

A FUNÇÃO DA PROPRIEDADE E O DIREITO SOCIAL À MORADIA NA CONSTRUÇÃO DE CIDADANIA

Paulo Fernando Duarte Ramos*

RESUMO

A realidade indica o caminho da urbanização como fator preponderante na ocupação social do espaço global, ou seja, a população urbana supera a população rural como fenômeno natural, acelerado pela globalização. Nesse contexto, a busca do mundo da vida, enquanto luta pela sobrevivência e por espaço de moradia, dá-se notavelmente na cidade. Portanto, é no âmbito local que assumem importância a propriedade e o direito social à moradia, como fundamentos da cidadania, trazendo à tona conflitos entre o individual e o coletivo, conflitos estes que devem ser enfrentados pelo conjunto da sociedade, numa ação pautada pelo Princípio de Subsidiariedade em face da incapacidade do Estado em atender as demandas sociais com a agilidade e mobilidade com que se criam.

PALAVRAS-CHAVE

PROPRIEDADE; DIREITO SOCIAL; MORADIA; CIDADANIA; PRINCÍPIO DE SUBSIDIARIEDADE

RESUMEN

La realidad indica el camino de la urbanización como el factor preponderante en la ocupación social del espacio global, es decir, la población urbana sobrepasa a la población rural como fenómeno natural, acelerado por la globalización. En este escenario, la busca del mundo de la vida, mientras lucha por la supervivencia e por el espacio de morada, tiene lugar notablemente en la ciudad. Por esa razón, es en el ámbito local que asumen importancia la propiedad y el derecho social a la morada, como esencial a la ciudadanía, haciendo apuntar conflictos entre lo individual y lo colectivo. Conflictos estos que deben ser enfrentados por el conjunto de la sociedad, por medio de

* Paulo Fernando Duarte Ramos é graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/RS; Especialista em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS; Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Advogado.

una acción con fondo en el Principio de Subsidiariedad frente la incapacidad del Estado en satisfacer las demandas sociales con la agilidad y movilidad en que se producen.

PALABRAS-CLAVE

PROPIEDAD; DERECHO SOCIAL; MORADA; CIUDADANÍA; PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

1. Introdução

Neste trabalho pretende-se abordar alguns aspectos ligados ao tema da propriedade e da moradia, sem pretensão de alcançar a profundidade que estes têm em obras clássicas e antológicas da literatura social, filosófica e de direito, porém, com objetivo de analisar fatores influentes que se mostram permanentes e atuais em qualquer situação, local ou global. Isso ocorre em virtude da ligação direta entre propriedade, moradia e o homem, uma vez que a propriedade não existe sem um proprietário¹, que a tem no interesse de estabelecer sua moradia, como uma necessidade fundamental e essencial à cidadania. Pode-se afirmar que a moradia própria se coloca acima do direito positivado por tratar-se de um direito social puro.

Um dos primeiros pontos a destacar é que a palavra propriedade utilizada neste trabalho diz respeito à propriedade do solo urbano, uma vez que a palavra propriedade não tem um significado unívoco, ou seja, não se constitui numa instituição única revelando-se um conjunto de instituições distintas, relacionadas a diversos tipos de bens, móveis ou imóveis. Na mesma intenção, é importante diferenciar a moradia própria, buscada pelo não proprietário, da propriedade que já pertence àquele dela apropriado para fins acumulativo ou especulativo. A função da propriedade urbana merece análise no sentido de pautar como se apresenta na realidade local, em face da sua função social como princípio Constitucional, frente ao direito social à moradia

¹ CRETELLA JUNIOR. José. *Curso de Direito Romano*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 153. “Propriedade é o direito ou faculdade que liga o homem a uma coisa, direito que possibilita a seu titular extrair da coisa toda utilidade que esta lhe possa proporcionar”.

como direito social nascido puro, ora condensado², forte na sua origem e, por isso mesmo, independentemente das determinações do Direito e encontrando concretude por soluções próprias, ainda que na ilegalidade e exclusão, como o é nas cidades brasileiras, onde a ocupação irregular do solo urbano representa mais que 50% das moradias.

Analisar questões quanto aos conceitos de propriedade de alguns e de como ou por quê se contrapõe ao anseio de moradia de outros, ainda que pertencendo esta ao gênero daquela, são pertinentes ao trabalho proposto, uma vez que tanto a propriedade quanto a moradia revestem-se de suma importância social e como essência da cidadania, onde a privação de direitos é a síntese da exclusão social e inseparável da questão da cidadania, como bem ensina João Pedro Schmidt³, na obra em que trata destas questões.

O aspecto da função econômica da propriedade deve ser levado em conta como preponderante frente às regras liberais. Talvez por isso, desde épocas em que a *economia-mundo*⁴ era restrita a um continente, até agora, quando o processo de globalização intensifica-se, o aspecto econômico sobrepõe-se ao social no sentido de tornar inacessível para alguns o bem da vida, ou seja, a própria moradia, em virtude da apropriação acumulativa e de especulação que transmutam a função da propriedade, rotulada à razão social, mas que se reflete individual, com notável destinação econômica de produção dada à propriedade urbana.

² HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o Espaço Local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p.37/38. O autor destaca a tipologia do direito social em Gurvitch, (1932) identificando os seguintes tipos: “I - **Direito Social puro e independente**: que em caso de conflito são superiores ou equivalentes à ordem jurídica do Estado; II - **Direito Social puro sujeito à tutela do Estado**: não gozam de coação incondicional e são autônomos, mas em caso de conflitos se inclinam e dão preferência à ordem jurídica do Estado; III - **Direito Social autônomo anexado pelo Estado**: postos a seu serviço ou por incorporação dentro dele (Estado) como serviço público descentralizado ou pela simples elevação ao domínio privilegiado de direito público; IV - **Direito Social condensado no direito estatal democrático**”. Ou seja, ao fazer parte da norma positivada o direito social puro torna-se direito social condensado. [nosso grifo].

³ SCHMIDT, João Pedro. *Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão*. In REIS et LEAL (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo VI. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006, p. 1758/59. “(...) O termo carrega implicitamente a temática da desigualdade, pois falar em excluídos remete automaticamente a uma situação de privação em relação aos excluídos. Além disso, o termo é inseparável da questão da cidadania, por se referir a direitos e benefícios dos quais parcela dos cidadãos é privada.”

⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 289. Utiliza o termo “*economia-mundo*” para designar a globalização da economia, que “*junto com a explosão demográfica (urbana) e a degradação ambiental, são vetores de problemas fundamentais do espaço-tempo mundial*”.

Por outro lado, o Estado, como garantidor desta cidadania, mostra-se ineficiente e ineficaz no atendimento de uma demanda social estimulada por razões e necessidades da globalização e do consumo, onde a habitação é produto essencial e eminentemente local. Nesse viés, parte da sociedade encontra seus próprios meios para que tal aquisição seja alcançada como necessidade de inserir-se no espaço global, ou de identificar-se como cidadão, relacionando o local de moradia transparente no endereço de domicílio, na cidade e município onde vive e recebe influência global. Daí o questionamento: a sociedade como um todo, a par de encontrar suas próprias soluções de moradia, ainda que contra o Direito na busca pela propriedade, não deveria também ser chamada a legalizar a situação que cria? Ou esta tarefa deve continuar adstrita ao poder público como até agora? Poderia o Estado compartilhar suas prerrogativas constitucionais com a sociedade? Será essa a forma indicada?

Com estes parâmetros pretende-se a abordagem do tema para estabelecer pontos de partida para o entendimento e debate.

2. A Supremacia da propriedade individual em relação ao direito social de moradia

Originalmente concebida com eminente característica individual, exclusiva, perpétua e absoluta, a propriedade contemplava-se no “*utendi fruendi et abutendi, na plena in re potestas*”, de Justiniano, como expressão do direito natural de propriedade, em que só cidadãos podiam ser proprietários, ou seja, a propriedade “*quiritária*”⁵ servia, desde então, como elemento de distinção de classe (ou, o que é pior, de cidadania), peculiar ao “*cives romanī*”, que era garantida por uma ação civil, a “*rei vindicatio*”, dispondo o proprietário de poder integral, individual e intransferível

⁵ CRETELLA JUNIOR (1973), p. 159, ensina que: “Chama-se *quiritária* porque é própria dos romanos, os *quirites* (de Quirino, nome de Rômulo depois de sua morte. *Cures* é a cidade dos sabinos. *Quirites* são os sabinos, elemento étnico que se fundiu com a população romana dos primeiros tempos).”

sobre a coisa. Distinguiu classes pois a propriedade era direito exclusivo do cidadão romano - sobre terreno romano, adquirida por modo convencional - a quem também era exclusivo o usucapião como “*modus acquirendi*” não convencional.

Para Eros Roberto Grau⁶: “(...) a concepção romana, que justifica a propriedade por sua origem (família, dote, estabilidade do patrimônio), sucumbe diante da concepção aristotélica, finalista, que a justifica por seu fim, seus serviços, sua função”. Sob este prisma, o sistema que reconhece e protege a propriedade privada, inclusive contra o Estado (público), vê a introdução do conceito de função social, explica Grau: “passa a propriedade, assim, a ser vista desde uma perspectiva comunitária, não mais sob uma visão individualista.”⁷ Questiona-se: qual será esta concepção comunitária? Quem é que dita estas escolhas e regras? Certamente não é a massa dos não proprietários que buscam sua moradia no exercício pleno (independente) de direito social puro (José Luiz Bolzan de Moraes, 1997)⁸.

Resta evidente que a situação fática da questão da propriedade em seu sentido individualista permanece forte no contexto liberal, quando promovida por uma ordem econômica que privilegia a propriedade em seu sentido acumulativo e de produção, sem mostrar interesse em torná-la comunitária, em que pese seja a busca primordial de um indivíduo pertencente a grupo social (dos não proprietários ou sem moradia), como direito social deste universo de pessoas.

Para Moraes⁹, o direito social surge paralelamente às transformações sociais, devidas ao processo de industrialização, acarretando alteração radical no modo de vida moderno, quais sejam: surgimento e crescimento acelerado das classes operárias e o processo de urbanização (reflexo da concentração do trabalho do modelo industrial).

⁶ GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, PL de Desenvolvimento Urbano*. São Paulo: RT, 1983, p.63.

⁷ *Ibidem*, p. 66.

⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. *A Idéia de Direito Social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.53, explica: “(...) uma ordem jurídica que esteja subsumida em duas perspectivas fundamentais para que possa configurar, realmente, uma ordem de integração, quais sejam: **a. Pureza**. O direito social retira sua eficácia de sua própria legitimidade como ordem normativa auto-instituída. **b. Independência**, sua plena autonomia, ou mesmo, sua soberania como ordem normativa desvinculada daquela própria ao Estado”. [grifo nosso].

⁹ MORAIS, (1997), p.31.

Na distinção da visão individualista e social (comunitária), aponta o autor que o termo “*direito social*” surge como contraponto à idéia individualista arraigada nas profundezas do campo jurídico e univocidade estatal. Surge nos séculos XVIII a XIX, “*Um debate próprio à diferenciação de um direito societário em contraposição ao individualismo tradicional*”¹⁰. Segundo o autor “*direito social*” é termo usado por George Gurvitch (1932)¹¹ como “*jus sociale naturale*”, e completa: “*É no século XVIII que se colocam definitivamente frente a frente o individualismo jurídico e a teoria do direito social*”. Prossegue: “*A idéia do direito social é, portanto, um produto essencialmente dos tempos modernos, (...), um pensamento acerca de um outro direito ligado não mais ao indivíduo isolado, mas ao(s) grupo(s) social(is), o(s) qual(is) integra*”¹².

Cabe destacar que, neste contexto, a propriedade urbana e a moradia são elementos de base, visto sua relação direta com a necessidade natural de abrigo e lugar de descanso, bem como base física de todas as coisas materiais. Morais explica que o direito social “*(...) surge como reação ao projeto liberal – direito individual – em crise, aliado à profusão das doutrinas socialistas de re-inserção social deste indivíduo isolado de seu contexto sócio-histórico*”¹³. Inicialmente patrocinado pelo Estado, como regulador e promotor do bem-estar social (*welfare state*), “*(...) é o direito social, também, que, embora muitas vezes visto tão só como conjunto de regras próprias à disciplina das relações de trabalho e à organização das questões relativas à seguridade social, é proposto por Gurvitch como uma espécie de auto-regulação comunitária, privilegiadamente alheia à normatização estatal.*”¹⁴

Pode-se ler, pelo autor, um alerta para uma visão limitada do direito social, ligado à idéia de política social do Estado, ou seja, com normas estatais próprias, como a regulação das relações de trabalho e seus consectários, como previdência, aposentadoria, ao que se pode acrescentar o uso do solo, habitação, trabalho, lazer, etc..

¹⁰ Ibidem, p.30.

¹¹ GURVITCH, Georges. *L’Idée du Droit Social*. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le xvii siècle jusqu’à la fin du xix siècle. Paris: Libraire Du Recueil Rirey, 1932. 713p. *Apud*. MORAIS (1997), p.30.

¹² Ibidem, p. 30.

¹³ MORAIS (1997), p. 33.

¹⁴ Ibidem, p.33.

É dizer, um direito social como concessão, como *benesse*, limitada ao desejo do Estado e não ao anseio do cidadão.

Não resta dúvida alguma que o direito à moradia é direito social condensado (Gurvitch, 1932), como disposto no artigo 6º de Constituição da República Federativa do Brasil, a partir da EC nº.26 de 14.02.2000, e que a propriedade deve ter função social, conforme disposto no artigo 5º, inc. XXIII, e artigo 170, inc. III. Mas como se apresenta a propriedade? Não basta estar escrito na lei que deve ter função social para “ser” realidade. Qual será a função da propriedade quando não tem função social? Estará permanecendo exclusiva e individualista? É provável que sim.

Talvez seja por isso que o direito social à moradia, mesmo que condensado, permanece puro nas ações dos não proprietários que encontram meios, ainda que ilegais, de concretude do direito natural. Pode-se afirmar que a tentativa de transmutação do conceito de propriedade de supremacia individualista para coletiva, implementado por dispositivos constitucionais, não a dissociou do aspecto econômico ainda predominante. Cabe analisar se este sentido econômico justifica-se e, ainda, se se sobrepõe frente ao social.

3. A função econômica da propriedade como bem de consumo ou de produção

Na obra em que aborda o tema da função social da propriedade em face dos dispositivos da Constituição brasileira, José Diniz de Moraes¹⁵(1999) critica aqueles que defendem a idéia de que “(...) *quem cumpre ou deve cumprir a função embutida na propriedade é o proprietário da coisa*”; bem como aquelas teorias no sentido “(...) *de que o bem objeto do direito de propriedade é que tem função social*”, propondo, com Perlingieri¹⁶, que a disciplina da situação subjetiva de propriedade pode ser feita tomando em consideração tanto o sujeito quanto o objeto, assim como ambos, mas isto

¹⁵ MORAES, José Diniz de. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999, p.126.

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla Problemativa della “Proprietà”*. Nápoles: ESI, 1982. Apud MORAIS, Ob. cit. p. 126

não implica dizer seja o sujeito ou o bem que tenha função social, pois “(...) *esta é elemento da situação jurídica subjetiva*”, ou, numa expressão moderna, é elemento do direito subjetivo de propriedade e sua realização é que vem valorada como social, e não o bem ou o sujeito.

Deste modo, a configuração de função social contida no artigo 182, § 2º da Constituição brasileira, de que “*cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”, estaria negando a realidade local dos parcelamentos irregulares que, não vislumbrados nos planos diretores, trazem efetiva função social a determinadas propriedades urbanas, públicas ou particulares, que, se ociosas, certamente não estão cumprindo qualquer função social.

Afastada a questão social, resta a destinação econômica dos bens para uma análise da função da propriedade, entendida como sua utilidade ou finalidade específica e determinada, tendo como premissa o dizer de Aristóteles¹⁷, para o qual, “*Todas as coisas se definem pelas suas funções; e desde o momento em que elas percam os seus característicos, já não se poderá dizer que sejam as mesmas, apenas ficando compreendidas sob a mesma denominação*”. Significa dizer: o que define a propriedade é a função real que desempenha e não o contrário, ou seja, se estiver realizando-se socialmente (por exemplo: um loteamento popular, mesmo que irregular) poderá ser chamada de propriedade social. Por outro lado, apenas denominar e atribuir-lhe *dever* de função (social) serve somente para rotular sob a mesma denominação, mas não torna real a situação. Logo, se não tem função social, vislumbra-se, então, apenas uma utilidade econômica àquela propriedade.

Neste viés, propõe-se a distinção da propriedade, enquanto moradia, como utilidade de bem de consumo ou bem de produção, onde *bens de produção*, são aqueles próprios para a produção de outros bens (de consumo) ou empregados no processo produtivo, enquanto *bens de consumo*, ao contrário, são aqueles destinados a satisfazer necessidades ou utilidades estritamente individuais. Tal distinção, refere

¹⁷ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. De Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Atena, 1999, p.13. *Apud* MORAES (1999), p.82.

Moraes, não se fundamenta na natureza ou consistência dos bens, mas na sua destinação econômica e “(...) *tem relevância jurídica, uma vez que os bens voltados à atividade econômica estão sujeitos a regime jurídico diferente.*”¹⁸ Complementa dizendo que apenas os bens de produção estão sujeitos ao princípio da função social, e que os bens de consumo e os bens de uso continuam a ser atribuídos aos particulares para satisfação exclusiva de suas necessidades, de estrita função econômica, obedecendo regras de mercado, de oferta e demanda. O autor critica o mestre Orlando Gomes quando este refere que, “*Só os apedeutas estendem aos bens de uso o princípio da função social, falando em função social da propriedade edilícia ou, até mesmo, dos bens duráveis.*”¹⁹ Entende Moraes, contrariamente, que “*toda propriedade apta a satisfazer determinada função social, num determinado momento e lugar, atrai para si essa obrigação social de satisfazê-la.*”²⁰, acrescentando que “*(...) em verdade, o texto constitucional não permite aquela distinção que se faz entre ‘propriedade dotada de função social’ e ‘propriedade dotada de função individual’, e aquela vai pronunciadamente dirigida à propriedade dos bens de produção e apenas excepcionalmente à propriedade individual, no tocante ao excedente, sobretudo àquele para fins de especulação ou acumulação.*”²¹

Ensina Moraes que a função econômica e a função social são dois conceitos que não se confundem, embora possam interpenetrar-se e que, “*o interesse econômico que acompanha a noção de função social só vai até o nível imediatamente inferior a outros interesses superiores, podendo muitas vezes – e não são poucas – até ser preterido.*” Prossegue: “*(...) a Constituição aponta como fim da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme ditames da justiça social, de modo que num eventual conflito entre ditames da justiça social e a atividade econômica, esta, indubitavelmente, terá, em regra, de ceder o passo àqueles, já que a fundamenta.*”²² Procura deixar claro que a propriedade pessoal protegida constitucionalmente não se identifica nem se confunde com a propriedade individual, egoística, de que é titular o

¹⁸ MORAES (1999), p.145.

¹⁹ GOMES, Orlando. *A Função Social da Propriedade*, in Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. p. 59. *Apud*, MORAES, (1999), p.145.

²⁰ MORAES (1999), p.146.

²¹ MORAES (1999), p.150.

²² *Ibidem*, p.149.

sujeito particular (ou público), pois “(...) a Constituição garante a propriedade pessoal que tem por função social a realização da dignidade humana e não uma propriedade privada destituída de função social, a qual teria apenas uma função individual”²³, ou seja, não protege a propriedade com exclusiva utilidade econômica, especulativa.

De modo que, nas palavras de Moraes,

“(...) a destinação econômica serve tão somente como um dos elementos qualificados para se determinar a função social concreta e específica a que deve atender cada tipo de propriedade, seja em sentido positivo – v.g., o da propriedade pessoal, a qual deve ser idônea a atender àquelas necessidades pessoais do titular da situação jurídica subjetiva e de sua família – seja, em sentido negativo, isto é, aquelas necessidades que não podem ser satisfeitas por um determinado tipo de propriedade – v.g., especular, (...), negando-se a vende-lo”²⁴.

Assim pode-se dizer, como modo acumulativo e de especulação econômica, que a propriedade perde função social.

Não deveria ter, portanto, a razão econômica com este escopo supremacia sobre a razão social, qualquer que seja o argumento. É esta uma das razões que impede o alcance da moradia para aqueles não proprietários, em sua maioria cidadãos com insuficientes recursos financeiros para aquisição por modo convencional, a quem resta o exercício do direito social por meio de “*modus acquirendi*” não convencional, ainda que, por vezes, contrário aos ditames de legais emanados por um Estado que “(...) tem a dominação como forma de poder nas relações sociais com os cidadãos, o que estabelece uma desigualdade entre cidadãos e Estado e entre grupos e interesses politicamente organizados”²⁵.

No entanto, não é o que se constata na realidade local, onde o surgimento dos loteamentos irregulares é consequência direta da apropriação do espaço imobiliário somente, ou primordialmente, com interesse econômico. O Estado, ao revés, inibe a iniciativa social quando deveria promover ação para impedir a especulação econômica a

²³ Ibidem, p.149.

²⁴ Ibidem, p. 152.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 314.

fim de promover a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamento Constitucional do Estado Democrático de Direito.

4. A construção da cidadania como direito social e o Princípio de Subsidiariedade

Ao analisar o conceito de cidadania a partir do enunciado: “*Cidadania é a pertença passiva e ativa de indivíduos em um Estado-nação com certos direitos e obrigações universais em um específico nível de igualdade* (Janoski, 1998)”, Liszt Vieira²⁶ refere que se deve entender “*pertença a um Estado-nação*” como o estabelecimento de uma personalidade em um território geográfico. Assim, pode-se admitir este território como sendo o espaço local, onde a pessoa mantém suas relações em sociedade e com o Estado, inserido num espaço global do qual sofre influência, no momento em que estabelece sua moradia como fator de identidade e localização do homem.

Quanto ao segundo elemento do conceito, explica Vieira que a cidadania é constituída por direitos passivos de existência, legalmente limitados, bem como por direitos ativos “*que propiciam a capacidade presente e futura de influenciar o poder político*”²⁷. Facilmente presume-se que no rol destes direitos podem ser incluídas todas as manifestações e ações do cidadão no exercício de direito social, como por exemplo, a concretude da moradia, mesmo que de modo não convencional²⁸. Essa maneira de aquisição, mesmo que não legal, assume legitimidade por ser, a moradia, inerente aos direitos fundamentais da dignidade humana, sendo que as ações nesta forma servem para influenciar o Estado, enquanto poder político.

²⁶ VIEIRA, Liszt. Os Argonautas da Cidadania. São Paulo: Record, 2001. p.34.

²⁷ VIEIRA (2001), p.34.

²⁸ Aqui se refere, principalmente, à ocupação e à usucapião como modo não convencional de aquisição da propriedade imobiliária, onde as invasões e loteamentos ilegais representam as ocupações (considerando imóvel sem função social como sendo imóvel abandonado) e as posses a justo título em loteamentos irregulares, que se resumem na usucapião. Estes institutos jurídicos junto com outros, permanecem atuais e são identificados desde o Direito Romano, quando as formas de aquisição de propriedade eram: 1 – Ocupação (coisa abandonada); 2 – Acesso (construção, edificação); 3 – Usucapião (posse com *justus titulus*, justa causa e *bona fides*); 4 - Adjudicação (feita pelo magistrado); e, 5 – Por Lei (especifica, em nome do proprietário); como bem explica CRETELLA JUNIOR (1973), p.186/193.

Prossegue o autor: “A terceira idéia-força da definição exclui o caráter informal ou particularista dos direitos de cidadania, que necessariamente devem ser direitos universais promulgados em lei e garantidos a todos. Pessoas e coletividades podem possuir seus próprios imperativos morais, costumes ou mesmo direitos específicos, mas estes só se tornarão direitos de cidadania se forem universalmente aplicados e garantidos pelo Estado”²⁹. É dizer, direitos que devem atingir a universalidade das pessoas, em todos locais, não bastando a norma, mas sim a realização garantida da norma.

Referindo à igualdade, Vieira aduz que esta se traduz na “(...) forma, garantindo a possibilidade de acesso aos tribunais, legislaturas e burocracias”. Fala no sentido de igualdade de oportunidades e equilíbrio entre direitos e deveres com limitações, sem supremacias de uns sobre outro, de modo que se pode incluir o acesso à moradia e propriedade, acesso ao estudo ou lazer, como elementos de igualdade, sendo ao mesmo tempo direito de uns e dever de outros. Ressalva não se tratar de igualdade completa, “mas em geral garante-se aumento nos direitos dos subordinados em relação às elites dominantes”³⁰, o que significa um sentido de equidade e de atribuir prerrogativas especiais aos menos cidadãos (não proprietários), possibilitando aproximá-los dos privilegiados detentores do poder especulativo e acumulador do estoque imobiliário; como por exemplo, ao promover a legalização de um parcelamento de solo contrário às normas existentes para os demais parcelamentos, em sede de regularização fundiária. Completa dizendo: “os direitos e obrigações de cidadania existem quando o Estado valida as normas de cidadania e adota medidas para implementá-las”³¹. Cabe questionar: a cidadania, enquanto realização de direitos, deve depender, então, do Estado? E estará o Estado implementando-a?

Quem responde é Lênio Luis Streck³² ao dizer: “Estamos, assim, em face de um sério problema: de um lado temos uma sociedade carente de realização de

²⁹ VIEIRA (2001), p. 35.

³⁰ VIEIRA (1997), p.34.

³¹ Ibidem, p.36.

³² STRECK, Lênio Luiz. *(Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.39.

direitos e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos de forma mais ampla possível.”, complementando ainda:

“Se na Constituição se coloca o modo, é dizer, os instrumentos para buscar/resgatar os direitos de segunda e terceira gerações, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção (individual e coletivo) e tantas outras formas é porque no contrato social – do qual a Constituição é a explicitação – há uma com fissão de que as promessas da realização da função social do Estado não foram (ainda) cumpridas.”³³

A quem cabe, então, a realização da promessa? Streck justifica e demonstra a transferência das decisões para o âmbito do Poder Judiciário ao expor:

“(...) em face da democracia delegativa que vivemos, de cunho hobbesiano (O'Donnell), no interior do qual o legislativo é atropelado pelo decretismo do Poder Executivo, também não temos garantidos o acesso à produção democrática das leis e dos procedimentos que apontam para o exercício dos direitos previstos na Constituição”³⁴. Explica: “O que ocorre é que, se no processo constituinte optou-se por um Estado intervencionista, visando uma sociedade mais justa, com erradicação da pobreza, etc., dever-se-ia esperar que o Poder Executivo e o Legislativo cumprissem tais programas especificados na Constituição. Acontece que a Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados. Por isso a inexorabilidade deste ‘sensível deslocamento’.”³⁵

Realmente, no Brasil, quem vem dando uma resposta efetiva no sentido da realização e concretização do direito social condensado é o Poder Judiciário. Neste viés e para demonstrar as possibilidades de atuação jurisdicional, Streck refere-se, em estudo comparado, à importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal que aplicou a cláusula de “*proibição do retrocesso social*” inerente/imanente ao Estado Democrático e Social de Direito, nos seguintes termos: “(...) a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva para se transformar e passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado que estava obrigado a atuar para dar

³³ Ibidem, p.39.

³⁴ Ibidem, p.54.

³⁵ STRECK (2001, p.55).

satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. (Acórdão n.39/1984 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa).”³⁶ Aflora neste caso que o Poder Judiciário, ao invés de obrigar o Estado-executivo a realizar o direito social, obrigou-o a não agir contra a realização do direito social implementada pela própria sociedade. No sentido de que o Estado deve respeitar a iniciativa fundamentada no exercício do direito social puro.

O citado jurista reforça sua tese afirmando não ser segredo,

“(…) que, historicamente, o Direito tem servido, preponderantemente, muito mais para sonegar direitos do cidadão do que para salvaguardar o cidadão (vide favelas, impunidade, leis protecionistas, etc.). À evidência, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. A efetivação do Direito (e dos direitos) passa, necessariamente, por este deslocamento do centro de decisões – no âmbito do Estado Democrático de Direito – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário.”³⁷

De fato, o ordenamento urbanístico fundamentado em premissas e interesses econômicos como antes referido mostra-se como obstáculo para a implementação da moradia acessível aos não proprietários. Assim sendo, a simples menção constitucional de dever social à propriedade não é suficiente para torná-la real.

Propõe-se, nesses termos, que o Estado-juiz sirva menos para obrigar a ação ou realização do direito pelo Estado, que tem se mostrado insuficiente para tal tarefa, e mais para garantir os referidos direitos ativos da sociedade *que propiciam a capacidade presente e futura de influenciar o poder político*, quando exercidos por aqueles ditos menos cidadãos (não proprietários) no seu espaço de cidadania (local), na realização de direito social puro, ainda que de modo ilegal, como é no caso das ocupações ou na implementação de loteamentos irregulares, em face do direito social condensado que lhes assiste, numa ação fundamentada no Princípio de Subsidiariedade.

³⁶ Ibidem, p.55.

³⁷ Ibidem , p.58/59.

Neste sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho³⁸ conceitua subsidiariedade como princípio pelo qual as decisões devem ser tomadas no nível político mais baixo possível, isto é, por aquelas que estão o mais próximo possível das decisões que são definidas, efetuadas e executadas. Explica o autor que o Princípio de Subsidiariedade está relacionado com a situação constitucional definida nas competências dos entes que compõem o tipo de estado consagrado (unitário, autonômico, regional ou federal) e o processo de descentralização política e administrativa.

A fundamentação para a legitimidade da ação da sociedade no espaço local vem na observação de Baracho, ao dizer que, “*o melhor clima das relações entre cidadãos e autoridades deve iniciar-se nos municípios, tendo em vista o conhecimento recíproco, facilitando o diagnóstico dos problemas sociais e a participação motivada e responsável dos grupos sociais na solução dos problemas, gerando confiança e credibilidade*”³⁹.

Ainda que autores como João Pedro Schmidt,⁴⁰ alertem para o risco do clientelismo, da vulnerabilidade dos governos locais, às pressões de grupos, o despreparo dos agentes e burocracia geral, como problemas da descentralização decorrente do viés municipalista da Constituição de 1988, Baracho, por sua vez, propõe a repartição de competências ao referir que “*vincula-se à compreensão do princípio de subsidiariedade, pelo que o Estado deve transferir ou delegar às coletividades os poderes que têm capacidade de exercer*”⁴¹. Para o autor, a definição de subsidiariedade nas diversas formas de atividade social, não pode ter como meta destruir ou absorver os membros do corpo político, mas desenvolvê-los e propiciar que possam agir em clima de liberdade criativa.

³⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.92.

³⁹ *Ibidem*, p.19.

⁴⁰ SCHMIDT, João Pedro. *Gestão de Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. In REIS et LEAL (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo VII. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

⁴¹ BARACHO (1996), p.32.

German J. Bidart Campos⁴² afirma que o princípio de subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é capaz de fazer, com eficácia, uma sociedade menor. Entende ainda o autor tratar-se de princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competências, através do qual o Estado não deve assumir por si as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los. Complementa Baracho dizendo que, “*o princípio de subsidiariedade assemelha-se a uma repartição de competência entre sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, impede o avanço intervencionista do Estado, exigindo deste ajuda e promoção das atividades próprias do pluralismo social.*”⁴³

Recomenda ainda que é pela redefinição da repartição de competências entre o Estado e os cidadãos, o privado e o público, que se estabelecerá novo equilíbrio social, esclarecendo que “*(...) o Estado só deve agir, por ele próprio, quando existe necessidade real, que não tenha sido atendida por qualquer coletividade ou grupo de cidadãos. O Estado não é substituto eventual dos atores omissos, pelo que deve velar pela garantia do bem comum, sem substituir as ações possíveis dos cidadãos, capazes de corresponder ao interesse geral*”⁴⁴. Sustenta Baracho que a idéia de subsidiariedade está assentada na concepção de uma sociedade plural, dotada de sentido mais amplo do que aquele proposto pela democracia, pois visa não somente à diversidade de opiniões, mas à variedade de capacidade de atuação, com efetivação dos fins individuais e sociais⁴⁵.

Por fim, na idéia e concretude da moradia como direito social e no princípio de subsidiariedade, a tarefa de transmutação do conceito individualista da propriedade para a realização social deve ser atribuída à sociedade nas ações do grupo de interesse (*etre assemble* - ser conjunto), que pode ser multifacetado e multidisciplinar

⁴² CAMPOS, German J Bidart. *Teoria del Estado, Los Temas de la Ciencia Política*. Buenos Aires: Ediar, 1991, p.40. *Apud*, BARACHO (1996), p.47.

⁴³ *Ibidem*, p.43.

⁴⁴ BARACHO (1996), p.65.

⁴⁵ *Ibidem*, p.89.

para atingir um propósito democrático, podendo ser composto por diversos segmentos – inclusive o Estado, Ongs, universidades, associações, etc.. Na explanação de Hermany⁴⁶:

“Pelo princípio de subsidiariedade, a sociedade civil deve assumir um papel significativo nas atividades de controle e nas propostas de regulação do convívio, sem olvidar, contudo, a importância do Estado, seja em relação aos princípios constitucionais (...) seja para viabilizar o maior número de instrumentos que permitam o desenvolvimento de uma sociedade pluralista capaz de concretizar o princípio da cidadania e dignidade da pessoa humana”.

Palavras do autor ao encontro da realização do direito social condensado por meio da ação da sociedade como fato normativo⁴⁷ no exercício de direito social puro⁴⁸. Como explana:

“É nesta ótica, de um direito produzido pela própria sociedade, uma regulação autônoma de cada grupo, alheia ao direito estatal, que Gurvitch pretende ancorar sua idéia de direito social, não apenas como regulação de uma parcela das relações sociais, tais as relações de trabalho ou as das questões relativas à seguridade social (...).”⁴⁹.

Com efeito, o direito produzido na concretização da moradia nos loteamentos irregulares, alheios às normas estatais, legitima-se como direito social fundamentado na construção da cidadania e dignidade da pessoa humana no espaço local, conforme disposto no artigo 1º, incisos II e III da Constituição da República Federativa do Brasil.

5. Conclusão

⁴⁶ HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o Espaço Local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007, p. 284.

⁴⁷ Fatos normativos “são fatos sociais que têm a capacidade de, por sua tão-só existência, apreenderem valores positivos e, assim, produzirem condições mínimas de justiça (...) deve, além da sua durabilidade temporal, ser, desde sua origem, penetrado por valores jurídicos e materiais atemporais”; “(...) ele deve poder se justificar como tal: os valores que ele encarna devem se justificar como valores positivos, se afirmar como atrelados à justiça e servindo ao ideal moral.” GURVITCH (1932), p.129. Apud MORAIS (1997), p.42.

Este conceito – fatos normativos – carrega a idéia de um valor jurídico e moral; são as *ideés actions* (idéias ação). MORAIS (1997), p.41.

⁴⁸ MORAIS (1997), p.50. Ensina: “(...) é puro na medida em que não busca recurso em uma sanção incondicionada e, é independente quando, em caso de conflito com o direito estatal, ele se coloca em igualdade com este.”

⁴⁹ MORAIS (1997), p. 35.

“A este individualismo monolítico que se produz seja como direito de coordenação (direito privado), seja como direito de subordinação (direito público), é preciso opor – para dar conta das novas realidades, tais como a automização da sociedade econômica, o desenvolvimento do sindicalismo e das convenções coletivas, o surgimento de uma sociedade internacional – um direito social que se compreenda como um direito de integração”. (OST, François. *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt*. Bruxelles: Facultes Saint-Lois. 1990. p. 164)⁵⁰.

Concluimos com Morais, referindo-se ao pensamento de Gurvitch como epistemológico, na busca de um sistema inovador, uma mudança de paradigma, como meio e forma de atingir os objetivos da dignidade humana. Propõe atacar o sistema clássico na base, ou seja, na concepção econômica em relação ao privado e de subordinação às regras do direito público. Uma construção de cidadania a partir do direito social exercido pela própria sociedade como um direito de integração.

A manifestação de Ost, sabe-se hoje, não atingiu o ideal, ainda falta o surgimento da sociedade internacional, não no sentido espaço-geográfico, mas no sentido de identidade de fins e de direitos universais, um cidadão universal no sentido de que em qualquer local e nação tenha reconhecida e realizada sua cidadania, onde a palavra tenha o mesmo sentido, significado e alcance, reunidos e representados na sociedade local.

A situação atual identifica a necessidade de organização institucional da sociedade local que enfrente a questão de subordinar o individual (econômico) ao social, promovendo uma ruptura com conceitos individualistas, acumulativo e especulativo, atacando o sistema na base, por meio de exercício do direito social, independentemente do Estatal. No âmbito local, fundamentalmente, este enfrentamento reflete-se na aquisição da moradia (por modo convencional ou não), como identidade da pessoa com seu espaço próprio, seu refúgio, seu repouso, sua caverna, de modo a tornar-se um cidadão como o eram os romanos, identificados por terem o direito de propriedade.

⁵⁰ Ibidem p. 57.

Defende-se que os mecanismos (fatos normativos) encontrados pela sociedade, para alcançar seus desejos de bem estar, legitimados pelo direito social puro, mesmo que de modo contrário ao direito público, não devem encontrar no Estado um ente subordinador e dominador, uma vez que a cidadania é a plenitude de direitos e deveres em relação aos demais cidadãos, acima do ente estatal. Cabe à sociedade, sim, as ações de solucionar e mesmo legalizar as situações que cria.

O Estado, por sua vez, pode integrar ações do privado e público por meio da aplicação e concretização de políticas públicas fundamentadas no Princípio de Subsidiariedade, ao criar oportunidade e espaço público para estas organizações sociais locais, transferindo aos destinatários a realização de seus próprios destinos e construção da própria cidadania sem que o Estado perca suas prerrogativas e hegemonia.

6. Referências

- ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. De Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Atena, 1999.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CAMPOS, German J. Bidart. *Teoria del Estado, Los Temas de la Ciencia Política*. Buenos Aires: Ediar, 1991.
- CRETELLA JUNIOR. José. *Curso de Direito Romano*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito Urbano: Regiões Metropolitanas, Solo Criado, Zoneamento e Controle Ambiental, PL de Desenvolvimento Urbano*. São Paulo: RT, 1983.
- GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social*. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le xvii siècle jusqu'à la fin du xix siècle. Paris: Libraire Du Recuel Rirey, 1932.
- HERMANY, Ricardo. *(Re)Discutindo o Espaço Local: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

- MORAES, José Diniz. *A Função Social da Propriedade e a Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *A Idéia de Direito Social: O pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GOMES, Orlando. *A Função Social da Propriedade*, in Anais do XII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. 1999.
- PERLINGIERI, Pietro. *Introduzione alla Problematica della "Proprietà"*. Nápoles: ESI, 1982.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SCHMIDT, João Pedro. *Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão*. In REIS et LEAL (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo VI. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.
- _____, João Pedro. *Gestão de Políticas Públicas: aspectos conceituais e aportes para um modelo pós-burocrático e pós-gerencialista*. In REIS et LEAL (Org.). *Direitos Sociais & Públicas: desafios contemporâneos*. Tomo VII. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007
- STRECK, Lênio Luiz. *(Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3ª ed.rev.ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001
- VIEIRA, Liszt. *Os Argonautas da Cidadania*. São Paulo: Record, 2001.