

DIREITO A MORADIA DIGNA NO BRASIL: Análise do surgimento, evolução e problemas atuais para a efetivação deste direito.

Indianara Aparecida de Oliveira Ferreira

Orientadora: Dra. Ana Cristina Zadra Valadares Warszawiak

RESUMO

O presente estudo tem como finalidade entender como se deu a inserção do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro nos moldes contemporâneos, considerando as recomendações advindas dos tratados internacionais e os programas utilizados pelo estado brasileiro para resolução do problema habitacional no país. Entre os problemas identificados para alcançar a efetividade das políticas públicas para o alto número de pessoas desprovidas do direito básico a habitação, está a fragmentação, desarticulação e descontinuidade das políticas habitacionais nos três poderes, além da diminuição drástica dos recursos destinados ao tema. Outra questão que merece ser debatida é a utilização da Teoria da Reserva do Possível, que erroneamente é utilizada pelo poder público se eximir de suas obrigações. Diante do padrão ineficiente de gestão dos programas habitacionais, faz-se relevante o estudo do tema, para que se possa avaliar as possibilidades existentes para a diminuição do déficit habitacional que sejam realistas aos recursos existentes para seu atendimento.

ABSTRACT

The present study aims to understand how the right to housing was included in the Brazilian legal system along with contemporary terms, considering the recommendations departing from international treaties and the programs used by the Brazilian state to solve the housing problem in the country. Among the problems identified to achieve the effectiveness of public policies for the high number of people without the basic right to housing, is the fragmentation, disarticulation, and discontinuity of housing policies in the three powers, in addition to the dras-

tic decrease in resources allocated to the theme. Another issue that deserves to be debated is the use of the Theory of The Reserve of The Possible, which is mistakenly used by the public authorities to exempt itself from its obligations. Given the inefficient pattern of management of housing programs, the study of the theme is relevant, so that it can evaluate the existing possibilities for reducing the housing deficit that is realistic to the existing resources for its care.

Keywords: housing; housing; human rights; social rights; international law; treaties; theory of the reservation of the possible; right to the city.

1 INTRODUÇÃO

O direito à moradia está previsto no artigo 6º da Constituição Federal, no rol dos direitos sociais, e é trabalhado em vários diplomas internacionais de direitos humanos. Apesar de vários instrumentos o garantirem, é um direito complexo para se trabalhar, visto a dificuldade para sua implementação de forma satisfatória. O déficit habitacional brasileiro de 7,9 milhões de moradias em todo o país, correspondente a 14,9% do total de domicílios, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Continua, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹.

Este trabalho visa a análise do contexto habitacional brasileiro, levando em consideração a construção histórica deste direito, através dos programas sociais adotados ao longo do tempo, a influência dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, que levaram a inserção do direito à moradia na Constituição Federal. Também, serão analisados os programas sociais contemporâneos, em especial o programa Minha Casa Minha Vida e seu sucessor, o Programa Casa Verde e Amarela, e o motivo destes programas, apesar de abrangentes, não resolverem minimamente a questão.

Além de importante por si só, o direito à moradia é importante pois se encontra vinculado a outros direitos humanos. Condições de habitação e de vida inadequadas e deficientes são invariavelmente associadas com as mais altas taxas de mortalidade e morbidade. Apesar da centralidade da habitação na vida de todas as pessoas, poucos direitos humanos têm sido tão frequentemente violados quanto o direito à moradia.

1 IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores: 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2021

O presente trabalho terá como base um estudo doutrinário e legal referente à aplicabilidade do direito à moradia, garantido pela Constituição Federal e por diversos tratados internacionais sancionados pelo Brasil. Neste caso, optou-se pelo método dedutivo.

A técnica utilizada no trabalho será a pesquisa teórica, que consiste na investigação sobre o tema estudado com base em referências bibliográficas, que possibilitem a instrução teórica, assim como dados oficiais referentes ao direito à moradia, utilizando-se para tanto do método dedutivo.

Portanto, este trabalho busca analisar o problema para a concretização do direito à moradia no âmbito brasileiro, levando em consideração seu histórico e as formas que o governo brasileiro utilizou em tentativa de resolver ou amenizar o problema e porque estas tentativas fracassaram.

2 A INCLUSÃO DO DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

O direito à moradia é um direito complexo. Ele faz parte do rol dos direitos sociais, econômicos e culturais, introduzidos pelo constitucionalismo do Estado social (Constituição Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919), as quais defendem que todo ser humano faz jus a direitos que garantam o mínimo existencial. Por conta disto se ligam inerentemente a dignidade da pessoa humana.

Como tem natureza prestacional, surge a cobrança frente ao Estado para que cumpra o papel de garantir estes direitos. Por mais que os direitos de primeira geração tivessem em seu texto a defesa da igualdade, a simples menção sem normas que garantissem esta igualdade não a tornava concreta.

Sendo assim os direitos ligados a igualdade passaram a ser recepcionados em tratados internacionais e constituições ao redor do mundo. Conforme o que defende Carmen Lúcia Antunes Rocha “a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim, e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa (...)”².

2 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. 2001. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 06 maio 2021.

2.1. O direito à moradia como direito humano.

Referente ao direito à moradia como direito humano, defende Ingo Wolfgang Sarlet³ que não há como existir liberdade sem a pessoa ter um local adequado para viver com o mínimo de saúde e bem-estar. Defende o autor que a propriedade constitui um espaço de liberdade da pessoa, e que sem ela não resta garantida sua dignidade, assim como, a depender do caso, a sua própria existência física.

Por ser o direito à moradia um direito tão complexo, também suas eventuais soluções são complexas, devendo se desenvolver ao longo do tempo, de forma gradual, porém não pode de forma alguma por conta desta complexidade ser abandonado pelo poder público, o qual não pode se omitir diante da ineficácia das políticas públicas adotadas, devendo transformar estas regras em realidade concreta.

Sendo assim nunca deve ser considerado que a obediência a estas normas ligadas a dignidade da pessoa humana discricionário do legislador. Segundo Rafael Lessa Menezes, “o direito à moradia tem ampla previsão normativa nacional e internacional. A sua enunciação é quase tão amplamente realizada quanto a sua inefetividade”⁴.

A partir disto, mostra-se necessário como ocorreu a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais na Constituição Federal, assim como é necessária a análise da forma como este direito foi historicamente tratado pelo estado brasileiro, para que se possa entender o porquê do imenso déficit habitacional no país.

2.2. O direito à moradia nos tratados e convenções internacionais.

A previsão quanto ao direito à moradia no âmbito internacional é extensa e não há dúvidas acerca da sua legitimidade. A questão que levanta questionamentos é claramente sua efetivação, já que, dentre os direitos humanos, ele é um dos mais violados. Segundo Ana Paula de Barcellos “uma das questões centrais dos direitos é, efetivamente, como garanti-los, já que a previsão normativa nem sempre é suficiente para que, no mundo dos fatos, eles sejam assegurados.”⁵

3 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. Atual. e amp.; 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

4 Menezes, Rafael Lessa V. de Sá. Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais. Edição do Kindle. Pg. 1321

5 BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018. Pg. 431

Entre as declarações internacionais, destaca-se, por sua abrangência, a Declaração Universal dos Direitos humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, por meio da resolução n. 217-A da Assembleia Geral, com a aprovação de 48 Estados, com 8 abstenções, o que confere a Declaração um caráter de plataforma comum de ação, com a consolidação de uma ética universal a ser seguida pelos Estados. Ela é considerada o produto de uma cooperação intelectual e moral das nações.

A Declaração estabelece, tanto direitos civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais, segundo Flávia Piovesan “combina, assim, o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade”⁶.

Entre os direitos sociais previstos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos está o direito à habitação, no art. XXV, item 01:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle⁷.

Já o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no art. 11, item 1, dispôs que:

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

6 PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 18ª edição, Saraiva, 2018, pg 231

7 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

Neste caso, destaca-se a questão da chamada “moradia adequada”, que pressupõe que a habitação não deve ser apenas constituída de um teto sobre a cabeça do indivíduo, mas sim deve preencher requisitos para o atendimento do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à moradia é também previsto em tratados específicos, como por exemplo a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, art. V:

Em conformidade com as obrigações fundamentais enunciadas no artigo 2, os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas as suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei, sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: (...) e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: i) direitos ao trabalho, à livre escolha de trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho, à proteção contra o desemprego, a um salário igual para um trabalho igual, a uma remuneração equitativa e satisfatória; ii) direito de fundar sindicatos e a eles se afiliar; iii) direito à habitação; iv) direitos à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais; v) direito à educação e à formação profissional; vi) direito à igual participação nas atividades culturais.

Ainda se tratando de tratados específicos a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, em artigo que trata especificamente da mulher que vive em zona rural, art. 14.2, item h, também prevê o direito à moradia:

Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: (...) h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações.

Além disso, o direito à moradia também está previsto na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, art. 27, item 03:

Os Estados Partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação.

Um acontecimento especialmente relevante quando se fala em direito à moradia é a conferência na qual se estipula a chamada Agenda HABITAT, que ocorre a cada 20 anos, levando sempre em consideração “os contextos históricos, o padrão de urbanização e o grau de evolução da compreensão sobre o fenômeno do desenvolvimento urbano correspondente ao período em que o evento se realizava”.

A Agenda HABITAT I provém da Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, decorrente da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos de 1976, que dispõe, nas Seções II.1 e III.8, respectivamente, que:

A melhoria da qualidade de vida dos seres humanos é o primeiro e mais importante objetivo de qualquer política de assentamento humano. Estas políticas devem facilitar a melhoria rápida e contínua da qualidade de vida de todas as pessoas, começando com a satisfação das necessidades básicas de alimentação, abrigo, água limpa, emprego, saúde, educação, formação, segurança social, sem qualquer discriminação no que se refere a raça, cor, sexo, língua, religião, ideologia, origem nacional ou social ou outras causas, no quadro da liberdade, dignidade e justiça social;

Neste documento especifica-se o conceito de moradia digna, que fora anteriormente prevista no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, explicitando sua relação com uma concepção ampla de qualidade de vida.

Com a crise dos Estados sociais após o desmantelamento do Estado Soviético, nota-se, na segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, em 1996, uma mudança de discurso se comparada à primeira, tendo um caráter muito mais patrimonialista, dando uma maior importância às parcerias privadas, estabelecendo que, com “a participação dos nossos parceiros públicos, pri-

vados e não-governamentais, em todos os níveis” se busca assegurar a garantia legal de posse, a “proteção contra discriminação e igual acesso a moradias adequadas, a custos acessíveis, para todas as pessoas e suas famílias”.

Na Agenda HABITAT desta conferência vários parágrafos se referem aos direitos humanos e ao direito à moradia, em especial o parágrafo 61, que enuncia regras não exaustivas quanto as ações que o poder público deve realizar para a alcançar a aplicação eficaz do direito à moradia, segundo o referido artigo:

Desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o direito à habitação adequada tem sido reconhecido como um componente importante direito a um padrão de vida adequado. Todos os Governos, sem exceção, têm responsabilidades no setor habitacional, conforme exemplificado pela criação de agências ou ministérios de habitação, pela alocação de fundos e por suas políticas, programas e projetos para o setor. A provisão de moradia adequada para todos exige ação não somente por parte de Governos, mas de todos os setores da sociedade, incluindo o setor privado, organizações não governamentais, comunidades e autoridades, além de organizações parceiras e entidades da comunidade internacional. Dentro do contexto geral de uma abordagem facilitadora, Governos devem empreender as ações apropriadas de forma a promover, proteger e garantir a realização progressiva e total do direito à habitação adequada.

A Nova Agenda Urbana (Agenda Habitat III) foi adotada na Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III), realizada em Quito (Equador), em 20 de outubro de 2016. Foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) no 68º encontro plenário para a sua 71ª sessão em 23 de dezembro de 2016, e trata do direito à moradia em seu artigo 13, alínea a:

13. Vislumbramos cidades e assentamentos humanos que:

(a) cumpram sua função social, inclusive a função social e ecológica da terra, com vistas a alcançar, progressivamente, a plena concretização do direito à moradia adequada como um componente do direito a um padrão de vida adequado, sem discriminação, com acesso universal a sistemas de abastecimento de água potável e saneamento seguros e acessíveis, assim como acesso igua-

litário para todos a bens e serviços públicos de qualidade em áreas como segurança alimentar e nutrição, saúde, educação, infraestrutura, mobilidade e transporte, energia, qualidade do ar e subsistência;

A Agenda Habitat III teve grande participação do Brasil em sua formulação por conta da Carta Mundial do Direito à Cidade, apresentada no Brasil no II Fórum Social Mundial, que aconteceu em Porto Alegre em 2002, posteriormente a aprovação do Estatuto das Cidades. A Carta Mundial do Direito à Cidade rodou o mundo durante alguns anos, por meio de variados institutos sociais, tendo seu texto sendo amplamente aperfeiçoado.

A grande novidade foi o reconhecimento do direito à cidade como direito humano. O direito à cidade é definido, segundo a Carta Mundial do Direito à Cidade, no parágrafo 2 seu artigo 1º como “(...) o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios de sustentabilidade, democracia, equidade e justiça social (...)”.

O direito à moradia também está previsto na Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992. Em seu capítulo 7, item 6: “O acesso a habitação segura e saudável é essencial para o bem-estar físico, psicológico, social e econômico das pessoas, devendo ser parte fundamental das atividades nacionais e internacionais”.

Conforme se observa, muito se trabalhou ao longo dos anos para que o direito à moradia alcançasse o status de direito humano básico no âmbito internacional, porém mesmo assim continua sendo um problema, no Brasil e no mundo, em especial nos países periféricos, a sua concretização.

2.3. A inclusão do direito à moradia na constituição federal.

A partir da redemocratização brasileira iniciou-se a discussão quanto à prestação do direito à moradia pelo Estado. Em 2000, a partir da Emenda Constitucional n. 26, de 14 fev. 2000 foi incluindo no rol dos direitos econômicos, sociais e culturais o direito à moradia.

Quanto a incorporação de normas internacionais no direito interno brasileiro existe uma discussão feita por duas vertentes opostas: a monista que defende que não há limites entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional, assim quando ratificado o tratado ele obriga a ordem interna; e a dualista que, como o nome já diz, defende uma dualidade de ordens jurídicas, uma interna e outra externa, sendo indispensável um ato de introdução destas regras no plano do direito

interno positivo.

A teoria adotada pelo Brasil, segundo boa parte da doutrina, é a mista, que defende que os direitos humanos seguem a teoria monista, de inclusão imediata a partir da ratificação, e os demais direito precisam passar pela inclusão prévia no direito interno para vigorarem, ou seja, seguem a lógica da teoria dualista.

Por conta disto, antes da previsão expressa dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 fev. 2000, já se entendia que o direito à moradia era contemplado pela constituição pois decorre da proteção à dignidade humana e da meta de construção de uma sociedade justa, livre e igualitária

A inclusão formal é possível por conta do parágrafo 3º do artigo 5º da CF, que permite à atribuição do status de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem aos procedimentos contemplados na CF, entre eles a observância do quórum de três quintos dos votos dos membros de cada casa do congresso, a mesma quantia necessária para a aprovação de emendas constitucionais. No caso do direito à moradia estava incluso em vários dos Tratados e das Convenções Internacionais ratificados pelo estado brasileiro que versam sobre os direitos humanos.

3 OS PROGRAMAS HABITACIONAIS APLICADOS AO LONGO DA HISTÓRIA NO BRASIL

Para entender o problema da questão da moradia no Brasil é necessário analisar como sucedeu-se os programas habitacionais impostos pelo governo brasileiro na tentativa de solucionar o problema, e porque eles falharam em dar um resultado necessário a demanda.

3.1. A lei de terras: o início da regulamentação sobre a propriedade no Brasil.

Pode-se dizer que a questão fundiária brasileira nasce e desenvolve-se marcada pelo contexto político predominante no Brasil, ou seja, marcado por fortes manipulações jurídicas e grades injustiças sociais.

Com o fim da política das Sesmarias no Brasil, o que terminou por definir a questão fundiária brasileira foi a chamada Lei de Terras. A primeira grande lei neste sentido nasce diretamente ligada às discussões sobre o fim da escravidão no Brasil.

Em 1830 havia tentativas pela Regência para regulamentar a questão fun-

diária, através de variados decretos e leis pouco expressivas, mas foi após 1843 que, por conta das pressões externas, em especial da Inglaterra, para a abolição da escravatura, o Partido Conservador tentou aprovar o Projeto n. 94 sobre Terras e Colonização que, apresentado pelo Ministro da Marinha, o Deputado Joaquim José Rodrigues Torres, visava a garantia dos instrumentos jurídicos necessários para o resguardo do direito à propriedade e o monopólio do solo à classe rural da época.

O Projeto previa a regulamentação das sesmarias sem cultivo e das posses sem título e a criação de um imposto sobre a terra, com o qual o Governo cobriria os custos da importação de mão-de-obra estrangeira. Havia no Projeto restrição para impedir que o estrangeiro se tornasse proprietário, pois não poderia adquirir a terra pela posse e só poderia comprar a terra da União após terem trabalhado por no mínimo três anos no cultivo das terras.

A desigualdade já era bastante evidente antes da aprovação da Lei 601/1850, mas é inegável que se agravou desde então. Regulando a aquisição de terras ela determinou já em seu artigo 1º que o único meio para a aquisição de terras era a compra, com isto houve a deslegitimação ao acesso à terra pela ocupação ou posse neste período. Era uma estratégia armada se antecipando à abolição da escravatura, promulgada em 1888.

Segundo Torres, o objetivo era, primeiramente, encarecer o preço da terra, a tornando inacessível aos que só possuíam força de trabalho. O segundo objetivo era garantir a segurança dos proprietários contra os posseiros.

O projeto objetivava também agrupar a população dispersa, obtendo-se, desta forma, melhor rendimento do trabalho e produtividade, assegurando, também, o escoamento da produção, além de que, com o produto da venda de terras o Governo poderia controlar a imigração.

O que retardou a aprovação do Projeto foi a indústria cafeeira. Durante o período de sete anos os latifundiários ampliaram seus domínios, expulsando os pequenos posseiros das áreas dedicadas às lavouras de subsistência, só sendo aprovado o projeto às vésperas da abolição da escravatura, garantindo assim aos grandes latifundiários brasileiros domínio sobre as terras cultiváveis brasileiras.

Se inicia então a criação das áreas ilegais das cidades, chamadas de cortiços, onde alocam-se a parte pobre da população, que chega aos centros urbanos atrás de emprego e subsistência. Estas áreas, por conta da carência de seus habitantes, tornam-se habitat propício à violência e epidemias, por conta disto, a partir de 1856, o Estado, em uma reforma higienista a fim de atender aos ingressos da burguesia, baseando-se nas reformas ocorridas na Europa, passa a dificultar a construção de

novas moradias e, em alguns casos, inclusive demolindo moradias já construídas, para a construção de grandes avenidas na cidade.

Como, por óbvio, estas reformas não conseguem abrigar a classe trabalhadora residente nos cortiços, inicia-se um processo de periferização da classe mais pobre, que acaba sendo expulsa para os morros.

3.2. O primeiro programa habitacional brasileiro: SFH - Sistema Financeiro de Habitação.

No período de 1940-60 a população urbana brasileira passa de 41 milhões para 70 milhões de habitantes, com taxa de urbanização aumentando de 31% para 45%, com o déficit habitacional estimado em oito milhões de habitações, segundo o IBMEC de 1974⁸. Nesta época, especificamente em 1964, como uma resposta da recém implantada ditadura militar, surge o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), instituído pela Lei 4.380/64, objetivando a dinamização da política de captação de recursos para financiar habitações por meio das cadernetas de poupança e recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) através do Banco Nacional de Habitação (BNH).

O Sistema Financeiro de Habitação (SFH), era bastante parecido com o contemporâneo Minha Casa Minha Vida, sendo dividido em dois: um, o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), direcionado às classes média e alta, gerido por agentes privados ligados à construção civil, que serviam como uma espécie de intermediários entre o banco e o consumidor final e o outro, o BNH-FGTS, voltado para a classe de baixa renda, que era operado por agências estatais, por meio de Companhias Estaduais e Municipais de Habitação, sendo que os principais responsáveis pela construção dessas unidades habitacionais eram as Companhias de Habitação (COHAB). Os dois sistemas funcionavam por autofinanciamento, sendo necessário, portanto, que o adquirente provasse sua capacidade financeira para quitar a dívida, o que é claro prejudicava as classes mais baixas.

As fontes de recursos do SFH eram basicamente duas: (i) a arrecadação do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimos (SBPE), isto é, o conjunto da captação das letras imobiliárias e cadernetas de poupança; e (ii) a partir de 1967, o Fundo de Garantia por Tempo de Servi-

8 OSÓRIO, Letícia. Direito à Moradia no Brasil. Revista Eletrônica: Federação Nacional dos Arquitetos e Urbanistas. Brasília. 2004. Disponível em: <<https://www.fna.org.br/2004/09/09/direito-a-moradia-no-brasil/>> Acesso em: 24/05/2021

ço (FGTS), gerado a partir de contribuições compulsórias dos trabalhadores empregados no setor formal da economia. A idéia essencial do sistema era, pois, que “os imóveis eram (...) bons ativos para lastrear os passivos assumidos com os depositantes livres (em cadernetas ou letras imobiliárias) ou compulsórios (FGTS).”⁹

O Banco Nacional de Habitação (BNH) era o órgão garantidor do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), pois era ele quem gerenciava o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), sendo o órgão responsável pela normatização e fiscalização da aplicação dos recursos das cadernetas de poupança. Era o Banco Nacional de Habitação (BNH) quem definia as condições de financiamento das moradias para os consumidores finais, pois era ele quem tinha a incumbência de garantir a liquidez do sistema diante de dificuldades conjunturais.

O Sistema Financeiro de Habitação (SFH), em seu auge, entre 1976 e 1982, financiou cerca de 400 mil unidades habitacionais anuais no seu período de auge, porém ao longo da existência do Banco Nacional de Habitação (BNH) somente 33,5% das unidades habitacionais financiadas pelo Sistema Financeiro de Habitação (SFH) foram destinadas à habitação de interesse social, ainda levando em consideração que os financiamentos de interesse social eram muitas vezes destinados à classe média ao invés das classes baixas, fica claro que o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) não atingiu o objetivo de regularizar a questão fundiária brasileira, com isso as áreas periféricas continuavam a se expandir no Brasil.

Diante da ineficiência do Banco Nacional de Habitação (BNH) de solucionar as necessidades da população de baixa renda do país houve a criação de programas habitacionais especiais destinados às famílias de renda mensal inferior a três salários-mínimos. Tais programas, entre os quais se destacam PROFILURB, PRO-MORAR e João de Barro, visavam basicamente auxiliar a autoconstrução e atuar na reurbanização de áreas habitacionais degradadas, porém elas tiveram baixo desempenho quantitativo, pois das unidades financiadas, somente 17,6% são oriundas destes programas especiais.

⁹ ABDALLA, A. SFH: apogeu e declínio de um vigoroso modelo habitacional. In: SFI um novo modelo habitacional. São Paulo: ABECIP (Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança), 1996. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br>>. Acesso em: 13/12/2020.

3.3. O colapso do banco nacional de habitação

As décadas de 1970 e 1980 são marcadas pelo colapso do sistema de crédito habitacional com a extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH), em 1986. O agravamento da crise econômica levou ainda mais pessoas às áreas ilegais, intensificando o processo de concentração populacional urbana nos grandes centros, tendo a urbanização brasileira neste período superado os índices mundiais, chegando a 80% da população brasileira vivendo nas cidades, o que obrigou grande parte da população a continuar a instalar-se nas áreas periférica, tendo o Brasil na época alcançado o posto de terceiro pior país do mundo em distribuição de renda.

Por conta disto intensificam nos anos 1980 e 1990 os movimentos sociais que reivindicam o uso da terra, o direito à moradia e o chamado “direito à cidade” onde cobra-se a melhoria da infraestrutura da cidade, além da regularização das áreas ilegais.

Apesar do discurso de renovação e de ênfase na política urbana, inclusive com a criação do Ministério do Desenvolvimento Urbano (MDU) e a formação de comissões de alto nível para discutir a política urbana em geral e a política habitacional em particular, o novo governo tomou uma série de medidas que vieram a prejudicar sensivelmente o desempenho da área habitacional. A primeira foi a concessão de um elevado subsídio para os mutuários do sistema em 1985, aonde todos os mutuários teriam um reajuste de 112% desde que optassem pela semestralidade das correções, em resposta à ação dos movimentos de mutuários e do aumento da inadimplência do sistema.

Azevedo resume da seguinte forma o panorama do setor habitacional no início de 1985:

(...) quando se implantou a chamada Nova República, o quadro existente no setor habitacional apresentava, resumidamente, as seguintes características: baixo desempenho social, alto nível de inadimplência, baixa liquidez do sistema, movimentos de mutuários organizados nacionalmente e grande expectativa de que as novas autoridades pudessem resolver a crise do sistema sem a penalização dos mutuários ¹⁰

10 AZEVEDO, S. Vinte e dois anos de política de habitação popular (1964-1986): criação, trajetória e extinção do BNH. Revista de Administração Pública, v.22, n.4, out./dez. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 12/12/2020

O setor habitacional neste período sofreu também profunda crise com a extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH), o qual foi incorporado à Caixa Econômica Federal, para o qual a questão habitacional é apenas um interesse setorial, enquanto no Banco Nacional de Habitação (BNH) a habitação era a atividade-fim.

A partir da extinção do Banco Nacional de Habitação (BNH) iniciaram-se constantes reformulações nos órgãos responsáveis pela questão urbana em geral e pelo setor habitacional em particular. Em um período de apenas quatro anos, o Ministério do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MDU), criado em 1985, transformou-se em Ministério da Habitação, Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (MHU), em Ministério da Habitação e Bem-Estar Social (MBES) e, finalmente, foi extinto em 1989, quando a questão urbana voltou a ser atribuição do Ministério do Interior. As atribuições na área habitacional do governo, antes praticamente concentradas no Banco Nacional de Habitação (BNH), foram divididas em outros órgãos federais, como o Banco Central, que passou a ser o órgão normativo e fiscalizador do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), a Caixa Econômica Federal, gestora do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e agente financeiro do SFH, o ministério urbano do momento, formalmente responsável pela política habitacional, e a então chamada Secretaria Especial de Ação Comunitária, a responsável pela gestão dos programas habitacionais alternativos. Como resume o IPEA¹¹, em um relatório de avaliação da política habitacional da época, “a criação de um ministério específico para promover o desenvolvimento urbano foi recebida como uma manifestação clara de que o governo daria importância crescente ao trato dos problemas setoriais urbanos”¹²

3.4. Os programas habitacionais alternativos ao sistema financeiro de habitação.

Por conta da grave crise financeira e institucional na área de habitação houve o fortalecimento dos programas alternativos do Sistema Brasileiro de Habitação (SFH). Entre esses programas, merece destaque o Programa Nacional de Mutirões

11 IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Políticas Macroeconômicas - Setoriais Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 1989. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em: 24/05/2021 (p. 11)

12 OSÓRIO, Letícia. Direito à Moradia no Brasil. Revista Eletrônica: Federação Nacional dos Arquitetos e Urbanistas. Brasília. 2004. Disponível em: <<https://www.fna.org.br/2004/09/09/direito-a-moradia-no-brasil/>> Acesso em: 24/05/2021

Comunitários, voltado para famílias de renda inferior a três salários-mínimos, que se propunha a financiar cerca de 550 mil unidades habitacionais. Porém, segundo Azevedo¹³, por conta da falta de políticas claras para a alocação de recursos, o programa se tornou alvo fácil para o clientelismo e para o tráfico de influência.

Como estes programas alternativos eram voltados para a mesma clientela do segmento social do Sistema Brasileiro de Habitação (SFH), ou seja, as populações com renda inferior a três salários-mínimos, e ofereciam unidades habitacionais em condições muito mais favoráveis do que este último, dado que eram altamente subsidiados, houve um abandono do Sistema Brasileiro de Habitação (SFH). Além disso, as Companhias de Habitação Popular (COHAB), principais responsáveis pelo atendimento às demandas sociais do Sistema Brasileiro de Habitação (SFH) até então, tiveram seus financiamentos bastante restringidos pelo governo central, a pretexto de contribuir para a diminuição do endividamento de estados e municípios com a União. Tal fato fez que as Companhias de Habitação Popular (COHAB) passassem de agentes promotores a meros órgãos assessores, diminuindo assim a capacidade de atuação dos estados e municípios na questão habitacional.

Já na gestão do presidente Itamar Franco, o Ministério do Bem-Estar Social passou a exigir a participação dos estados e municípios, inclusive financeira, finalizando as obras inacabadas nas gestões anteriores se utilizando de recursos do Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS). A gestão Itamar Franco também criou um plano de amortização, bem substituição ao antigo Plano de Equivalência Salarial. Apesar de todas estas medidas o quadro de crise estrutural não conseguiu ser superado.

Entre 1991 e 2000 o grau de urbanização elevou-se para 81,2%¹⁴. Nas regiões metropolitanas, onde a área rural representa muito pouco em relação à área total, o grau de urbanização superou os 90% no ano de 2000¹⁵.

3.5. O programa minha casa minha vida

A partir da constitucionalização formal do direito à moradia em 2000 e a criação do Estatuto das Cidades em 2001, em 2003 é iniciada no governo Lula a

13 AZEVEDO, S. Vinte e dois anos de política de habitação popular (1964-1986): criação, trajetória e extinção do BNH. Revista de Administração Pública, v.22, n.4, out./dez. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 12/12/2020 (p.300)

14 IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores: 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em: 28/05/2021

15 ibidem

prática do Projeto Moradia, formulado ainda durante a campanha eleitoral pelo Instituto Cidadania, que propunha a criação do Sistema Nacional de Habitação que, unindo os três entes da federação, que atuariam sob o comando do Ministério das Cidades, criado também em 2003.

No ano seguinte é aprovada a Política Nacional de Habitação pelo Conselho das Cidades, com o intuito de universalizar o acesso à habitação para todos os brasileiros. Já em 2005 surge Sistema Nacional de Habitação e Interesse Social assim como é aprovada a Lei 11.124/05, que instituiu o Fundo Nacional de Habitação e Interesse Social, com vigência a partir de 2006.

Porém apenas em 2007, no segundo mandato de Lula é que se inicia a elaboração do Plano Nacional de Habitação, o PlanHab, o qual funcionava por 4 eixos: modelo de financiamento e subsídio, política urbana e fundiária, arranjos institucionais e cadeia produtiva da construção civil, que pretendiam frear o caráter especulativo do uso da terra e o não cumprimento da função social da propriedade.

O projeto só fora lançado em 2009, porém alguns meses antes é lançado o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) que primeiramente planejava a construção de um milhão de moradias, para famílias de até dez salários-mínimos ao mês, sendo posteriormente ampliado, ofuscando o PlanHab, pois passou a moldar a política habitacional do governo, afastando-se dos eixos propostos pelo programa, baseando-se na construção em massa de moradias.

O programa anuncia a pretensão de implementar o direito à moradia para a população de baixa renda por meio da aquisição de título de propriedade via financiamento imobiliário, tendo incidência principal em áreas urbanizadas, embora preveja também, ao lado do Programa Nacional de Habitação Urbana, o Programa Nacional de Habitação Rural, porém não é bem isto que se vê na prática já que a maioria dos imóveis construídos para as faixas de menor renda acabam localizados em áreas distantes dos centros urbanos, ajudando ainda na periferação desta parte da população.

O programa Minha Casa Minha Vida priorizou nos primeiros 5 anos de existência a faixa 1 do programa, com 80% das moradias, cerca de 1,5 milhões, sendo construídas para esta faixa. Nos 5 anos seguintes, por conta da crise econômica, houve a diminuição na oferta de crédito, sendo a maioria das moradias ofertadas a faixa 2, sendo entregues 1,6 mil moradias a esta faixa e apenas 387 mil para a faixa 1, culminando para que no ano de 2019 nenhuma casa fosse ofertada para a faixa 1 do programa.

A arrecadação proporcionada pelo Programa Minha Casa Minha Vida (PM-

CMV) superou a soma dos subsídios, foram gerados R\$ 105,6 bilhões em tributos diretos e 57,8 bilhões em impostos indiretos, somando R\$ 163,4 bilhões de maio de 2009 a julho de 2018

As obras geraram cerca de 3,5 milhões de empregos diretos desde o início do programa até dezembro de 2018, cerca de 390 mil empregos por ano em média, gerando cerca de R\$ 105,6 bilhões em tributos diretos e outros R\$ 57,8 bilhões em impostos indiretos, somando R\$ 163,4 bilhões de maio de 2009 a junho de 2018¹⁶.

Pelas regras do programa, os beneficiários deviam estar em três faixas de renda familiar: a) até R\$ 1.800,00 (Faixa 1); b) de R\$ 1.800,01 até R\$ 2.350,00 (faixa 1,5); c) de R\$ 2.350,01 a R\$ 3.600,00 (Faixa 2); de d) de R\$ 3.600,00 até R\$ 6.500,00 (Faixa 3). A primeira faixa de renda (faixa 1) é quase completamente subsidiada, podendo ser custeado até 90% do valor do imóvel. As faixas 1,5 e 2 também eram subsidiadas, enquanto a não conta com subsídios, mas com taxas de juros mais baixas do que as dos financiamentos imobiliários existentes no mercado.

A despeito da elevação dos investimentos e subsídios, questiona-se a distribuição das unidades ofertadas entre as faixas de renda pois há um claro descolamento entre a oferta criada pelo Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e o déficit habitacional, evidenciando que o foco da política habitacional, ainda que em menor proporção que no passado, ainda estava concentrada na produção de habitação a ser consumida pela classe média.

Aponta-se também o fato de que as moradias para as classes menos abastadas eram ofertadas em locais distantes geograficamente dos centros, em regiões periféricas, onde a terra é mais barata, levando esta mesma população a uma exclusão de serviços básicos de infraestrutura, como o acesso ao transporte público, aos hospitais e escolas¹⁷.

O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) funcionou e funciona por alienação fiduciária, o que agiliza o processo de despojamento. Não há ainda qualquer previsão de refinanciamento da dívida em caso de eventual dificuldade, assim como o programa deixou de prever mecanismos para evitar compra e venda

16 ANTUNES, Leda, Minha Casa Perto do Fim? Programa habitacional popular faz 10 anos com menos dinheiro e sob pressão para mudar de nome e regras, UOL Economia, São Paulo, 24/11/2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/minha-casa-minha-vida-dez-anos/#end-card>>. Acesso em: 21/03/2021.

17 RAMOS, Frederico, et al. Morar Longe: O Programa Minha Casa Minha Vida e a Expansão das Regiões Metropolitanas. Instituto Escolhas. 2019. Disponível em: <https://www.escolhas.org/biblioteca/estudos-instituto-escolhas/page/2/>. Acesso em: 28/05/2021.

especulativa.

3.6. O programa casa verde e amarela.

A Lei nº 14.118/2021 que regulamenta o Programa Casa Verde e Amarela (PCVA), foi criada em a partir Medida Provisória nº 996/2020, com a premissa de substituir o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

Segundo o Ministério do Desenvolvimento Regional, o programa habitacional vai contemplar linhas para produção ou aquisição subsidiada de imóveis novos ou usados em áreas urbanas ou rurais, requalificação de imóveis em áreas urbanas, locação social de imóveis em áreas urbanas; urbanização de assentamentos precários, melhoria habitacional em áreas urbanas e rurais e regularização fundiária urbana.

No novo programa a antiga faixa 1 do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), que recebia isenção quanto aos juros do financiamento, deixa de existir e as famílias que anteriormente se encaixavam neta faixa passam a se encaixar grupo 1 do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), formado por famílias com renda de até R\$ 2.000,00 (dois mil reais) e não tem isenção de juros. Além do grupo 1 existem ainda os grupos 2 e 3. O grupo 2 beneficia famílias com renda entre R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e o grupo 3 beneficia famílias com renda entre R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) a R\$ 7.000,00 (sete mil reais).

O novo programa beneficia a quem mora nas regiões norte e nordeste, em que os grupos 1 e 2 recebem uma taxa de juros menor que o restante do país.

Nota-se que na verdade o programa não difere muito do antigo Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), não trazendo nenhuma vantagem ao cumprimento do direito à moradia. Aliás observa-se que na verdade o programa acaba por trazer desvantagens para as famílias mais carentes, que não receberam mais as vantagens que obtinham no antigo programa.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À MORADIA

O direito à moradia está previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à

infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Esta redação foi dada pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 fev. 2000, incluindo no rol originário o direito à moradia.

O rol dos direitos econômicos, sociais e culturais é rol que pretende atender as necessidades básicas dos indivíduos, partindo da premissa de que “sem condições básicas de vida, a liberdade é uma fórmula vazia”¹⁸. As primeiras constituições a positivarem estes direitos foram as Constituições do México em 1917 e a Constituição Alemã de Weimar em 1919.

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva, os direitos econômicos, sociais e culturais são considerados normas de caráter programático, as quais são:

(...)prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹⁹

Os direitos sociais são direitos de segunda dimensão, os quais, conforme ensinamento de Nathalia Massom, “normalmente exigem prestações positivas do Estado, que deverá implementar a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que compõem o desnivelado tecido social”²⁰.

Além disto o direito à moradia já encontrava previsão constitucional no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, como direito do trabalhador urbano e rural a um “salário-mínimo (..) capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia (...)”.

18 MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais - 5. ed. - São Paulo: Atlas, 2019, pg. 46.

19 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. pg. 254

20 MASSOM, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2020. Pg. 415

Também a Constituição Federal determina que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, inciso XXIII), sendo este um princípio da ordem econômica constitucionalmente declarado (artigo 170, inciso III).

Constitui, ainda, competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais, nos termos do artigo 23, inciso IX, da Constituição Federal. O direito à moradia está também previsto no Estatuto da Cidade, lei 10.257/2001, e nos planos diretores municipais.

O que realmente muda com a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos sociais é que ele passa ao status de cláusula pétrea, sendo inalterável ante a proibição prevista no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição.

Porém, apesar de Cláusula Pétrea, o Estado Brasileiro acaba por constantemente desobedecer à previsão constitucional, utilizando-se da chamada teoria da reserva do possível para não garantir sequer o mínimo existencial.

A tese da reserva do possível nasce na Alemanha, em uma demanda judicial que solicitava a não limitação de vagas no curso de medicina nas faculdades públicas alemãs, alegando que esta limitação violaria o direito à educação. A corte alemã decidiu que o estado deve usar critérios razoáveis para a seleção de alunos, não sendo obrigado a prover educação superior para todos os estudantes, pois isto estaria submetido as suas capacidades financeiras.

Segundo George Marmelstein “a reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais”²¹ e advém da escassez de recursos do Estado, uma vez que o próprio não tem como prover de uma única vez todos os direitos necessários a existência humana a todos os cidadãos, pois precisa levar a questão orçamentária em conta.

Ensina Casalda Nabais, citada por Nathalia Massom, que:

(...) os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são autorrealizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos ²²

21 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pg. 324.

22 MASSOM, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2020. Pg. 416

No dizer de Vidal Serrano Nunes Junior:

A teoria em análise parte do pressuposto de que as prestações estatais estão sujeitas a limites materiais in-gênitos, oriundos da escassez de recursos financeiros pelo Poder público. Logo, a ampliação da rede de proteção social dependeria da existência de disponibilidades orçamentárias para tanto ²³

Referente a reserva do possível o STF já vinculou a concretização dos direitos econômicos sociais e culturais às possibilidades orçamentárias.

Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política” (STF, RE 436966/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 26/10/2005).

Porém fica claro que existe uma banalização no que se trata do uso da tese da reserva do possível, pois acaba sendo utilizada em casos em que o Estado tem sim, de forma bem calculada, como garantir determinado direito e não o faz. Por conta disto a reserva do possível só deve ser utilizada quando demonstrada realmente a incapacidade econômica do Estado de prover o eventual direito, e não baseando-se apenas em alegações. Neste mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello STF, em seu voto na ADPF 45/2004, decidiu que:

A cláusula da reserva do possível - ressalvada a ocorrência de justo motivo, objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, em particular quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificações ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. ²⁴

23 MASSOM, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2020. Pg. 416

24 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pg. 326.

Portanto, resta claro que o Estado não deve usar a reserva do possível como forma de não cumprir com suas obrigações.

Ressalte-se, ainda sobre esta dimensão da teoria da reserva do possível, a impossibilidade de a cláusula da reserva do possível servir de fundamento, ao Poder Público, para frustrar e inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição. Nesse sentido, ressalvada a ocorrência de motivo justo e objetivamente verificável, a reserva do possível não pode ser alegada pelo Estado no intuito de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações firmadas no texto constitucional²⁵.

Salienta George Marmelstein que o ônus da prova de que não pode cumprir com a obrigação constitucional cabe ao Poder Público, e para isto deve ser utilizado a técnica da ponderação e o princípio da proporcionalidade.

A ponderação “é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes”²⁶.

Para se utilizar a técnica da ponderação é necessário primeiramente utilizar o princípio da concordância prática, a qual é usada para tentar conciliar os interesses em jogo. Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, citado na obra de Marmelstein, o princípio da concordância “determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas”²⁷

Só se não for possível a conciliação dos interesses é que então será utilizada a ponderação, o que significa que um dos valores terá que ceder ao outro.

Ainda em se falando em proporcionalidade é necessário considerar o princípio da proteção ao núcleo essencial, também criada pela legislação alemã, o qual:

(...) é o atendimento das obrigações sociais essenciais mínimas do Estado ligadas diretamente à dignidade da pessoa humana que não encontram possibilidade algu-

25 MASSOM, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2020. Pg. 430.

26 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pg. 382.

27 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. Pg. 383.

ma de restrição, como por exemplo, a saúde, a educação básica, e no nosso tema, a moradia ²⁸.

No Brasil existem duas posições diferentes sobre o tema. A primeira, defendida por Ricardo Lobo Torres, citado por Nathalia Massom, diz que o mínimo existencial “não possui um conteúdo definitivo, variando de acordo com as contingências de tempo e local”²⁹. A segunda, defendida por Ana Paula de Barcellos, diz que:

(...) o mínimo existencial engloba o direito à educação fundamental, o direito à saúde, a assistência aos desamparados (que abrange o direito à alimentação, vestuário e abrigo) e o acesso à Justiça. De acordo com a autora, é o mínimo existencial o vetor que orienta as políticas públicas e os objetivos primários do orçamento, pois, somente depois de concretizado é que as demais pretensões devem ser avaliadas e ponderadas. A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, deverá, portanto, ter como norte central e inafastável a intangibilidade dos direitos componentes do mínimo existencial” ³⁰.

Destarte, e em consonância com os precisos esclarecimentos de Barroso:

(...) entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição ³¹.

Portanto a Teoria da Reserva do Possível só deveria ser utilizada naquilo que ultrapasse o mínimo existencial, devendo ser aplicada em caráter puramente excepcional, tendo em vista que o cumprimento da norma não é discricionário para o

28 BROWNE, Ana Paula Goyos. Direito à moradia e a Reserva do Possível, Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: encurtador.com.br/FHS12. Acesso em: 09/05/2021.

29 MASSOM, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2020. Pg. 431

30 MASSOM, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2020. Pg. 431

31 BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158 e 159.

administrador público, uma vez que é papel do poder público proteger os setores da sociedade que necessitem desta proteção. Esta discricionariedade só poderá se dar na escolha dos meios de garantia do direito.

Porém não é o que se observa no contexto brasileiro em que o Poder Público se utiliza da Teoria do possível para se eximir de suas responsabilidades no que tange ao oferecimento de políticas públicas eficazes, que sejam capazes de diminuir o déficit habitacional brasileiro. É o que se observa pela forma patrimonialista que estes programas funcionam, ignorando o caráter latente de direito fundamental do mencionado direito.

5 CONCLUSÃO

A legislação pertinente à garantia do direito à moradia é ampla, advinda dos Tratados Internacionais referentes aos Direitos Humanos, sendo recebida como direito fundamental na Constituição Federal brasileira. Porém, observando a forma como este direito é tratado desde o início pela legislação pátria, conclui-se que a forma como se deu a urbanização brasileira fora sempre ligada ao caráter extremamente patrimonialista da sociedade brasileira, ocorrendo sempre um sobrepujamento dos interesses particulares sobre os interesses da coletividade, utilizando-se o poder público de forma problemática da Teoria do Reserva do Possível para tentar se eximir de suas obrigações.

Ainda, ocorre que o governo federal priorizou sempre as parcerias público-privadas em detrimento de programas, como o PlanHab, que visavam uma real solução do problema.

A mercantilização do direito à moradia pode ser considerado o maior empecilho para sua concretização, porém é invariavelmente a forma que o estado brasileiro tenta resolver o problema, o que acaba por desaguar em especulação imobiliária, o que desde o início do processo de urbanização causa a precarização da moradia do brasileiro e a aglomeração de população mais carente em regiões marginalizadas ao redor dos centros urbanos.

Observando-se que o estado brasileiro desde o princípio tenta resolver o problema através de projetos habitacionais de forma centralizada apenas na gestão federal, conclui-se que é necessária a descentralização dos projetos para a administração dos estados e municípios, de modo que haja efetiva participação popular na elaboração dos planos diretores municipais, na definição e implementação de uma política habitacional de interesse social e na gestão democrática das cidades, uma vez que muito mais próximas das necessidades específicas de cada local.

Desta maneira, entende-se que a compreensão de como se deu o processo de inclusão no ordenamento jurídico assim como a compreensão do histórico da questão habitacional brasileira é necessária a modulação de novos projetos que visem a redução do déficit habitacional brasileiro.

Ainda, mostra-se necessário que o poder público brasileiro haja de forma à garantir este direito às famílias de baixa renda, com planejamentos habitacionais de curto e longo prazo, que não ignorem a natureza humanitária do direito à moradia, e que não tenham caráter puramente mercadológico, sem se esconder atrás de subterfúgios jurídicos para não garantir o que é ordenado como *clausula pética* pela Constituição Federal.

BIBLIOGRAFIA

ABDALLA, A. SFH: apogeu e declínio de um vigoroso modelo habitacional. In: SFI um novo modelo habitacional. São Paulo: ABECIP (Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança), 1996. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br>>. Acesso em: 13/12/2020.

ANTUNES, Leda, Minha Casa Perto do Fim? Programa habitacional popular faz 10 anos com menos dinheiro e sob pressão para mudar de nome e regras. UOL Economia, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/minha-casa-minha-vida-dez-anos/#end-card>>. Acesso em: 21/03/2021.

AZEVEDO, S. Vinte e dois anos de política de habitação popular (1964-1986): criação, trajetória e extinção do BNH. Revista de Administração Pública, v.22, n.4, out./dez. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br>. Acesso em: 12/12/2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BROWNE, Ana Paula Goyos. Direito à moradia e a Reserva do Possível, Revista Eletrônica Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <encurtador.com.br/FHS12>. Acesso em: 09/05/2021.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Políticas Macroeconômicas - Setoriais Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 1989. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/portal/>>. Acesso em: 24/05/2021

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MASSOM, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodivim, 2020

MENEZES, Rafael Lessa V. de Sá. Crítica do direito à moradia e das políticas habitacionais. Edição do Kindle.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-hu>>

manos>. Acesso em: 12 dez. 2020.

OSÓRIO, Letícia. Direito à Moradia no Brasil. Revista Eletrônica: Federação Nacional dos Arquitetos e Urbanistas. Brasília. 2004. Disponível em: <<https://www.fna.org.br/2004/09/09/direito-a-moradia-no-brasil/>> Acesso em: 24/05/2021

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios: síntese de indicadores: 2015. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv98887.pdf>>. Acesso em: 14 de março de 2021

PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 18ª edição, Saraiva, 2018.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. 2001. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 06 maio 2021.

SALTZ, Alexandre, et al, Das Ruas de Paris a Quito: O Direito à Cidade na Nova Agenda Urbana – HABITAT III, Revista de Direito da Cidade, vol. 09, nº 3, Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/29236/21259> . Acesso em 24/01/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. Atual. e amp.; 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. História do Direito no Brasil. Rio de Janeiro. Forense. 1998.