAIS – AS PERSPECTIVAS PARA O DIREITO À MORADIA E SUAS GARANTIAS

O direito à moradia foi reconhecido formalmente pela Constituição da República como um direito humano fundamental. No entanto, um país como o Brasil, repleto de mazelas sociais, encontra sérias dificuldades para o cumprimento das obrigações impostas pela Carta Maior, especialmente para o fiel cumprimento dos direitos sociais expressos no artigo 6º.

O reconhecimento do direito à moradia pela Constituição representou, sem dúvida alguma, um avanço institucional. É a partir do reconhecimento de um direito como um direito humano fundamental que ele passa a obter maiores atenções dos operadores do direito, gerando o ambiente propício para que tenha suas garantias desenvolvidas no âmbito legal. As garantias atualmente existentes, expostas no presente trabalho, embora sejam suficientes para impulsionar de forma mais acelerada a execução de políticas habitacionais consistentes no país, ainda são insuficientes para que possamos vislumbrar, em curto período, o fim do problema habitacional brasileiro.

De fato, muito ainda há a se evoluir. Um grande debate travado durante a II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – HABITAT II foi o grau de reconhecimento que se poderia dar ao direito à moradia no texto final da Conferência, a Agenda Habitat. A redação final ficou aquela acima desenhada, na qual a moradia figura como um direito humano fundamental, mas de realização progressiva, devendo os governos tomarem as medidas necessárias para a sua plena realização. Ora, decerto não foi a melhor redação, embora tenhamos que reconhecer que muito se evoluiu.

Interessante ressaltar aqui que o texto final incluído na Agenda Habitat foi uma imposição dos Estados Unidos da América - EUA, que não assinariam o texto caso não se declarasse expressamente que a moradia é um direito de realização progressiva. Segundo os representantes daquele país na Conferência, na hipótese de se incluir um texto declarando a moradia como um direito humano fundamental, sem a ressalva da progressividade, eles estariam criando, dentro dos EUA, uma obrigação do Estado de prover moradia para todo e qualquer cidadão que comprovasse não ter onde morar. Ou seja, para o sistema de proteção dos direitos humanos vigente nos EUA, a simples assinatura da Agenda Habitat, com a declaração da moradia como um direito humano fundamental, poderia gerar uma enxurrada de ações judiciais cujo pedido seria uma moradia. E, segundo os representantes americanos, haveria grandes chances dessas ações serem julgadas contra o governo e a favor do cidadão que necessitava de uma moradia.

Decerto que para o Brasil a realidade não seria semelhante, embora essa experiência tenha sido fundamental para enxergarmos, definitivamente, qual seria a melhor e mais eficaz garantia jurídica do direito à moradia: o direito de ação cujo pedido seria obter do governo uma moradia digna. Essa a melhor evolução que as garantias do direito à moradia poderiam atingir. Infelizmente ainda estamos longe disso, embora caminhemos nesse sentido.

O sistema de proteção dos direitos humanos vigente no Brasil, como demonstrado, é formado pela integração do direito interno com o direito internacional, nos termos definidos na Constituição Federal. Sempre que as garantias internas mostrarem-se insuficientes para a plena realização do direito à moradia, caracterizando uma violação a esse direito pelos governantes brasileiros, haverá a possibilidade de se recorrer às instâncias internacionais de proteção dos direitos humanos.

Daí resulta uma importante questão: como identificar, em um direito de realização progressiva, a sua violação? A resposta a essa questão deve ser feita através da

identificação das obrigações assumidas pelo Brasil com relação a esse direito para, a partir daí, identificar se há ou não a violação. Podemos dividir as obrigações do Estado brasileiro em quatro grandes tipos de obrigação: a obrigação de reconhecer e respeitar; a obrigação de promover; a obrigação de proteger e; a obrigação de prover e assegurar.

A primeira obrigação básica, portanto, é a de reconhecimento e respeito do direito à moradia como um direito humano fundamental. Com relação ao reconhecimento o Brasil andou bem com a inserção do direito à moradia no texto do art. 6º da Constituição Federal, que finalmente reconheceu expressamente a moradia como um direito fundamental. O reconhecimento traz embutida a idéia de respeito. Assim, o Estado brasileiro está proibido de agir de qualquer forma que atente ao direito à moradia. Por exemplo, se quaisquer dos entes federativos brasileiros tiver um problema de invasão a áreas públicas e necessitar remover os ocupantes, não poderá simplesmente executar a remoção sem antes prover a todos os ocupantes um destino seguro, com uma moradia digna para que possam viver. A moradia pode até ser provisória, desde que haja o comprometimento estatal sobre o destino definitivo dessas pessoas, que deverá ser uma moradia digna permanente.

A obrigação de promover o direito à moradia envolve tanto iniciativas legais no sentido de dotar esse direito de garantias eficazes quanto iniciativas políticas no sentido de executar programas habitacionais voltados à promoção do direito à moradia. No campo das iniciativas legais, deve-se ter em mente a construção de um arcabouço legislativo que tenha como objetivos finalísticos promover o acesso igualitário às moradias, com uma justa distribuição de terras e propriedades; regularizar ocupações irregulares consolidadas, resgatando todo o investimento social realizado; criar mecanismos de financiamento de moradias acessíveis aos grupos mais vulneráveis; evitar despejos sem que haja alternativa habitacional para os despejados, dentre outras medidas. No que se refere às políticas públicas, um primeiro passo seria a adoção de um Plano Nacional de Habitação que

colocasse a moradia dentro dos esforços prioritários dos governos, visando a meta de moradia adequada para todos. Esse plano deve envolver um diagnóstico preciso do atual déficit e dos tipos de dificuldades existentes para a plena realização da moradia no Brasil, definindo objetivos claros de como realizar progressivamente esse direito, assim como apresentando as medidas possíveis de serem tomadas para atingir a meta traçada

A obrigação de proteger o direito à moradia impõe ao Estado o dever de evitar quaisquer atos que atentem contra o direito à moradia de todos os cidadãos. O Estado deve agir contra todas as ações que tenham como resultado piorar a situação habitacional no país. A proteção do direito à moradia envolve muito mais do que a proteção do direito à propriedade, já que aquela deve atingir não só os proprietários mas todos aqueles que, de alguma forma, ocupam um lugar para viver, mesmo que esse lugar não seja de sua propriedade. A proteção do direito à moradia será tanto mais eficaz quanto mais institucionalizada estiver essa obrigação dentro do Estado brasileiro. Sendo assim, deve-se ter em vista a criação de um Ministério da Habitação ou de uma agência especializada em desenvolver as ações de promoção e proteção do direito à moradia no país.

Finalmente, a obrigação de prover e assegurar o direito à moradia inclui políticas interventivas e medidas específicas, necessárias para fazer com que todas as pessoas que, por alguma razão, não tenham condições de obter uma moradia digna, consigam um local para viver com dignidade e segurança. Isso exige dos governos medidas como subsídios para a compra de moradias, benefícios fiscais, financiamentos a fundo perdido, dentre outras medidas capazes de aumentar a capacidade da população brasileira para aquisição de moradias. As associações de bairro e organizações não governamentais devem ser utilizadas como parceiras do Estado na execução dessas políticas, sendo importantes atores complementares na busca da plena realização do direito à moradia, fundamentais para o desenvolvimento de programas focados na auto-gestão e em mutirões,

pela capacidade técnica de gerir os recursos necessários e organizar as forças de trabalho existentes.

Dentro das obrigações acima levantadas, algumas ações podem ser tomadas no Brasil para que o direito à moradia seja tratado de maneira mais eficaz. Dentre essas ações destacam-se a necessidade de criação de um órgão federal voltado especificamente para a questão habitacional, seja um órgão ministerial ou uma agência especializada. A moradia é um direito humano fundamental e como tal deve ser tratada dentro da organização do Estado. A mesma diretriz deve ser adotada nos níveis estadual, distrital e municipal.

Da mesma maneira, deve-se criar uma fonte de financiamento perene e constante para a realização progressiva do direito à moradia. Uma idéia bastante defendida na sociedade civil organizada é a de criação de Fundos de Moradia, que contariam com fontes de recursos próprios e seriam focada essencialmente na construção de novas moradias ou na adoção de políticas de recuperação e aproveitamento de moradias já existentes mas em condições inadequadas ou irregulares.

Visando a participação direta da sociedade civil organizada na gestão das políticas habitacionais, também mostra-se imperiosa a adoção de Conselhos de Habitação nos níveis Federal, Estadual, Distrital e Municipal, com as finalidades de acompanhar a gestão dos Fundos de Habitação e de acompanhar a formulação e execução das políticas habitacionais.

A aprovação do Estatuto da Cidade também mostra-se um importante avanço em busca da plena realização do direito à moradia. Os instrumentos ali desenhados podem significar garantias bastante eficazes, desde que haja a vontade política e a destinação de recursos para a sua implementação. Caberá aos Municípios capitanear essa importante missão, já que grande parte dos instrumentos deve ser aplicada exclusivamente no nível municipal de gestão.

Finalmente, o direito à moradia necessita, para que possa evoluir rumo à plena realização, que o Poder Judiciário tenha maior sensibilidade à causa, dando-lhe o peso constitucional que possui. O reposicionamento do direito à moradia deve ser feito de forma ampla, sistemicamente, de forma a se adotar interpretações jurídicas adequadas. Nesse sentido, as ações diretas de inconstitucionalidade contra leis orçamentárias ou políticas públicas que não dêem o correto tratamento ao direito à moradia devem ser admitidas e discutidas. As ações de despejo e reintegração de posse devem ser confrontadas com o direito à moradia para se sopesar, caso a caso, qual o bem jurídico que deve ser protegido, lembrando-se sempre que a moradia é um direito humano fundamental, constitucionalmente reconhecido, e que como tal deve ser tratado.

O trabalho aqui desenvolvido presta-se ao objetivo de ampliar as discussões sobre o direito à moradia e a necessidade de seu pleno atendimento no Brasil. As precárias condições habitacionais de grande parte de nossa população exigem que aprofundemos ao máximo os temas aqui abordados, no sentido de aperfeiçoar, dentro do jogo democrático e do Estado de Direito, os instrumentos jurídicos visando o correto tratamento que esse importante direito humano deve ter no país.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José, *Aplicabilidade Das Normas Constitucionais*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1982, Títulos II, III e IV.
- AFONSO DA SILVA, José, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, 2ª Ed., 1995.
- AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, ed. Malheiros, 13ª ed., 1997.
- ALFONSIN, Betânia de Moraes, *Direito À Moradia. Instrumentos E Experiências De Regularização Fundiária Nas Cidades Brasileiras*, Fase-GTZ-IPPUR/UFRJ, 1997.
- BALEIRO, Aliomar, *Direito Tributário Brasileiro*, 11ª edição, Editora Forense, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro, 1999
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Novos Aspectos Da Função Social da Propriedade*, in Revista de Direito Público n. 84 – out/dez 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Saraiva, 1995, 16ª ed.
- BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, Ed. Malheiros, 9ª edição, São Paulo, 2000.
- BRITANNICA, *Encyclopaedia*, Chicago, 1952
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1997, Volumes 1 e 2.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos*, Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, vol. 46, n. 182, p. 33, jul/dez 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª edição, Ed. Almedina, Coimbra, Portugal, 1999
- CENTRE ON HOUSING RIGHTS EVICTIONS, *Legal Sources of the Right to Housing in International Human Rights Law*, Fevereiro 1992.
- CENTRE ON HOUSING RIGHTS EVICTIONS, *Sources 2*, Cohre Booklet Series, março 1993

- CENTRO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA ASSENTAMENTOS HUMANOS, *Shelter Provision and Employment Generation*, Nairobi, 1997
- CENTRO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS, *Professional Training Series n 4*, United Nations Publication, Nova Iorque, 1995.
- CENTRO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITOS HUMANOS, *Manual de Preparacion de Informes Sobre Los Derechos Humanos*, United Nations Publication, Nova Iorque, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder, *Ensaio Sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas*, Revista dos Tribunais, volume 737, ano 86, mar. 1997, p.17.
- COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 1999, Editora Saraiva, São Paulo.
- COMPARATO, Fábio Konder, *Garantias Fundamentais*, texto apresentado no Curso de Pós Graduação da Universidade de São Paulo, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 1999, Editora Saraiva.
- DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 16ª ed., São Paulo, Saraiva, 1991, p.179
- GRAU, Eros Roberto, *Direito Urbano*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, London, Collier, MacMillan.
- JACQUES, Paulino – Curso de Direito Constitucional, 9º Ed., Forense, p. 277
- LAFER, Celso, *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos - Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, Companhia das Letras, 2ª edição, 1998, São Paulo.
- LAFER, Celso, *A Reconstrução Histórica dos Direitos Humanos*, Companhia das Letras, 2ª edição, 1998.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo, *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e LIMA, Ruy Cirne, Das Servidões Administrativas*, RDP 5/24 *Internacional*, São Paulo, Forense, 1984
- LINO, Deputada Federal Regina, em justificativa ao substitutivo apresentado do Estatuto da Cidade, de autoria do Deputado Pauderney Avelino.

- LOURENÇO, Rodrigo Lopes, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, 2º Ed
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 23ª ed., editora Malheiros, 1998
- MICHAELIS, *Moderno Dicionário da Língua Portuguesa*, Melhoramentos
- MIRANDA, Paulo, *Manual de Direito Constitucional*, Parte IV, p. 70
- MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2ª edição, Coimbra Editora, 1998
- MONTEIRO, Washington de Barros, *Curso de Direito Civil*, Vol. 1, Ed. Saraiva, 29ª Ed., 1990
- MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, São Paulo, Abril, 1973
- NIKEN, Pedro, *El Concepto de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Serie Estudos de Derechos Humanos, Tomo I.
- PIOVESAN, Flavia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, Max Limonad, 1996
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di, *Servidão Administrativa*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978
- PIOVESAN, Flavia, *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*.
- QUEIROZ, Luiz César de, *Questão Urbana, Desigualdades Sociais E Políticas Públicas*, Relatório de Projeto, Rio de Janeiro: IPPUR/UFRJ, p.B-3.
- REVISTA Trimestral de Jurisprudência 131/1.001, 131/1.007, 135/905, 138/436, 139/73, 140/36, 141/739, 146/483, 147/82, 147/545, 152/742, 153/765, 156/767 e 159/775.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *O Contrato Social*.
- SAULE JUNIOR, Nelson, *Direito à Cidade: Trilhas legais para o Direito às Cidades Sustentáveis*, Max Limonad, 1999
- SÓFOCLES, Antígone, Ediouro, tradução de J.B. Mello e Souza, 18ª ed
- SOUZA SANTOS, Boaventura, *Uma Concepção Multicultural Dos Direitos Humanos*, artigo publicado na Revista Lua Nova, número 12, abril 1998.
- STEFANINI, Lima, *A Propriedade no Direito Agrário*, São Paulo, ed. RT, 1978.

SODERO, Fernando Pereira, *Curso De Direito Agrário 2: O Estatuto Da Terra*,
Brasília, Fundação Petrônio Portella/MJ, 1982, p.25

THE RIGHT TO ADEQUATE HOUSING AND ITS GUARANTEES IN HUMAN RIGHTS PROTECTION SYSTEM

Master dissertation of Fernando Mussa Abujamra Aith

SYNTHESIS

International human rights law has been designed to protect the full range of human rights required for people to have a full, free, safe, secure and healthy life. The right to live a dignified life can never be attained unless all basic necessities of life – work, food, housing, health care, education and culture – are adequately and equitably available to everyone. Based squarely on this fundamental principle of the global human rights system, international human rights law has established individual and group rights relating to the civil, cultural, economic, political and social spheres.

Therefore, this research has as main object to identify, inside of the human rights protection system, how is the recognition of right to adequate housing and which are the existing guarantees of these right in Brazil. The dissertation has five chapters and intend to identify the degree of recognition and protection of the housing right inside the human rights system.

The first chapter approaches the importance of the housing right for human dignity and the ways this right is related to others human rights. Using statistical data and projections of the United Nations Organization, this chapter analyzes housing issue worldwide and in the Brazilian reality. Nowadays, housing is an issue that surpasses territorial limits of one determined Government and has been discussed in all countries around the world and in third sector organisms.

Brazilian urbanization process and its problems are approached with special attention, considering the fact that Brazil has a deficit of six million houses, according to data presented in November of 2001 by the Secretariat of Urban

Development of the Federal Government (there is another data about it, produced by Foundation João Pinheiro, that has pointed a deficit of ten million houses in Brazil). It is clear that, in one way or another, Brazil has an enormous housing deficit; so big that it is not possible to glimpse a short-term final solution, what makes more necessary to find efficient tools to protect the right to housing.

The great challenges in housing rights issue in Brazil today are to identify how the right to the housing is recognized inside human rights protection system and to verify which are the existing guarantees to transform housing right in a Brazilian reality. Based on efficient guarantees, Brazil will be able to have a reduction of housing deficit, offering to society the necessary legal instruments to promote, protect and recover housing right in Brazil. Following this direction, at the end of the first chapter are presented a definition of housing right, recognizing it as the basic right of access to healthy, secure and accessible housing, supplied with potable water, wasting water system and basic public services.

The second chapter presents the human rights protection system, focusing the existing instruments that protect housing right. The historical evolution of the human rights and the existing conceptual difference between human rights and fundamental rights are important elements for a comprehensive approach of the right to adequate housing. The historical origins of human rights allows a proper approach to the structure of the human rights protection system, constructed with the union of national and international legal system. Therefore, this integration is full analyzed, including the interpretation of how the 1988 Federal Constitution accepts international laws as Brazilian laws.

Finally, the second chapter presents the principles of the human rights protection system, that must be considered in an study of the housing right. So, the following principles of human rights protection system, which are valid for all human right, included housing right, are analysed: universality, progressive implementation,

indivisibility, interdependence, irrevocability. For its full accomplishment, housing right demands that all these principles are respected.

The third chapter intends to identify the degree of recognition given to housing right inside human rights protection system. Called "housing right as a fundamental right", the chapter studies the amplitude of the sixth article of Brazilian Constitution, that clearly foresee the housing right as a social right, including this right into the roll of basic rights.

Beyond the internal recognition of housing right, this research approaches how the international instruments of human right protection recognizes the right to adequate housing. International law counts with several instruments on housing right, considering it as a human right to be promoted and respected. It can be highlighted the United Nations Chart, Universal Declaration of Human Rights; International Covenant Economic, Social and Cultural Rights; and Habitat Agenda, document signed by 165 countries during the II United Nations Conference on Human Settlements – HABITAT II.

Housing right was formally recognized by Brazilian Constitution as a basic human right. However, a country as Brazil, full of social problems, has serious difficulties to attend to all the obligations demanded by its Constitution, especially the obligations written in its sixth article.

The fact that the Brazilian Constitution affirmed the housing right as a fundamental right is, with no doubt, an important evolution. Once recognized as basic human right, the right to housing starts to receive more attention from the legal players, generating a proper environment to the discussions about this issue and to find out what are the existing guarantees to the full realization of housing right. The currently existing guarantees, studied in this document, are not enough to prompt stimulate the execution of consistent housing politics in Brazil. That means that the

instruments available are still insufficient to let us glimpse, in a short period, the end of the Brazilian housing problem.

In fact, there is much to do. A large discussion during II United Nations Conference on Human Settlements - HABITAT II was the degree of recognition that could be given to the housing right in the final version of the Conference Agenda. The final decision defines housing right as a progressive right, or as a basic human right with gradual accomplishment. It means that governments have to take the necessary measures for its full accomplishment in the shorter period, but don't have to give a house, immediately, to everyone that needs and demands house to live. Certainly it was not the best way to protect the right to adequate housing, specially for those who don't have a place to sleep today. But we have to admit that the formal recognition was a great evolution. The challenge now is to develop good guarantees to protect the right to adequate housing, with special attention to vulnerable groups.

The fourth chapter is the most extensive and also the most important in terms of housing right protection. It presents the existing guarantees inside basic human rights system, devoted to promote, protect and recover the housing right. The protection of the right to housing in Brazil is treated in a special way, starting with constitutional guarantees. Besides this, it is possible to develop the guarantees for the social function of the property, for the agricultural and urban constitutional process to give the property for those who occupies a land for more than five years title and for State planning. Also, the dissertation analyzes other constitutional guarantees, such as the direct action of unconstitutionality that can be done against violations to right to housing, the class action and other instruments that allow to discuss, with the Supreme Court or others courts, the constitutionality of laws and policies.

One great evolution to guarantee housing right in Brazil is the Law 10.257, published in July, 10th, of 2001, named Statute of The City. This internal

instrument brought an important broad of guarantees that can be used in favor of the right to housing. This research analyzes in a very detailed way the planning instruments, such as the Managing Plan and the National and State Plans of ordinance of the territory; the financial and tributaries instruments, such as Urban Territorial Property Gradual Tax, the special assessment and the tax incentives; and other legal instruments, such as the dispossession, administrative servitude, concession of real right of use, among others.

Sometimes, the existing instruments in Brazil do not allow a proper protection to the right to adequate housing. In these cases, human rights protection system offers a set of international guarantees that can and must be used by all those that take knowledge of violations against the right to housing. The research was developed with focus in the two main multilateral international organisms that Brazil is part: the Organization of the United Nations and the Organization of the American States.

In the scope of the United Nations, the intentions and principles of the United Nations Charter are analyzed, to give an overview of the protection system under United Nations responsibility. Also are analyzed each one of the agencies that United Nations have to protect human rights and the right to housing. The Human Rights Commission, the Economic and Social Council and the Center for Human Rights, are the main instruments in the United Nations to protect human rights and the right to housing. There also is the Commission on Human Settlements, located in Nairobi, Kenia. Besides that, we can count, under the United Nations net of protection, specific committees of protection of human rights, as the Committee of Human Rights and the Committee of Economic, Social and Cultural Rights. Finally, the research deepens some guarantees displayed in the Agenda Habitat, as the guarantee of access to the land and to a system of protection against evictions.

With relation to the Organization of American States, the guarantees are in the American Convention of the Human Rights. Under the American States

Organization there are the Interamerican Commission of Human Rights and the American Court of Human Rights. These two agencies are essential for the defense of the right to housing in the international scope, and have been demonstrating to be, for the Brazilians, one of the main ways to claim against human rights violations in the international plan.

The human rights protection system in Brazil, as demonstrated, is formed by the integration of the domestic law with the international law, in the terms defined in the Federal Constitution. Always that the internal guarantees reveal to be insufficient for the full accomplishment of the right to housing, characterizing a violation against this right, there will be the possibility to require to the international instances the protection of the human rights.

Once the study is about right to housing, known as a right to be realized in a progressive way, an important question results: how to identify, in a right of gradual accomplishment, its violation? The reply to this question must be made through the identification of the obligations assumed by Brazil with regard to this right and, from there, identify if there had been the violation or not. We can divide the obligations of the Brazilian State in four great types of obligation: the obligation to recognize and to respect, the obligation to promote, the obligation to protect and, the obligation to provide and to assure.

The fifth and last chapter of the dissertation presents the conclusions. First of all, it is important to highlight that the right to housing is formally recognized by the Brazilian Constitution, being a fundamental right that must be promoted and respected. Although recognized formally, the right to housing still is a distant reality for many Brazilians, what emerge the importance to develop efficient guarantees for its promotion and protection, in special the promotion of this together the most vulnerable groups of our society. As shown, the human rights protection system presents a great armory of guarantees, that must be appropriate by the citizens and the public agents, so that they can be used to the full

accomplishment of the right to housing. The deficit is still high, but, certainly, with adequate instruments and correct policies, the trend is that the deficit will be reduced in a real progressive way. Besides the guarantees that still are to be implemented in the country, it can be detached the necessity of creation of a permanent source to finance the production and acquisition of houses, as well as the necessity of creation of a specific agency, in all levels, to take care exclusively of housing issues.

The obligation to promote the right to the housing in such a way involves legal initiatives in the direction to assure to this right efficient guarantees, such as initiatives towards housing programmas devoted to vulnerable groups. In the field of the legal initiatives, the legislative construction must be built to assure equal access to housing right, with a fair distribution of lands and properties. For that, some actions must be made, as to regularize consolidated irregular occupations; to create mechanisms of financing houses for vulnerable groups; to prevent forced evictions or evictions without housing alternatives for the evicted.

In that way, the first action should be the adoption of a National Plan of Habitation, putting housing s a priority issue of the governments, aiming at the goal of adequate housing for all. This plan must involve a necessary diagnosis of the current deficit and the types of existing difficulties for the full accomplishment of the housing in Brazil, defining clear goals, as well as presenting the objective measures to be taken to reach the traced goal.

The obligation to protect the right to housing imposes to the State the duty to prevent any acts that attempt against the right to housing of all citizens. The State must act against all actions that can make things get worse.

The approval of the Statute of the City reveals an important advance for the full accomplishment of the right to housing. The instruments drawn there can mean guarantees sufficiently efficient, if well implemented. The Statute of The City will

help to command this important mission, specially in local level, since great part of the instruments must be applied exclusively in the municipal level of management.

Finally, right to housing needs that the Judicial Power has greater sensibility to the cause. The right to housing have to be made in a broad approach, including the adoption of adequate legal interpretations. In this direction, the Supreme Court, when called to protect the right to housing, as well as all Brazilian courts, shall give the correct handling to the issue, protecting always those in vulnerable position. The evictions, forced or legal, must be avoided. The decisions must considerate that the right to adequate housing is a fundamental right that must be respected as well or more than the right to property.

The developed research is useful to understand the right to housing and the necessity of its full attendance in Brazil. The precarious housing conditions of great part of brazilian population demands a large action from governments and the civil society, in the direction to the full accomplishment of right to adequate housing. No one can live with dignity without a house to live, and this research tries to bring some light to the discussions about how to accomplish the right to adequate housing.