

O DIREITO À MORADIA: A IRRAZOABILIDADE DA INVASÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO NA EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA PELO PODER JUDICIÁRIO – JURISDIÇÃO NÃO EFETIVA.

Patrícia Rodrigues dos Santos

Pâmela Cristine Bolson

Resumo: Entre os múltiplos aspectos emergentes que podem ser estudados na temática que envolve o solo urbano, o presente estudo optou por concentrar-se no direito à moradia realizado através de políticas públicas de regularização fundiária quando partidas da intervenção do Poder Judiciário. Nesse passo, explora a temática da organização estatal ditada na ordem constitucional, na clássica doutrina da separação dos poderes, hodiernamente consagrada na Magna Carta e que garante, não de forma exclusiva, mas como fator determinante, a manutenção do Estado de Direito, garantindo o exercício moderado do poder. Para tanto, percorrendo o referencial axiológico-filosófico do modelo constitucional da tripartição, com atenção especial à filosofia de Montesquieu; destacando a evolução da separação dos poderes nas constituições brasileiras até a fixação na Constituição de 1988; dispondo também sobre as atividades típicas das funções estatais na doutrina contemporânea e a interpenetração dos poderes no sistema de freios e contrapesos no desenvolvimento das atividades estatais; permeando as noções de cidade e de direito à moradia e evidenciando, por fim, a intervenção da função jurisdicional sobre a função executiva, com o apontamento da inadequada utilização da via judicial no direcionamento das políticas públicas de regularização fundiária enquanto atividade complexa, gerando um desajustado direito à moradia realizado no universo harmônico e independente do Poder Judiciário e debruçado sobre o Poder Executivo.

Palavras-chave: moradia; Poder Judiciário; regularização fundiária.

Abstract: Among the many emerging issues that can be studied in the subject involving urban land, this study chose to focus on the right to housing held through

public policies of regularization when from Judiciary intervention. In this step, exploring the theme of state organization dictated in Constitutional Order, the classical doctrine of Separation of Powers, in our times enshrined in the Constitution and that guarantees, not exclusively, but as a determining factor, the maintaining of the rule of law, ensuring the moderate exercise of power. For both, running the axiological-philosophical framework of the constitutional model of tripartism, with special attention to the philosophy of Montesquieu; highlighting the evolution of Separation of Powers in Brazilian constitutions until settlement in the 1988 Constitution; also providing for the typical activities of state functions in contemporary doctrine and the interpenetration of powers to the checks and balances system in the development of State activities; permeating the notions of city and housing rights and showing, finally, the intervention of jurisdictional function over the Executive function, use of the courts in the direction of public policies related to land regularization as a complex activity, generating a misfit right housing held in universe harmonic and independent of the Judiciary and poring over the Executive Branch.

Keywords: housing; Judiciary; land regularization.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Historicamente, a figura do poder sempre foi reconhecida e a ela atribuída uma figura gestora, alguém que por suas qualidades e merecimentos era investido na capacidade de tomar decisões, organizar e mesmo ditar conceitos sobre o certo e o errado.

Nessa seara, a divisão do poder no rumo da história dos povos voltou-se a determinar o equilíbrio do poder de governar através da imposição de limites o que, contemporaneamente, traduz a tripartição do poder adotado pela Carta Constitucional Brasileira de 1988.

Com a evolução e multiplicação das relações sociais houve um alargamento das intervenções do Estado, assim, no exercício das funções estatais de administrar, legislar e prestar jurisdição houve e há um agigantamento nas competências exercidas sobre tais relações de tal forma que, em não raras oportunidades, dentro do sistema da repartição dos poderes instauram-se conflitos

de invasão de atribuições típicas de cada função estatal, fora daqueles casos legalmente expressos.

A problemática visualizada e que provoca análise, então, tem destaque na intervenção sofrida pela função executiva, pontualmente na edição de atos administrativos voltados a realização das políticas públicas de regularização fundiária, enquanto ícones para garantia do direito constitucional à moradia, tendo em vista que com o desequilíbrio da estrutura administrativa por intervenção das demais funções estatais os reflexos são imediatamente sentidos pela própria coletividade, alvo direto dos atos administrativos de gestão.

De outro lado, o objetivo do estudo é abordar a formação da teoria da repartição dos poderes, modo singelo, evidenciando sua estruturação desde a origem, sua colocação nos diplomas constitucionais brasileiros, aí na qualidade de princípio, a interpenetração dos poderes, justamente representando o controle recíproco que propicia a noção de equilíbrio e por fim, a intervenção da função jurisdicional no próprio mérito do ato administrativo, pela eleição de políticas públicas.

Logo, o estudo aloca-se, em linhas gerais, na compreensão da teoria dos poderes como forma de assegurar o Estado de Direito e a proposta do mesmo quando o tema é direito à moradia, considerando a matriz constitucional vigente.

1. AXIOLOGIA FILOSÓFICA DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES ESTATAIS

A história da separação dos poderes traduz-se como a história da evolução da limitação do poder político, cujo escopo é criar um sistema de exercício moderado do poder através de uma repartição de competências. Nesses termos, considerando que a noção e busca pela organização estatal antecede mesmo à própria noção de organização política, é possível afirmar-se que a teoria da separação dos poderes, enquanto sinônimo de limitador, exhibe-se desde a Grécia e a Roma Antigas.

Na evolução histórica do tema torna-se necessário eleger um marco expressivo no desenvolvimento da limitação do poder estatal e, neste cenário, destaca-se Aristóteles como um dos primeiros pensadores efetivamente preocupados com o separatismo, evidenciando em sua obra, *A Política*, o que

genericamente, seria uma tripartição de poderes estatais, preocupando-se com a ineficiência e periculosidade social do controle exclusivo do poder.

Contudo, é precisamente no processo de concretização do Estado Moderno que os contornos da teoria da separação dos poderes são definidos, tendo sido apresentadas diversas perspectivas diferentes sobre a temática. Evidenciados, para então, Maquiavel, com a obra *O Príncipe* e John Locke (1632 – 1704), com o *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, sendo que, foi este o primeiro autor a apresentar uma teoria tecnicamente exposta para tratar as premissas referentes à organização do poder político segundo a teoria da separação dos poderes.

Vale, para o momento, fazer um breve apontamento sobre John Locke, considerando seu vulto na evolução da teoria da separação dos poderes.

Filósofo de tendências empiristas, tentava compatibilizar ciência e filosofia, acreditando e valorizando a experiência como fonte de conhecimento. Acreditava, também, que os homens, ao se organizarem em sociedade, alcançavam ao Estado parte de sua igualdade e liberdade, a fim de manter a segurança e o soberano seria, em outros termos, o agente executor da soberania do povo. Seu pensamento liberal influenciou as bases das democracias liberais, a ponto de, no século XVIII, os iluministas franceses terem buscado, em suas obras, as principais ideias responsáveis pela Revolução Francesa.

Então, ao retomar, pode-se afirmar que, na forma de doutrina, o primeiro surgimento da teoria separação dos poderes foi através do inglês John Locke, que tomou como parâmetro obviamente o Estado Inglês do Séc. XVII e, a partir daí, identificou quatro funções e dois órgãos do poder: a função legislativa para o parlamento e a executiva para o rei. Cumulando o rei, uma segunda e terceira funções, quais sejam, a federativa - questões de segurança, como guerra e paz e de ligas e alianças – e a de fazer o bem público. Sendo esta última de caráter impreciso, podendo dar azo a condutas absolutistas.

Friza-se, por fim, que para John Locke a função legislativa destaca-se sobre as demais, ficando a função jurisdicional sem grande expressividade.

Em 1748 a teoria da separação dos poderes ganha maior configuração através da obra de Charles Montesquieu, *O espírito das leis*, que, por sua vez, apresentava a figura dos três poderes, o legislativo, o executivo e o judiciário

exercendo seus papéis harmonicamente e independentes entre si, separação esta que hoje é prevista em quase totalidade das constituições.

Para Charles Montesquieu cada poder apresentava suas funções intrínsecas e inconfundíveis, admitindo ainda que estas funções fossem confiadas a um só órgão, porém sendo ideal que o Estado separasse os três órgãos, cada qual com sua função determinada.

A cumulação das três funções em um único órgão pode parecer contraditória a uma primeira leitura apressada, contudo, em sua obra, o filósofo elaborou três concepções de governo para poder fundamentar, em princípios lógicos, sua concepção de separação de poderes.

Assim, a primeira forma de governo, descrita e também a mais apreciada por Charles Montesquieu é a Monarquia, na qual o poder está concentrado nas mãos do rei que o exerce não apenas segundo o seu desejo pessoal, mas conforme a mediação da vontade real e da vontade da nobreza, sendo que, a monarquia concebida pelo filósofo em nada se relaciona com a forma absolutista, como as monarquias que existiam até meados do século XVIII, mas sim as monarquias constitucionais, como a existente na Inglaterra onde o poder da coroa é limitado por normas constitucionais que instituíram o parlamento como órgão de controle e representação da vontade dos súditos.

A República como segunda forma de governo é exercida diretamente pelo povo e, aqui, aponte-se que a República de Charles Montesquieu não contempla, a visão de um governo republicano exercendo seu poder por meio de eleições e representação política, toda a idéia é construída tendo por base experiências que ocorreram na Itália durante a idade média, como os pequenos Estados, em termos territoriais, onde os rumos políticos eram decididos por meio de participação direta dos cidadãos em assembleias públicas, como ocorrera nas Cidades-Estados da Antigüidade.

Como terceira e última forma de governo apontado está o Despotismo. Nesse caso, o poder não está submetido nem a uma constituição nem ao povo, mas centralizado na pessoa do Déspota, que exerce o poder de forma tirânica.

Assim, com base na sua concepção das formas de governo, Charles Montesquieu vê no equilíbrio e na moderação entre os poderes, a fórmula da estabilidade política, ou seja, o objetivo último da ordem política é assegurar a

moderação do poder mediante a "cooperação harmônica" entre os Poderes do Estado funcionalmente constituídos (legislativo, executivo e judiciário) com o escopo de assegurar uma eficácia mínima de governo, bem como conferir uma legitimidade e racionalidade administrativa à tais poderes estatais, eficácia e legitimidade essas que devem e podem resultar num equilíbrio dos poderes sociais.

Por fim, como resultado da evolução histórica da filosofia nos expoentes Aristóteles, John Locke e Charles Montesquieu, este último o responsável pela difusão da teoria que até os atuais dias orienta o Estado de Direito, em 1787 os Estados Unidos positivaram em sua Constituição o princípio da separação dos poderes que, mais tarde, em 1789, foi elevado a categoria de dogma, ao ser colocado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa: "Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes estabelecida não tem constituição".

Bem resume Moraes (2003, p. 369), que doutrina:

A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de Poderes" que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra "*Política*", detalhada, posteriormente, por John Locke, no *Segundo tratado de governo civil*, que também que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de *Montesquieu*, *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássica, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 [...].

A partir de então todas as constituições ocidentais passaram a prever, resguardadas as peculiaridades de cada governo, um esquema de divisão dos poderes.

2. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

O Brasil passou por seis diplomas constitucionais até alcançar a Magna Carta de 1988, sendo que, a Emenda nº 1 de 1969, nascida no corpo da Constituição do

Brasil de 1967, promoveu alterações de tão expressivo conteúdo que permitiu a afirmativa de que se estava diante de uma nova constituição e, por isso, se não considerados documentos físicos isolados, então foram sete blocos de conteúdo constitucional até atingir o texto em vigor.

A evolução constitucional brasileira tem seu marco inicial na Constituição Política do Império do Brasil, outorgada em de 25 de março de 1824, por D. Pedro I.

Em um universo textual de 179 (cento e setenta e nove) artigos a Constituição monárquica de 1824 estruturou a organização dos Poderes do Império com o singular aspecto de apresentar o quarto poder - Poder Moderador - na qualidade de poder neutro, criado com inspiração na doutrina do publicista Benjamim Constant e concentrado no próprio Imperador, cujo objeto resumia-se a velar pela independência, equilíbrio e harmonia dos outros poderes.

Afasta-se, portanto, da doutrina, hoje nomeada clássica, de Charles Montesquieu ao exhibir-se nos seguintes termos legais:

TITULO 3º

Dos Poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece.

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brazil são quatro: **o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.** (BRASIL, Constituição Política do Império do Brazil, 25 de março de 1824, 2015)(Grifo)

Na seqüência, em meio à crise das instituições monárquicas, adveio a primeira Constituição da República, a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil” que, por sua vez, consagrou a tradicional tripartição dos poderes, acompanhando a então implantação da forma republicana de governo e a forma federal de Estado.

Aponta o texto da Constituição da República de 1891 em seu art. 15 que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si” (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 24 de fevereiro de 1891, 2015).

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 pode ser apontada como efêmera na medida em que seguiu a tradição inaugurada pela primeira Carta da República, elencando três órgãos da soberania nacional.

Em um alargado do conteúdo constitucional, acompanhando a Carta Alemã de Weimar, incorporou ao seu texto matérias alusivas à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, com normas concernentes ao funcionalismo público, às Forças Armadas, à cultura, ao trabalho e previdência social.

Dispõe o texto constitucional em seu art. 3º que “são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.” (BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, 16 de julho de 1934, 2015)

Adiante, a Constituição de 1937, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, também chamada de Constituição Polaca, outorgada por Getúlio Vargas, silenciou quanto à separação dos poderes.

Ao mesmo tempo em que houve um indicativo de reconhecimento dos Poderes Legislativo e Judiciário este foi suplantado pela disposição do art. 73 do diploma para o qual o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 10 de novembro 1937, 2015).

Bem posta a crítica da doutrina formulada por Bonavides e Andrade (1991, p. 345) para a situação apresentada pela Constituição Polaca ao manifestar:

A competência dos três Poderes na Constituição de 1937, era meramente formal. Os artigos 38 e 49 que tratavam do Poder Legislativo esboroavam-se com o conjunto do texto e, mesmo, com a coexistência de um Conselho Federal criado pelos artigos 50 e 56, usurpando faculdades legislativas com dez dos seus membros escolhidos pelo Presidente da República e os restantes pelas Assembléias Legislativas dos Estados. Era o Senado sem voto popular, constituído já à época, dos senadores biônicos que recebiam a designação de “conselheiros”. Quanto ao Judiciário, o arbítrio do Poder Executivo ultrapassava até mesmo o texto da Carta constitucional. Esta, todavia deixava a brecha para esses abusos, quando em seu artigo 91, ressaltava as restrições à vitaliciedade, à inamovibilidade, à irredutibilidade dos vencimentos dos magistrados. A competência dos três Poderes ficou limitada ao centralismo do Executivo e condicionada aos interesses do chefe supremo da administração – o Presidente da República.

A quinta constituição do Brasil foi a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 que fez ressurgir a linha democrática. Afastada de grandes inovações,

retomou as bases da Carta de 1934, informando em seu art. 36 a independência e harmonia entre os Poderes da União: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

No seguimento, a Constituição de 1967, conhecida como Constituição Cidadã, foi marcada por dois apontamentos, quais sejam: a um, a expressiva quantidade de emendas que sofreu e a expedição de inúmeros Atos Institucionais; a dois, que mesmo confirmando o princípio da separação dos poderes, e nisso não inova, favoreceu o Poder Executivo ao instituir eleições indiretas.

Por fim, a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, Carta de 1988, que já em seu preâmbulo apresenta a instituição do Brasil, pela Assembléia Nacional Constituinte, como um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Adiante, deixa exposto a adoção do princípio da separação dos poderes quando no art. 2º, ao tratar dos princípios fundamentais expressa que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988, 2015)

Enfim, a despeito de alguns tropeços do legislador constituinte, como por exemplo, a excessiva participação do Poder Executivo no processo legislativo por meio, em especial, da edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, com força de lei, e também da concentração exagerada de matérias reservadas ao legislador federal, por força da repartição vertical de competências, adotadas pelo constituinte de 1988.

De tudo, a limitação do poder no Brasil provou uma importante evolução, com destaque no papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na tutela dos interesses coletivos e difusos, da tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

3. TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NA DOUTRINA CONTEMPORÂNEA: A INTERPENETRAÇÃO DOS PODERES

Vencidas as questões da axiologia da teoria da separação dos poderes, bem como sua apresentação no cenário constitucional brasileiro, importante compulsar como cada poder se expressa, ou seja, qual seu traço caracterizador diante da atividade prevalentemente exercida e, ainda, a interpenetração dos poderes.

Quando o legislador constituinte previu a separação dos poderes não formulou blocos isolados de atividades em que cada poder exercesse com exclusividade uma função – legislar, julgar e administrar, ao contrário, a premissa central era a harmonia e interdependência entre as funções estatais de forma que houvesse uma interpenetração dos poderes capaz de garantir um sistema recíproco de controle (freis e contrapesos), afastando, assim a ocorrência de arbitrariedades.

Segundo a doutrina de Moraes (2007, p. 389):

Lembre-mos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e interdependentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente.

Em conclusão, o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição dos Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez torna-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (checks and balances).

Vale destacar que para o exercício autônomo, os órgãos estatais gozam de prerrogativas que garantem a sua independência, prerrogativas essas alçadas na parcela de soberania estatal que lhes é atribuída pela própria Constituição.

Então, “cada função não é compartimental ou estanque no relacionamento com as outras, pelo que não se pode dizer que sejam funções soberanas, pois todas têm, acima de si, a Constituição, fonte de sua legitimidade e de sua atividade.” (SLAIBI FILHO, 2006, p. 489).

Considerando inconcebível a ausência de limitação do poder, várias foram as técnicas desenvolvidas para, como anteriormente mencionado, evitar a ocorrência de arbitrariedades. Sendo que, três merecem destaque nessa empreitada, quais sejam: a divisão territorial do poder, que inspira o federalismo, o reconhecimento dos direitos dos indivíduos como forma de limitar a atuação do Estado e a divisão funcional do poder, na qual coloca-se o clássico princípio da separação dos poderes, garantidor do Estado Democrático.

Nessa seara, cada poder desenvolve uma atividade predominante que lhe caracteriza – independência – assim, ao poder legislativo, compete a elaboração das leis, ao poder judiciário, no exercício da atividade jurisdicional, processar e julgar as lesões ou ameaças a direitos submetidas a sua apreciação e, por fim, ao poder executivo “ exerce uma atividade administrativa cujo conteúdo é a transformação da realidade fática segundo as decisões políticas ou de governo” (SLAIBI FILHO, 2006, p. 483).

Como visto a independência referida no art. 2º da Constituição Federal identifica a atividade típica exercida por cada um dos poderes, ao passo que a harmonia, responsável pelo equilíbrio entre os poderes e que impede a sobreposição de um sobre o outro é representada pelas atividades atípicas, conhecidas como o fenômeno da interpenetração dos poderes.

Colaciona-se a lição de Queiroz (1998, p. 150):

A independência dos poderes se manifesta na sua função principal, isto é, na sua atividade fim, bem como naquelas que a esta dão suporte. A harmonia é uma suavização desta independência. Assim, na função precípua de julgar, o juiz não se vincula a ordens ou orientações do poder executivo nem do legislativo. Porém, para julgar é preciso que seja competente, o que é estabelecido por lei, elaborada pelo legislativo e sancionada pelo executivo.

Ensina Chimenti (2006, p. 38):

Na prática, sem qualquer violação do art. 2º da CF, cada um dos Poderes exerce predominantemente sua função típica e, excepcionalmente, as funções dos outros Poderes. Trata-se da “interpenetração dos Poderes”, ou seja: tanto o legislativo quanto o judiciário exercem atipicamente funções administrativas (executivas) quando, por exemplo, preenchem os cargos de suas secretarias, concedem férias a seus funcionários e etc. (arts. 51, IV e 96, I, f, ambos da CF).

Em síntese, a teoria da separação dos poderes, da forma como projetado por Charles Montesquieu, na Constituição Brasileira e a par do pensamento contemporâneo aplica-se de forma temperada contemplando o que a doutrina jurídica chamou de interpenetração dos Poderes, também traduzida no exercício de funções típicas e atípicas que, por sua vez, exibem os preceitos constitucionais de independência e harmonia.

4. A FUNÇÃO EXECUTIVA E A INTERFERÊNCIA JURISDICONAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS: O DIREITO À MORADIA

Então, como visto anteriormente, dividido o poder e individuados seus órgãos, restou superada a questão da prevalência de um sobre o outro através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, admitindo-se, inclusive um nível de interferência.

Nessa seara, ganha força a idéia de controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um, tempo em que se inserem as políticas públicas, relativamente ao Poder Executivo.

Indiscutivelmente na esteira da separação dos poderes, pela atribuição das funções típicas, cabe ao Poder Executivo a criação e a execução das políticas públicas assim como marcadas na Constituição Federal. Tal atribuição repousa sobre uma estrutura de relativa proporção e complexidade conhecida como a máquina pública, de índole primariamente planejadora, donde se extrai a gestão pública pela elaboração de projetos e execução.

A problemática, contudo, ganha brilho com o controle jurisdicional efetuado por provocação para a revisão da regularidade com que o Poder Executivo vem exercendo suas atribuições.

Eventualmente o Poder Executivo, pode e é falho na execução de políticas públicas, momento em que legitimamente vem a ser cobrado de seus deveres constitucionais, contudo, preocupa a cobrança que vem através da prestação jurisdicional e que por demasiado invade a esfera de atribuições do Poder Executivo sem o conhecimento da realidade sobre o anseio social que se encontra a descoberto. O Poder Judiciário ao apreciar o caso concreto, adstrito aos elementos angariados na moldura processual, não dispõe do conhecimento que uma política pública exige para a sua execução.

Nesse contexto, pretender, por meio de prestação jurisdicional, promover controle dos atos administrativos – atividade típica do Executivo – significa quebrar por absoluto a independência de uma das funções estatais e, conforme a situação de fato pode resultar em uma prestação jurisdicional vazia, sem viabilidade de execução, posto que ultrapassa as forças do Poder Executivo.

Ensina Pazzaglini (1999. p. 20):

No que se refere ao alcance do controle judicial dos atos administrativos, prevalece, na doutrina e jurisprudência, a postura tradicional de que é vedado ao Poder Judiciário apreciar-lhes o mérito, cabendo-lhes perscrutá-los apenas sob o prisma da legalidade, sem incursão nas áreas reservadas à conveniência e ou oportunidade administrativas.

Aliás, em complemento, a própria jurisprudência, de onde frui a atividade jurisdicional típica já indica a impossibilidade de invasão na competência de cada Poder.

Agravo de instrumento. Ministério público. **Ação civil pública**. Obrigação de fazer imposta ao poder executivo pelo poder judiciário. **Matéria exclusivamente administrativa, não tendo o judiciário ingerência neste ponto**. Obrigação de fazer, que importa em atos de administração, substituindo os critérios de oportunidade e conveniência do **ato discricionário administrativo**. **Afronta ao princípio da separação dos poderes**. Não compete ao judiciário a fixação de prioridades no desenvolvimento de atividades afetas à administração. Inexistência de norma legal substantiva, que obrigue ou vede a prática de determinado ato à administração. Eventual responsabilização por perdas e danos, se da omissão resultar prejuízo. Precedentes jurisprudenciais. Posição doutrinária. Agravo provido. (Grifo) Porém, nunca é demais lembrar o princípio da separação dos poderes.

[...]

Ainda que louvável a iniciativa ministerial, resente-se ela, todavia, de foros de legalidade, pois, entendo que a medida pleiteada refoge ao âmbito da atividade jurisdicional e se concentra em lindes inteiramente administrativas, no que se interpõe o princípio da separação dos poderes.

[...]

É o voto. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça, Agr. Instr. nº 70004995767, Rel. Des. Vasco Della Giustina, 2002)

Pontualmente, para as políticas públicas que envolvem o direito à moradia, a intervenção do Poder Judiciário deve ser observada com cautela, pois as querelas que visam à regularização fundiária como obrigação imposta ao Poder Executivo, envolvem questões de extrema complexidade e que vão além da mera expectativa de uma simples divisão em glebas e titulação de propriedade.

Vale pinçar a lição de Canela Júnior (2011, p. 44) para destacar a cautela pela razoabilidade e proporcionalidade no que tange às órbitas de atuação de cada Poder Estatal:

A prioridade é determinante na atuação de todas as formas de expressão do poder estatal. Os atos legislativos, administrativos e judiciais devem priorizar o exame e a concretização dos direitos fundamentais, cada qual dentro da sua órbita de atuação. Qualquer ato, comissivo ou omissivo, das formas de expressão estatal que não priorize a efetivação dos direitos fundamentais é inconstitucional.

As referidas políticas públicas podem ser vistas, de certa forma, como um resgate ao direito à moradia, realizado em atenção à imperativa fixação de diretrizes para correção e planejamento da plataforma urbanística instalada, posto que, de nada adiante regularizar um lote sem que o mesmo esteja integrado a um padrão mínimo do qual se possa extrair a noção básica de função social da propriedade e, por conseguinte, de uma moradia salubre e capaz de sustentar a qualidade de vida.

Aliás, é o que se infere da Lei Federal nº 11.977, de 7 de julho de 2009, a qual dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida e sobre a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, ao dispor em seu art. 46:

A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A matriz constitucional que orienta o direito à moradia, posteriormente estabilizada pela legislação infraconstitucional, informa um padrão de urbanismo para ser observado em resguardo aos direitos sociais, em síntese, significa dizer que a Constituição, quando tratou do direito à moradia, entendeu que um meio ambiente equilibrado, saúde, educação, saneamento básico, segurança e lazer, por exemplo, são requisitos mínimos a serem contemplados.

Nesse sentido, as políticas públicas de regularização fundiária geralmente enfrentam o passivo histórico de uma transição urbanística traumática, cujo resultado é uma urbanização irregular, com evidente desorganização social, poluição de todas as ordens, deficiências de higiene e saneamento básico e, além do déficit habitacional.

O crescimento desordenado das cidades, somado ao aumento populacional, decorrente do abandono das zonas rurais é um dos principais fatores da, pois, de uma forma geral, as populações são conduzidas a loteamentos irregulares, como por exemplo, vilas ou favelas, onde a única realidade que lhes é ofertada é a de uma absoluta e inegável ausência de dignidade.

É nesse cenário de urbanização acelerada e desordenada, de irregularidades fundiárias e de fragilização da moradia digna, com a degradação da qualidade de

vida, que a intervenção jurisdicional deve ser medida. Um comando judicial que imponha uma obrigação de fazer ao Poder Executivo, sem o menor planejamento, sem o conhecimento da realidade instalada, não representa a melhor face do ativismo judicial e tão pouco representa responsabilidade social que, aliás, se exige de todos os Poderes.

Aliás, execução de políticas públicas de regularização fundiária enquanto efetivação do direito social à moradia e realização de objetivos definidos como fundamentais pela própria Magna Carta, pode bem ser identificada no conceito de Bucci (2006, p. 39):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, **a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.**(Grifo)

A realização de direitos sociais pelo Poder Judiciário, não se legitima apenas pela previsão constitucional desses direitos. Esse Poder não está apto a determinar a implementação de políticas públicas que visem garantir o direito à moradia, senão pelo emprego de instrumentos e medidas que atendam à premissa constitucional dentro dos próprios balizadores constitucionais que apontam à independência e harmonia entre os poderes conforme a sua caracterização essencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a separação de poderes converteu-se, ao longo dos séculos, num dos mais importantes postulados do Estado de Direito, tendo sido abrigado de forma expressa ou indireta por quase todas as constituições desde o século XIX.

Sua presença nas constituições brasileiras, mesmo que distante da maturidade desejada, isso até o advento da Constituição de 1988, evidenciou a adoção de limitação do poder pela separação em órgãos diferentes.

A partir de então o aprimoramento e delimitação das funções típicas e atípicas de cada função estatal se fez sentir cada vez com mais clareza, bem como o sistema de controle exercido reciprocamente.

Em contraponto conclui-se que a manutenção do princípio adotado em uma realidade com um número cada vez maior de relações sociais formando-se e de múltiplos segmentos, demanda dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário uma sensibilidade muito grande na medida em que criados para atender a anseios da coletividade e em vista de um bem maior.

Traduz-se, então, que ao Executivo são impostas obrigações inovadoras de gestão a cada dia, na medida em que os administrados esperam receber desse segmento uma postura assistencialista e de respostas rápidas, aliás, característica oposta natureza da atividade desenvolvida.

E ao Judiciário recaem todas as frustrações alçadas nas ações e omissões do Legislativo e Executivo, diante dos quais muitas vezes só lhe resta a emanção de ordens que se não cumpridas perdendo-se no papel, como por exemplo a omissão legislativa.

Assim, em que pese a teoria da separação dos poderes ser de suma importância para do Estado de Direito, sua realização demanda mais do que uma inscrição na Magna Carta, é preciso alavancar toda uma sistemática de articulação econômica, social e política caminhando par e passo a um sistema de freios e contrapesos no qual as ações voltadas ao equilíbrio (repressivas a condutas arbitrárias) não representem intervenções desmedidas, sob pena da legítima atividade de controle confundir-se com condutas arbitrárias.

Por fim, e pontuando o Poder Executivo, o sistema de freios e contrapesos deve observar a tênue linha entre o controle e a intervenção indireta, especialmente nas atividades voltadas a prestação de políticas públicas de regularização fundiária, considerando a complexa natureza dos direitos envolvidos.

A participação do Poder Judiciário nas políticas públicas de regularização fundiária deve ser pensada e realizada de forma a estabelecer antes de tudo uma atuação conjunta entre Executivo e Judiciário, através de projetos ao modelo do *more legal*.

E assim, para concluir que o princípio da prestação jurisdicional não se impõe em superioridade ao princípio da separação dos poderes que chancela mesmo

antes a habilitação do Poder Judiciário para suas atividades, mantendo a organização política do Estado.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, P.; ANDRADE P.. *História Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BRASIL. *Constituição Federal*, promulgada em 05 de outubro de 1988, atualizado até a Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004. 9.ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2005.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acessado em: 29 abr. de 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acessado em: 29 abr. de 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acessado em: 29 abr. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acessado em: 29 abr. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 25 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70004995767, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Julgado em 18/12/2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acessado em: 27 abr. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de políticas públicas em direito*. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. *A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil*. Santa Cruz do Sul: Editora Livraria do Advogado, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. *Direito Constitucional*. 21ª.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MAHFUS, Julio César. *Gestão Pública Democrática e o Estatuto da Cidade*. Cachoeira do Sul: Gráfica Jacuí. 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino et al. *Improbidade administrativa: aspectos jurídicos as defesa do patrimônio público*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

QUEIROZ, Ari Ferreira de. *Direito Constitucional*. 8ª.ed. Goiânia: Editora Jurídica IEPC, 1998.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. 2ª.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.