

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COGEAE

ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DIREITO SOCIAL À MORADIA ADEQUADA

LEANDRO PINHO CARLOTO

São Paulo – SP
2017

LEANDRO PINHO CARLOTO

DIREITO SOCIAL À MORADIA ADEQUADA

Monografia apresentada para
obtenção do título de especialista em
Direito Constitucional na Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
– PUC/SP.

Orientador: Prof. Me. João Paulo
Pessoa.

São Paulo - SP
2017

Os piores senhores eram os que se mostravam mais bondosos para com seus escravos, pois assim impediam que o horror do sistema fosse percebido pelos que o sofriam, e compreendido pelos que o contemplavam.

Oscar Wilde¹

¹ WILDE, Oscar. *A alma do homem sob o capitalismo*. Trad. Heitor Ferreira da Costa. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 16.

AVALIAÇÃO.....

ORIENTADOR.....

RESUMO

CARLOTO, Leandro Pinho. **Direito social à moradia adequada**. 2017. 116 f. Monografia (especialização em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

A moradia sempre foi o alicerce da vida em sociedade do ser humano desde os primórdios, onde assegurar um lar digno é dever de todo Estado moderno. O objetivo desse trabalho foi analisar a aplicabilidade, vinculação e juridicidade desse direito fundamental social no ordenamento não só no jurídico pátrio, mas também aos Poderes Legislativo e Executivo, levando em consideração documentos internacionais que estimularam a sua positivação em nossas Constituições, em especial a Constituição “Cidadã” de 1988.

Palavras-chave: direitos fundamentais, direitos sociais, direito à moradia adequada, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, direito constitucional, direito internacional, direitos humanos.

SUMÁRIO

Introdução.....	7
1. Considerações preliminares.....	9
1.1. Breve histórico.....	9
1.2. Surgimento do direito à moradia adequada.....	15
2. Direito à moradia adequada.....	24
2.1. Direitos Fundamentais na esfera constitucional.....	25
2.2. Moradia adequada como Direito Social.....	33
2.3. Dignidade da pessoa humana e o direito à moradia adequada.....	37
2.4. Eficácia do direito à moradia adequada.....	42
2.4.1. Direitos de defesa (dimensão positiva).....	48
2.4.2. Direitos de prestação (dimensão positiva).....	50
3. Judicialidade dos Direitos Sociais.....	55
3.1. Reserva do possível e mínimo existencial.....	61
3.2. Proibição ao retrocesso social.....	67
4. Direito à moradia adequada no ordenamento jurídico brasileiro.....	74
4.1. Esfera constitucional.....	76
4.2. Normas infraconstitucionais.....	84
4.3. Jurisprudência nos Tribunais.....	90
5. Conclusão.....	106
6. Bibliografia.....	111

Introdução

O mundo contemporâneo, das “sociedades líquidas” de Bauman², contempla diversos desafios e limitações da concretização de Direitos inerentes a todas as pessoas, entre eles o direito a uma moradia adequada.

Estudar o tema sobre o direito à moradia adequada é estudar sobre a própria condição do ser humano, tendo em vista que desde sempre a sociedade encontra na moradia um dos elementos essenciais para a preservação da raça humana e, com o passar do tempo, passou a ser reconhecida como direito inerente à condição do próprio homem.

Em um primeiro momento, deve-se compreender o surgimento da ideia de uma moradia adequada na história da humanidade, para assim, prestar-se o devido respeito ao seu valor como direito humano.

O dever dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) é de participar na fomentação desse direito, cabendo ao Legislativo o regramento normativo e ao Executivo o traço das política públicas. Para o Judiciário, além do importante papel de garantir o respeito ao Estado Democrático de Direito, deve delimitar a atuação dos outros Poderes que visem usurpar os direitos fundamentais, seja de maneira comissiva ou de maneira omissiva.

² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

O direito à moradia adequada nasce do princípio da igualdade, que roga para o Estado por fim nas diferenças sociais que afetam a sociedade como um todo.

Extingui-lo é impossível, pois está estritamente atrelado a dignidade da pessoa humana. Ferir o núcleo duro desse direito humano é não assegurar o mínimo para uma vida digna.

Assim, o tema tem estado em roga e posto em questionamento. Por ser um dos direitos sociais positivados na Constituição Federal de 1988, muitas vezes, em razão desta qualidade, gera despesas públicas, o que, em tempos de crises econômicas, coloca-se em risco a sua efetivação.

Nota-se que parcela significativa da população mundial carece de uma moradia adequada. É o mesmo que ocorre no Brasil. Pessoas de baixas renda passam a ser marginalizadas, uma vez que o não cumprimento do dever do Estado em garantir uma moradia digna gera uma cadeia de violação de vários outros direitos, como, por exemplo, o direito à vida, à privacidade, à personalidade, à felicidade...

Tentar demonstrar o dever do Estado em promover o direito fundamental social à moradia adequada é o objetivo do presente trabalho e é o também o de buscar questionar em que momentos os cidadãos, em especial os mais frágeis na pirâmide social, podem vir a pleitear esse direito humano tão essencial.

1. Considerações preliminares

O direito à moradia adequada é de fundamental importância para o gozo de vários outros direitos essenciais para uma existência digna.

Raquel Rolnik - relatora especial da Organização das Nações Unidas para o Direito à Moradia Adequada entre os anos 2008 a 2014, apresenta a necessidade da efetivação do direito mencionado, narrando:

Desde o século XIX, diante das monstruosidades das cidades inglesas descritas por Charles Dickens, uma narrativa transformou-se em senso comum, multiplicando *ad nauseam* a ideia da existência de um “outro” sobrando nas cidades: as hordas de pobres desempregados ou trabalhando em regimes de informalidade, que subsistem em situações de precariedade habitacional. De acordo com essa visão, as cidades crescem mais rápido do que deveriam e não conseguem absorver todos os que para ela migram, gerando “inchamento” em vez de crescimento.³

Este capítulo visa, em um primeiro momento, breve histórico sobre a origem da ideia de moradia na sociedade para, posteriormente, analisar como o direito à moradia adequada foi consagrado como direito fundamental inerente a todos os homens.

1.1. Breve histórico

Para entendermos a ideia de que todo ser humano necessita de uma moradia adequada para, assim, desfrutar de grande parte de seus

³ ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015, p. 155.

direitos básicos⁴, precisamos esclarecer a sua formação histórica no bojo da sociedade.

Partindo da ideia do grande sociólogo Léon Duguit de que “a existência da sociedade é um fato primitivo e humano, e não, portanto, produto da vontade humana”⁵, extrai-se que todo homem sempre integrou (e integra) a sociedade, independentemente de sua vontade.

Assim, sempre existiu no ser humano a necessidade de aproximação com seus semelhantes, visando suprir as suas necessidades por alimentos, segurança e, principalmente, abrigo.

Deste modo, “o surgimento dos conglomerados urbanos é um fato histórico, geográfico e, acima de tudo, social”⁶. O surgimento de conglomerados urbanos começa com o fim da pré-história, pois não existia cidade naquela época, mas apenas aldeias rurais provisórias, que mudavam de acordo com o esgotamento dos recursos naturais e as intempéries de um determinado local. O conceito de moradia nasce com o surgimento das cidades, pois afasta a ideia de “habitação” temporária.

Segundo Romanelli, uma das razões que se dá historicamente para o surgimento das cidades é o significativo respeito que o homem

⁴ Nos dizeres de Nalini: “O teto é imprescindível à garantia da maior parte de todos os demais direitos pertinentes ao ser pensante”. NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39.

⁵ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. 3º ed. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 35.

⁶ ROMANELLI, Luiz Cláudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 21.

antigo dava aos mortos, buscando um local fixo para eles. “Os mortos foram os primeiros a ter uma moradia permanente”⁷.

Outro fator determinante para o surgimento das cidades, de acordo com o mesmo autor, foi o fator econômico. A partir do desenvolvimento da agricultura irrigada nas planícies dos grandes rios, surgiu a necessidade de abertura de canais para irrigações, drenagens de pântanos, construções de represas e poços, fazendo com que as pessoas realizassem um trabalho coletivo para o melhor aproveitamento hidráulico. Nesta período, a cidade se caracterizava como centro administrativo e consumidor dessa produção de alimentos⁸.

Com o passar dos séculos, a cidade se transformou, deixando de ser mero centro administrativo e consumidor para também se tornar um centro de produção. Tal característica se deu por volta do século XII e XIII.

É a partir da Revolução Industrial no século XIX, que a ideia de moradia ganhou realmente grande enfoque, pois, nesta época, ocorria a industrialização dos meios de produção e, por consequência, a transformação das cidades⁹.

⁷ ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 22.

⁸ Cf. ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 22.

⁹ Na opinião de Carvalho, “todos estes processos de transformações resultaram em graves diferenças sociais, as quais, pro sua vez, fomentaram a insatisfação das classes populares, que não mais suportavam pagar sozinhas as contas do desenvolvimento econômico”. CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 58-59.

Com isto, “o industrialismo, principal força criadora do século XIX, produziu o mais degradado ambiente urbano que o mundo jamais vira”, assevera Nolasco¹⁰.

Consequentemente, a industrialização fez com que o número de habitantes nas cidades multiplicasse. Assim, de acordo com a análise de Nolasco:

A condição das cidades que, em época industrial, viram o número de habitantes multiplicar-se por dez e por vinte, é quase desesperadora; solidificadas por imundo magma de construções, não deixando espaço para os serviços sociais, nem para o verde público, onde moram, em objetiva condição de inferioridade, milhões de pessoas.¹¹

Londres, berço da Revolução Industrial, é exemplo. A cidade britânica sofreu graves consequências com a multiplicação e crescimento desenfreado de sua população, como no histórico inverno de 1952, conhecido como *Big Smoke*¹².

O crescimento desenfreado e desorganizado da cidade não só ocasionou a precariedade da moradia que podemos observar hoje, mas também o cerceamento de direitos que desdobram da sua efetivação.

¹⁰ NOLASCO, Loreci Gotteschalk. *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2009, p. 45.

¹¹ NOLASCO, Loreci Gotteschalk. Op. cit., p. 47.

¹² O Nevoeiro de 1952, conhecido também como *Big Smoke* (ou *Great Smoke*), foi um período de severa poluição atmosférica, entre os dias 5 e 9 de novembro de 1952 que encobriu a cidade de Londres. O fenômeno foi considerado como um dos maiores impactos ambientais até então, sendo causado pelo crescimento incontrolável da queima de combustíveis fósseis na indústria e nos transportes. Acredita-se que o nevoeiro tenha matado cerca de 4.000 londrinos, e deixados outros 100.000 doentes. Cf. SAMUELSON, Kate. *Everything to know about the great smoke of 1952*. 04/11/2016. Disponível em: <<http://time.com/4554972/great-smog-london-crown-netflix/>>. Acessado em: 20/12/2016.

Tanto o direito à moradia adequada, quanto os direitos que dele se desdobram, são fundamentais para o desenvolvimento humano.

No Brasil, tal problema começou a ser sentido pelo Estado no final do Império, em decorrência das inúmeras manifestações abolicionistas até a sua concretização. Romanelli explica que, na época da escravidão, existiam abrigos coletivos para os escravos e, com a concretização da abolição, os ex-escravos passaram a buscar a sua própria habitação individual nas vilas e cidades¹³.

O Estado brasileiro, até meados de 1850, tinha como preocupação tão somente a sua economia, que se concentrava na agricultura e na exploração da mão-de-obra escrava. Apenas os proprietários desses escravos que eram possuidores de efetiva moradia, cabendo-lhes fornecê-la em forma de moradia coletiva¹⁴.

A situação em tela gerou um grande descompasso na realidade urbana daquela época, uma vez que os libertos se tornaram marginalizados à sociedade, por não possuírem condições de adquirirem moradias que acudissem suas necessidades básicas, seja por falta de condições econômicas ou por desinteresse de um Estado, de origem escravocrata, que assegurasse uma condição digna para estas pessoas.

Até a década de 30 do século passado, o Estado brasileiro apenas interviu no âmbito habitacional de forma mínima, restrito à

¹³ ROMANELLI, Luiz Claudio, Op. cit., p. 38.

¹⁴ Cf. ROMANELLI, Luiz Claudio, Op. cit., p. 38 e 39.

medidas de cunho sanitarista, com a finalidade de diminuir as terríveis condições de higiene das moradias dos trabalhadores¹⁵.

A administração pública daquela época não tinha interesse na aplicação de políticas públicas eficazes para a melhoria das moradias de seus administrados. Os administradores não se atentaram para o valor institucional da cidade e, conseqüente, das moradias, que é “proporcionar a vida social e o desenvolvimento da personalidade humana”¹⁶.

Com o passar dos anos, acontecimentos históricos mundiais ocasionaram verdadeiro avanço na ideia de direito à moradia. A partir do término da Primeira Guerra Mundial houveram significativos avanços sociais, e, ao fim da Segunda Guerra Mundial, a sociedade teve que realmente que se reestruturar, pois nesta época ocorreram as maiores violações inerentes ao ser humano.

Foi com base em um mundo pós-guerras que os direitos sociais, atrelados a dignidade da pessoa humana, floriram e buscaram não somente o reconhecimento institucional, mas também efetivação por parte de quem deva promovê-los.

Importante registrar a preocupação levantada por Nolasco que hoje se tem a respeito do direito à moradia adequada:

O direito à moradia causa, hoje, problema para os juristas e políticos por uma razão histórica. Nossas cidades foram transformadas, desde o advento do capitalismo propriamente dito, em aglomerados de gente, em mercadoria, e perderam a

¹⁵ Cf. ROMANELLI, Luiz Claudio, Op. cit., p. 39.

¹⁶ NOLASCO, Loreci Gottschalk. Op. cit., p. 47.

característica de centros de vida e habitação tranquilos para transformarem-se em sedes de indústrias e serviços: a produção capitalista ganhou a cidade.¹⁷

Por fim, tendo o enfoque histórico demonstrado e sua razão de ser, resta encontrar em quais diplomas o direito à moradia adequada veio a ser consagrada.

1.2. Surgimento do direito à moradia adequada

Na esfera internacional, em um mundo pós-guerra, que o direito à moradia adequada tomou as suas primeiras formas.

Apesar desse direito ter tido contornos mais específicos no Brasil somente na década de 90, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, criada em dezembro de 1948¹⁸, trouxe um dos primeiros reconhecimentos ao direito à moradia adequada em seu art. XV, item 1, *in verbis*:

Artigo XV, item 1: Toda pessoa tem direito a um padrão de vida suficiente para assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, **habitação**, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e tem direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. (*grifo nosso*)

Para Monteiro¹⁹, a Declaração Universal de Direitos Humanos consistiu em um verdadeiro marco no reconhecimento da universalidade

¹⁷ NOLASCO, Loreci Gottschalk. Op. cit., p. 53.

¹⁸ A DUDH foi adotada e proclamada pela Resolução da Assembleia Geral n. 217-A, de 10 de dezembro de 1948.

¹⁹ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 37.

e da inerência dos direitos humanos, dispondo que a simples condição humana já é o suficiente para a titularidade desses direitos essenciais.

Lembra Romanelli²⁰, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, instrumento importante no sistema onusiano²¹, não apresentava um caráter vinculante dos grandiosos direitos que nela se proclamaram em face dos Estados.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, foi elaborada pela extinta Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas²² para ser uma etapa anterior à elaboração de um “tratado internacional de direitos humanos”, como explica Carvalho Ramos²³. O objetivo da Comissão de Direitos Humanos era o de criar um marco normativo com força vinculante, logo após a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos. No entanto, a guerra fria impediu a concretização desse objetivo.

Não obstante da importância que a Declaração Universal de Direitos Humanos tem como instrumento da defesa dos direitos humanos, o fato é que este documento teve sua eficácia mitigada diante do contexto político polarizado da época²⁴. Os defensores do comunismo recusavam

²⁰ ROMANELLI, Luiz Claudio, Op. cit., p. 43.

²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 147 e s.

²² A extinção da Comissão de Direitos Humanos da ONU ocorreu em 2006, sendo substituída pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU. Cf. VIERGAS E SILVA, Marina. *O conselho de direitos humanos da ONU: seis anos depois*. Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR. São Paulo, V. 1, n. 18, janeiro/2004. Disponível em <goo.gl/DKpD5k>. Acessado em 02/01/2017.

²³ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 147.

²⁴ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 39.

as liberdades individuais, enquanto os favoráveis ao sistema capitalista nutriam grande desconfiança em relação aos direitos sociais²⁵.

Somente em 1966, ou seja, vinte anos depois da edição da DUDH, foram aprovados dois Pactos Internacionais: o dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos trouxe a previsão de direitos endereçados aos indivíduos, e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu deveres dirigidos aos Estados Partes, impondo-lhes o dever de promover ações no sentido de garantir os direitos enunciados²⁶. O primeiro teve adesão maciça dos Estados liberais, enquanto o segundo foi preferido pelos Estados comunistas²⁷.

Foi o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) que trouxe, em seu art. 11, item 1, o dever dos Estados Partes de reconhecerem o direito essencial à moradia adequada:

Art. 11, item 1: 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 Parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução

²⁵ Cf. GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008, p. 36.

²⁶ O art. 2º, item 1, do PIDESC dispõe: “Cada Estado Parte do Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômicos e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

²⁷ Cf. MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Op. cit.*, p. 40.

desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (*grifo nosso*)

No Brasil, tanto o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, só foram inseridos no ordenamento jurídico pátrio após a advento da Constituição Federal de 1988.

O PIDCP teve a aprovação do Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao Pacto foi depositada em 24 de janeiro de 1992 e entrou em vigor internacional, para o Brasil, em 24 de abril do mesmo ano. Finalmente, ocorreu a sua promulgação (incorporação no ordenamento jurídico pátrio) pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992.

Já o PIDESC teve sua aprovação também pelo Decreto Legislativo n. 226. A sua Carta de Adesão foi depositada no dia 24 de janeiro de 1992 e o Pacto entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, três meses após a data do depósito, conforme determina seu art. 27, item 2²⁸. Em 6 de julho de 1992, o PIDESC foi promulgado pelo Decreto n. 591, que entrou em vigor na data de sua publicação, em 7 de julho de 1992.

Constata-se certo lapso temporal significativo da demora em que o Brasil teve para interiorizar tais Pactos. O motivo principal da

²⁸ BRASIL. Decreto n. 591/92, art. 27, item 2: “Para os Estados que vierem a ratificar o presente Pacto ou a ele aderir após o trigésimo-quinto instrumento de ratificação ou adesão, o presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, pelo Estado em questão, de seu instrumento de ratificação ou de adesão.”

demora no Brasil²⁹, em adotar os referidos Pactos Internacionais, é que o país vivia o regime da ditadura militar (1964 a 1985), onde “nem os direitos sociais nem os civis eram privilegiados”³⁰.

Deve-se reconhecer que o apuro técnico, a coercibilidade e a possibilidade de imposição judicial dos direitos previstos no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não estavam entre as principais preocupações dos Estados-Partes que o promoveram. Por tal razão, a consagração do direito humano à moradia adequada em seu texto se mostrou insuficientemente detalhada e imprecisa, tendo por origem a previsão genérica de reconhecimento de um direito a uma vida digna, como aponta Monteiro³¹. Todavia,

Não obstante a falta de um reconhecimento mais concreto e analítico dos direitos ali previstos, o PIDESC serviu de ponto de partida para o desenvolvimento de uma rica produção dogmática que tomou corpo a partir de sua aprovação.³²

Monteiro acrescenta que:

Ao promover a regulamentação da Declaração Universal, o PIDESC exerceu a importante função de incorporar os princípios previstos neste documento internacional como preceitos juridicamente obrigatórios e vinculativos. Destarte, esse pacto, sob a forma de tratado internacional, permitiu a

²⁹ Antes da Constituição Federal de 1988, lembra Barroso que o Brasil vivia intensamente todos os ciclos do atraso: “a escravidão, o coronelismo, o golpismo, a manipulação eleitoral, a hegemonia astuciosa de alguns Estados membros da Federação, o populismo, o anticomunismo legitimador de barbaridades diversas, uma ditadura civil e outra militar”. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁰ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 40.

³¹ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 40 e 41.

³² MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 41.

adoção de uma linguagem de direitos que resultasse em obrigações na esfera internacional, por meio da sistemática da *international accountability*. Assim, esse importante documento de direito internacional resultou na criação de obrigações legais aos Estados-partes, possibilitando a responsabilização internacional em caso de desrespeito aos direitos por ele enunciados.³³

Com razão está o citado autor, uma vez que diversos documentos internacionais passaram a reconhecer a moradia como um direito humano. Observa-se tal fato: na Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965³⁴, em seu art. V, item “e”, subitem iii; na Declaração do Progresso e Desenvolvimento Social de 1969, em seus artigos 10, item “f” e 18, item “d”; na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976, Seção III (8) e capítulo II (A.3); na Declaração sobre Raça e Preconceito Racial de 1978³⁵, em seu art. 9, item 2; na Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)³⁶, que também previa em seu texto a proteção à habitação, conforme o art. 14, item 2, alínea “h”; na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1985, art. 1º, parágrafo 1º; na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989³⁷, em seu art. 27, item 3; na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989³⁸, artigos 13 a 19; na Convenção dos Trabalhadores Migrantes de 1990 em seu art. 43; na Agenda 21 sobre o Meio Ambiente

³³ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 41.

³⁴ BRASIL. Decreto n. 65.810 de 8 de dezembro de 1969.

³⁵ A Declaração sobre Raça e Preconceito Racial foi adotada pela Conferência Geral das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura na sua 20ª sessão em 27 de novembro de 1978.

³⁶ Adotada pela Resolução 34/180 da Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1979 – ratificada pelo Brasil no dia 1º de dezembro de 1984.

³⁷ BRASIL. Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990.

³⁸ BRASIL. Decreto n. 5.051 de 19 de abril de 2004.

e Desenvolvimento de 1992, capítulo 7, item 7.6; na Carta Social Europeia, revisão de 1996, art. 31; na Agenda Habitat de 1996 e nos Comentários Gerais 4 e 7 do Comitê das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Assim, a partir do PIDESC, o âmbito internacional inaugurou um verdadeiro arcabouço de documentos internacionais que visam constar a proteção ao direito à moradia. Nota-se que vários desses documentos internacionais foram ratificados pelo Brasil, em especial o instituído pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2000, que introduziu no ordenamento jurídico constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência merece o devido destaque, pois foi a primeira convenção internacional sobre direitos humanos a receber o status de emenda constitucional auferido pelo art. 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988³⁹, e veio a tratar o direito à moradia, no que diz respeito as peculiaridades da referida convenção, em seus artigos 19, “a” e 22, item 1.

O artigo 28 da citada Convenção é o que mais interessa para neste momento, pois, como preconiza o próprio artigo em seu item 1, *in verbis*:

³⁹ Art. 5º, § 3º, CF: “Os tratados e convenção internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (Incluído pela EC n. 45/04).

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e *moradia adequados*, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência. (*grifo nosso*)⁴⁰

O professor Romanelli⁴¹ considera que foi com a Primeira Conferência das Nações Unidas de 1976 que a moradia adequada passou a ter status de direito humano fundamental. Nas palavras de Luiz Inácio:

A Declaração de Vancouver, resultado da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, realizada em 1976, no Canadá, chamada de agenda Habitat I, revelou a existência de um consenso mundial quanto às políticas públicas concernentes aos assentamentos humanos, enquadrando a moradia adequada e os serviços a ela relacionados como direito humano elementar.⁴²

Ademais, segundo Romanelli, no decorrer da Segunda Conferência das Nações Unidas, a moradia foi objeto de muitas discussões envolvendo a questão de ser ou não um direito humano básico. Devendo neste contexto, a partir da Declaração de Istambul, fruto da Segunda Conferência das Nações Unidas (Agenda Habitat II), “que os países signatários reconheceram a obrigação de realizar políticas públicas para proporcionar o acesso à população a este bem básico”⁴³.

Desse modo, através da Agenda Habitat II que o Brasil incluiu, por meio da Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000, o

⁴⁰ BRASIL. Decreto n. 6.949 de 25 de agosto de 2009.

⁴¹ ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 44.

⁴² INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito social à moradia & a efetividade do processo*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 38.

⁴³ ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 44-45.

direito à moradia como um dos direitos sociais elencados no art. 6º da Carta Magna, esculpida na parte em que se trata dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição, em específico quando se proclamam os Direitos Sociais.

Neste sentido, com a inclusão da moradia no bojo da Constituição Federal, a responsabilidade do Estado aumenta, em razão de se tratar de um direito fundamental atrelado ao princípio da dignidade da pessoa e ao princípio da igualdade.

Traçando um conceito primário do direito à moradia adequada, José Afonso da Silva⁴⁴ ensina que:

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o *residir* e o *habitar*, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo *morar*, do latim “*morari*”, que significava *demorar*, *ficar*. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia. O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas.

Através desses entendimentos abordados que o direito à moradia adequada será estudado como um direito social fundamental ao ser humano.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 318.

2. Direito à moradia adequada

Pelo caminho trilhado até o momento, já podemos perceber a importância que o direito à moradia adequada possui em um Estado Democrático de Direito. A busca pela justiça social ganhou força nos últimos anos, através da adoção do modelo de Estado Social e da mudança da sistemática do Direito Constitucional e Internacional.

A positivação dos direitos fundamentais nas Constituições dos Estados constituiu em um grande passo para todos os membros da sociedade, em especial os grupos marginalizados. Através da necessidade de proteger os mais fracos que os direitos sociais surgiram. Arelados aos princípios da solidariedade e da igualdade, tais direitos exigem do Estado atuações de caráter prestacional, bem como o dever de não intervenção ou supressão de direitos sociais já consolidados.

Ademais, importante ressaltar, quanto a nomenclatura empregada ao direito à moradia adequada varia entre os autores da doutrina nacional e estrangeira, podendo ser chamada de “direito à habitação”, “direito à moradia digna”, “direito fundamental social à moradia adequada”, ou simplesmente “direito à moradia”, sendo esta última variação a mais empregada em normas jurídicas. No entanto, para o presente trabalho, a variedade de nomenclatura pouco importa, uma vez que todas orbitam no sentido de se tratar de um direito fundamental com o viés de respeito a dignidade da pessoa humana e na busca da justiça social.

2.1 Direitos Fundamentais na esfera constitucional

O desenvolvimento do direito constitucional nos dias atuais se deve a importância que a Constituição passou a prestigiar os direitos fundamentais como núcleo essencial da proteção da dignidade humana, sendo este o alicerce de todo e qualquer Estado e sociedade.

É cediço que os direitos fundamentais não são estáticos ou imutáveis ao decorrer do desenvolvimento da sociedade⁴⁵. Bandeira de Mello⁴⁶ ensina que em cada período histórico, os legisladores constituintes incorporam nos textos constitucionais as ideias em que consagram como as mais generosas expressões do ideário da época.

Sucintamente, sobre a evolução histórica dos direitos fundamentais, Galindo⁴⁷ relata que:

Os direitos de primeira geração já foram consagrados no advento do Estado Liberal nos séculos XVIII e XIX. Os de segunda geração foram consagrados mais de um século após os movimentos liberais, no início do século XX, com o advento do Estado social. Os de terceira geração, pertencentes difusamente à humanidade, vêm sendo consagrados nos últimos tempos, o que realmente nos dá a impressão de que os direitos fundamentais podem ser divididos em gerações.

⁴⁵ Nas palavras de Bobbio: “os direitos do homem constituem uma classe variável, como a história destes últimos séculos demonstra suficientemente. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 38.

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 9.

⁴⁷ GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 57.

Esta classificação foi lançada pela primeira vez por Karel Vasak, na França em 1979, tendo sido influenciado pelo dístico da Revolução Francesa: liberdade (*liberté*), igualdade (*égalité*) e fraternidade (*fraternité*). Consagrou-se deste modo a teoria geracional dos direitos fundamentais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal utiliza a teoria geracional da seguinte forma:

Os direitos de *primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de *segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de *terceira geração*, que materializam poderes e titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade. (*grifo nosso*)⁴⁸

Alguns autores, como Bonavides⁴⁹, defendem a existência de quatro ou até cinco gerações de direitos fundamentais.

Apesar da crítica doutrinária acerca da nomenclatura empregada na teoria geracional, alguns consideram correto o uso de

⁴⁸ STF. MS nº 22.164. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 30/10/1995. Publicado em: DJ 17/11/1995

⁴⁹ Bonavides, em sua obra de *Curso de direito constitucional*, trata dos direitos fundamentais de quarta geração e ainda reserva um capítulo inteiro para falar dos de quinta geração – direito à paz. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 579 e ss.

“dimensões” ao invés de “gerações”⁵⁰. Dessa discussão, Bonavides esclarece que a nomenclatura utilizada não importa, pois as gerações de direitos fundamentais “traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo”⁵¹, ou seja, uma geração não substitui a outra.

O constituinte originário, ciente da importância em valorar os ideais consagrados da sua época, percebeu que a melhor maneira seria incorporando-os no documento de maior grau de importância, tal seja, uma Constituição⁵². Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco discorrem que

Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene à maiores ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.⁵³

Por este entendimento, a força que uma Constituição possui protegeria valores importantes para existência humana, principalmente em momentos que surgissem situações passageiras que os colocassem em

⁵⁰ Há certa discussão quanto a nomenclatura “gerações”, onde, muitos autores como Carvalho Ramos, alegam que o termo correto seria “dimensões”, pois tais direitos “representam um conjunto mínimo de direitos necessários a uma vida única, conseqüentemente, uma geração não sucede a outra, mas com ela interage, estando em constante e dinâmica relação”. RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 57.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24^o ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 563.

⁵² Na lição clássica de Dallari, “as normas constitucionais, em qualquer sistema regular, são as que têm o máximo de eficácia, não sendo admissível a existência, no mesmo Estado, de normas que com elas concorram em eficácia ou que lhes sejam superiores”. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 31^o ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 203.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Ed. 10^o. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 135.

risco, como no caso de comoções nacionais descabidas, e também vincularia todos (particulares e Poderes do Estado) às suas normas⁵⁴.

A ideia de positivar os direitos fundamentais no bojo da Constituição é fruto das revoluções liberais oitocentistas⁵⁵. Carvalho Ramos lembra que até mesmo a terminologia foi alterada, onde, anteriormente denominava “direitos humanos” passou a ser “direitos fundamentais”:

reservam o termo “direitos humanos” para o plano internacional e utilizam o termo “direitos fundamentais” para denominar os direitos essenciais positivados no plano interno e, em especial, nas Constituições.⁵⁶

Neste sentido, nas palavras de Ingo Sarlet:

o termo “direitos fundamentais” aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal (hoje, já se reconhecendo a pessoa como sujeito de direito internacional), independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional.⁵⁷

⁵⁴ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes e outros. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 326-328.

⁵⁵ Revoluções liberais oitocentistas foram movimentos revolucionários de caráter liberal e burguês que eclodiram em vários países europeus no século XIX. Essas revoluções são consideradas prolongamento da Revolução Francesa de 1789. Têm em comum o nacionalismo e o liberalismo.

⁵⁶ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 83.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, p. 65-119, julho/setembro de 2003.

Percebe-se a existência de uma Constituição, contendo um conjunto de dispositivos exaltando tanto os direitos individuais como os direitos sociais, em todas as sociedades, mesmo quando geridas de forma autoritária, impopular ou antidemocrática. É neste entendimento que Bandeira de Mello⁵⁸, citando a análise de Adolph Merkel, alude que até mesmo um monarca hereditário ou alguém que se auto-investe com o poder constituinte, alegando representar o povo, irá inserir dispositivos na Lei Suprema que prestigiem direitos individuais e sociais, escolhidos com o intuito de dar certa aparência democrática na legitimação e manutenção do seu poder.

Já autores como Carvalho⁵⁹, acreditam que os direitos fundamentais e a democracia possuem uma relação de interdependência ou reciprocidade, para assim originar Estado Democrático de Direito.

Ademais, alguns autores alertam do risco na necessidade de positivação dos direitos fundamentais. Fábio Konder Comparato, trazido por Carvalho Ramos⁶⁰, critica a adoção exacerbada do positivismo aos direitos fundamentais, uma vez que “sua validade deve assentar-se em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal, ainda que esta se baseie numa Constituição”.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 10.

⁵⁹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 18-19.

⁶⁰ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 83.

Canotilho, ao tratar do positivismo dos direitos fundamentais sociais, aponta o círculo vicioso que entende ser prejudicial e inerente a qualquer positivismo, descrevendo assim:

(i) as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais consagram o direito à saúde, à segurança social, ao ensino; (ii) logo, todos temos direitos por via da constituição a todas as prestações da saúde, da segurança social e do ensino; e (iii) então, a política do direito constitucionalmente conforme o campo destes direitos é a que consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização desses direitos.⁶¹

Barroso⁶², tomando como referência a própria Constituição Federal de 1988, afirma que o positivismo constitucional não teve como intenção reduzir os direitos fundamentais a normas meramente positivadas, mas sim elevá-los a esta condição para lhes atribuir maior efetividade.

A Constituição não pode ser tratada como carta de vontades ou mera “folha de papel”, como encampava Ferdinand Lassalle, citado por Konrad Hesse⁶³. “A Constituição é a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade”, nos dizeres de Peter Häberle⁶⁴.

Ademais, Bandeira de Mello crítica que muitas vezes o legislador constituinte utiliza essa possibilidade de inserir na Constituição

⁶¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direcção*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26.

⁶² BARROSO, Luís Roberto, Op. cit., p. 224-225.

⁶³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 8.

⁶⁴ HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.

os baluartes ideários de sua época “com simples propósito retórico ou porque não se podem lavar de consigná-los”⁶⁵. No entanto, o próprio jurista lembra que:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas uma expressão de anseio, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos do Poder e cidadãos.⁶⁶

Para o ilustre autor, todas as disposições contidas em uma Constituição, inclusive as programáticas, são normas jurídicas, ou, em princípio, devem ser presumidas assim⁶⁷.

Assim, direitos fundamentais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podem se apresentar como: direitos fundamentais na qualidade de defesa (dimensão negativa), e direitos fundamentais na qualidade de direitos à prestação (dimensão positiva). Romanelli explica que:

Os primeiros dizem respeito às liberdades dos cidadãos frente à atuação do Estado, é o direito de não-intervenção do Estado nestas liberdades, limitando o seu poder. Já os segundos dizem respeito à atuação do poder do Estado, ou seja: para que estes direitos se realizem há necessidade da atuação direta do Estado, é ele que deve prestar tais direitos (deve-se ter uma conduta positiva do Estado).⁶⁸

⁶⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 9.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 11.

⁶⁷ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 12.

⁶⁸ ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 61-62.

Quanto aos direitos sociais, como lembra José Afonso da Silva⁶⁹ e Canotilho⁷⁰, parcela da doutrina defende a tese de que os direitos sociais não são verdadeiros direitos, mas simples garantias institucionais, sendo-lhes negado a característica de direito fundamental. Contudo, a doutrina proeminente, encampada por doutrinadores como Flávia Piovesan, José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Celso Antônio Bandeira de Mello e Eugênio Pacelli, vem refutando essa tese, e reconhece neles a natureza de direitos fundamentais⁷¹, pois são direitos fundamentais do “homem-social”⁷², onde devem ser considerados além de uma categoria de direitos fundamentais, como também um meio necessário para dar eficácia a dignidade humana e, por isso, a todos os demais direitos e liberdades⁷³.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148.

⁷⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direcção*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 26.

⁷¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 4º ed. São Paulo: Max, 2000, p. 177. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 185 e ss. Cf. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 560 e ss. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 21 e ss. Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 35.

⁷² José Afonso da Silva classifica cinco grupos de direitos fundamentais, a saber: do homem-indivíduo (direitos individuais); do homem-nacional (direitos à nacionalidade); do homem-cidadão (direitos políticos); do homem-social (direitos sociais); do homem-coletivo (direitos coletivos); e, direitos fundamentais do homem-solidário (direitos solidários). Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 185-186.

⁷³ No ensinamento de Bonavides: “Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes étnicos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial”. BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 658.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 consagrou os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais. O Título II da Constituição Federal brasileira de 1988 trata dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aqui os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. A Carta Magna trouxe, especificamente, os direitos sociais em seu art. 6º, sendo o direito à moradia inserido, posteriormente, através da Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000.

Portanto, não haveria distinção de regimes entre os direitos individuais (direitos de liberdade) e os direitos sociais (direitos de igualdade) na ordem jurídica brasileira, sendo todos constituídos como limites materiais à revisão constitucional com fundamento no art. 5º, §2º e art. 60, §4º, IV, da Constituição Federal de 1988, ou seja, cláusulas pétreas, e ambos são de aplicação imediata (art. 5º, §1º), pelo menos em um primeiro momento.

Assim, os direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, com características de uma não imposição pelo Estado (dimensão negativa) e também um dever de prestação (dimensão positiva).

2.2. Moradia adequada como Direito Social

A moradia sempre foi um dos elementos essenciais para o desenvolvimento humano. Pela sua especial relevância e significado, passou a ser reconhecida como direito essencial inerente ao homem. Como já visto anteriormente, na seara internacional, existem diversos

documentos que reconhecem a necessidade de proteção não só do simples direito à uma moradia, mas sim do direito social à moradia adequada como requisito para a garantia e preservação da dignidade humana.

Os direitos sociais - onde o direito à moradia adequada está inserido, são considerados como direitos fundamentais de segunda geração na classificação de Karel Vasak, e representam a modificação do papel do Estado. Aduz José Afonso da Silva:

os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, 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.⁷⁴

São também – os direitos fundamentais de segunda geração, em especial os direitos sociais – direitos de defesa contra atos arbitrários do Estado⁷⁵.

Os direitos fundamentais de segunda geração “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁷⁵ Cf. COCURUTTO, Ailton. *Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão que os ampara e estimula”, como ensina Bonavides⁷⁶.

A positivação e a tutela dos direitos sociais partem da premissa que, diante da desigualdade no meio social, caso o Estado “não agisse para proteger o mais fraco do mais forte, os ideais éticos de liberdade, igualdade e solidariedade em que se lastreia o constitucionalismo seguramente iriam frustrar-se”⁷⁷. Tratando sobre o tema, Carvalho Ramos analisa que:

sob a influência das doutrinas socialistas, constatou-se que a inserção formal da liberdade e igualdade em declarações de direitos não garantiam a sua efetiva concretização, o que gerou movimentos sociais de reivindicação de um papel ativo do Estado para assegurar uma condição material mínima de sobrevivência. Os direitos sociais são também titularizado pelo indivíduo e oponíveis ao Estado. São reconhecidos o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam de prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos de igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos.⁷⁸

Historicamente, os direitos sociais são obras das revoluções socialistas e democráticas de diversos países, tendo sido inseridos, de modo pioneiro na seara constitucional, na Constituição mexicana de 1917 e na Constituição alemã de Weimar de 1919.

⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 564.

⁷⁷ NOLASCO, Loreci Gottschalk. Op. cit., p. 141.

⁷⁸ RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 56.

Lembra Bonavides⁷⁹ que os direitos sociais eram considerados direitos de baixa normatividade ou de eficácia duvidosa, “em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos”.

De juridicidade questionada em um primeiro momento, os direitos fundamentais sociais foram incorporados pela maioria da doutrina como direitos programáticos, “em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade”⁸⁰.

Bonavides percebe que, por mais que a doutrina possa estabelecer que as normas de direitos sociais são programáticas, “o Estado de direito do constitucionalismo social precisa de absorver a programaticidade das normas constitucionais”⁸¹. Em síntese: o “Estado-Constituição” (*Verfassungstaat*) substituiu o modelo clássico de “Estado-Legislação” (*Gesetzgebungstaat*), sendo aquele (Estado-Constituição) o que faz presumir a existência de uma Constituição imediatamente eficaz e aplicável, de norma de caráter e conteúdo jurídico e não meramente programático, “na medida em que o programático possa significar, para as Constituições, como já significou e ainda significa no pensamento de alguns juristas, ausência de juridicidade”⁸².

Portanto, o maior problema envolvendo os direitos sociais e, conseqüentemente, o direito à moradia adequada, está em como

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 564.

⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 564.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo, Op. cit., p. 237.

⁸² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., nota de rodapé n. 12, p. 237.

estabelecer e inaugurar novas técnicas e/ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos na busca da justiça social e garantia da dignidade humana.

2.3. Dignidade da pessoa humana e o direito à moradia adequada

Podemos afirmar que o direito à moradia adequada está umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade humana. Para melhor compreender a afirmação, começaremos o estudo a partir da ideia de dignidade da pessoa humana.

A dignidade humana (ou dignidade da pessoa humana) deve ser entendida como valor intrínseco ao ser humano, como atributo da pessoa humana considerada em sua individualidade, e apresenta-se também como “núcleo basilar do Estado Democrático de Direito, de tal modo que não haverá Democracia, e tão-pouco Direito, sem a sua efetiva concretização em todos os ramos jurídicos da vida social”⁸³.

É na noção de dignidade humana, isto é, na concepção de que o ser humano é o fim almejado pelo Estado e pela sociedade, que se sustenta todo o sistema jurídico de direitos. Neste sentido, aduz Peter Häberle que:

A Lei Fundamental apresenta a constituição da sociedade política organizada [politishes Gemeinwesen], mais especificamente, do Estado e da sociedade com a dignidade da pessoa como “premissa”.⁸⁴

⁸³ COCURUTTO, Ailton. Op. cit., p. 47.

⁸⁴ HÄBERLE, Peter. Op. cit., p. 54-55.

Para Kant⁸⁵ “tudo tem ou um preço ou uma dignidade”. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. Nas palavras de Ingo Sarlet, a dignidade humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸⁶

Reafirmando, a dignidade humana consiste na qualidade que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando sua nacionalidade, posição política, gênero, ou qualquer outra sorte.

Diversos tratados e convenções internacionais reconhecem expressamente o princípio da dignidade humana como elemento inerente e indissociável da qualidade da pessoa humana. Destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde prevê que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui fundamento da

⁸⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

liberdade, da justiça e da paz no mundo”. A Constituição Federal de 1988 acolhe a dignidade humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil em seu art. 1º, inciso III⁸⁷. Por isso, Bandeira de Mello estabelece que:

O respeito à dignidade humana, estampado entre os fundamentos da República no art. 1º, III, é patrimônio de suprema valia e faz parte, tanto ou mais que algum outro, do acervo histórico, moral, jurídico e cultural de um povo. O Estado, enquanto seu guardião, não pode amesquinhá-lo, corroê-lo, dilapidá-lo ou dissipá-lo.⁸⁸

Quanto aos demais documentos internacionais, possui especial relevo neste momento, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, que reconhece o direito à moradia como elemento integrante da dignidade humana. Nesta esteira, o Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais da ONU, instituiu a relação entre a dignidade humana e direito à moradia adequada ao afirmar, no art. 7º, da Observação Geral nº 4, que “o direito à moradia é integralmente vinculado a outros direitos humanos e a princípios fundamentais sobre os quais a Convenção é baseada”.

Preceitua o referido Comitê que *“that the right to adequate housing should not be interpreted narrowly. Rather, it should be seen as the right to live somewhere in security, peace and dignity”*⁸⁹.

⁸⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 36.

⁸⁹ OHCHR; UN-Habitat. *The right to adequate housing*. Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights; New York: UN-Habitat, 2009. Disponível em:

Não basta apenas ter um local para morar, pois, em respeito a dignidade humana, toda pessoa deve ter acesso a uma moradia adequada que lhe garanta segurança, paz e dignidade, sendo alguns de seus traços estabelecidos pela própria Observação Geral n. 4, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, tais como: segurança legal da posse; disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestruturas; custo acessível (economicidade); habitabilidade; acessibilidade; localização adequada; adequação cultural. Por terem relevância a este trabalho, seus conceitos serão apresentados de acordo com a referida Observação Geral:

Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças. **Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura:** a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo. **Economicidade:** a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes. **Habitabilidade:** a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde. **Acessibilidade:** a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta. **Localização:** a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas. **Adequação cultural:** a moradia não é adequada se

não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural. (*grifos nosso*)⁹⁰

Ingo Sarlet⁹¹ explica com exímia clareza as diretrizes acima levantadas:

Tais diretrizes, que não são exaustivas e que também desafiam uma exegese adequada e contextualizada, desnudam de modo emblemático aquilo que já havia sido anunciado, no sentido de que um direito à moradia digna não pode ser interpretado como sendo apenas um “teto sobre a cabeça” ou “espaço físico” para viver, pressupondo a observância de critérios qualitativos mínimos. Que a efetivação dos padrões estabelecidos pela ordem jurídica internacional reclama, por outro lado, uma exegese afinada com as peculiaridades de cada País e de cada região (já que é na realidade concreta de quem mora e onde se mora que é possível aferir a compatibilidade da moradia com uma existência digna), por sua vez, constitui premissa igualmente já destacada.

Nota-se que a ligação que existe entre o direito à moradia adequada e dignidade humana requer a satisfação de um conjunto mínimo de atributos inerentes a qualquer vida digna. O “mínimo” aqui tratado é chamado pela doutrina de mínimo existencial. Este mínimo existencial para persecução do direito à moradia adequada é variado, de acordo com as peculiaridades de cada sociedade, região, país. Com efeito,

se é certo que o direito à habitação encontra-se conectado com a dignidade da pessoa, também é evidente que não se cuida de

⁹⁰ UNITED NATIONS. 1991.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

qualquer habitação, mas sim, da moradia que atenda aos parâmetros da dignidade da pessoa.⁹²

Importante constar o saudoso entendimento de Luis Felipe Salomão, em acórdão proferido na Corte Superior brasileira, onde:

O direito à moradia tem razão de ser na salvaguarda da própria pessoa humana. No momento em que esse direito é proclamado pelo ordenamento, que atesta sua importância dando a ele status constitucional, deve-se ter em mente que o objeto dessa proteção é, sem dúvida, o próprio ser humano, a quem deve ser garantido um mínimo existencial, para a tutela da dignidade.⁹³

A ideia de que o direito à moradia adequada é inerente à dignidade humana tem por consequência a conclusão de que esse direito fundamental social possui o status de cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, como estatui o art. 60, §4º, IV.

Por fim, o direito à moradia adequada encontra seu alicerce no princípio da dignidade humana, que o tem como um dos seus elementos constitutivos, de forma que só se pode alegar efetiva garantia da dignidade humana quando, além dos seus demais componentes, estiver também garantido o direito à uma moradia adequada.

2.4. Eficácia do direito à moradia adequada

Os direitos fundamentais são direitos essenciais ao ser humano, positivados na Constituição de um país e que englobam os direitos sociais - onde o direito à moradia adequada encontra asilo.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Versão Digital: www.amazon.com.br.

⁹³ STJ. REsp n. 1302736/MG. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 12/4/2016. Publicado em: DJe 23/5/2016.

É dever do Estado buscar o equilíbrio social com o intuito de concretizar a justiça social. Nesse sentido, extrai-se do atual sistema constitucional os delineamentos de um Estado de bem-estar social, necessariamente intervencionista e planejador, com objetivos expressos de realizar a promoção da justiça social no país⁹⁴.

A persecução da efetividade dos direitos fundamentais sociais se traduz na integração do indivíduo em uma sociedade caracterizada por desigualdades.

Como dito anteriormente, José Afonso da Silva⁹⁵ rechaça o entendimento de parte da doutrina que confere tratamento diferenciado entre direitos individuais e direitos sociais, uma vez que ambos direitos fundamentais possuem tratamento idêntico atribuído pela Constituição pátria.

O Título II da Constituição Federal brasileira trata dos direitos e garantias fundamentais, incluindo aqui os direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos. Em seu art. 5º, § 1º, estatui que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O termo “aplicação”, do artigo em tela, não se confunde com a “aplicabilidade” da famosa teoria de José Afonso da Silva que estabelece uma sistematização tripartida da aplicabilidade das normas

⁹⁴ Cf. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 22-30.

⁹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148.

constitucionais, onde se classificariam em normas constitucionais de eficácia plena, de eficácia contida, e de eficácia limitada ou reduzida⁹⁶.

Ensina José Afonso da Silva⁹⁷, no tocante ao art. 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988, ao tratar da aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, que ter “aplicação imediata” significa, aqui, que tais normas constitucionais são dotadas de todos os meios e elementos necessários para sua pronta incidência aos fatos, situações, condutas ou comportamentos que elas regulam.

A regra é que os direitos fundamentais individuais (direitos de primeira geração ou dimensão) possuem aplicabilidade imediata, no entanto, os direitos fundamentais sociais (inseridos nos direitos de segunda geração ou dimensão) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhe completem a eficácia e possibilitem a sua aplicabilidade⁹⁸.

⁹⁶ As primeiras, têm aplicabilidade imediata, prescindindo de legislação ulterior e repelindo restrições em seu conteúdo; as de eficácia contida possuem aplicação direta e imediata, mas, diferente das primeiras, poderão sofrer limitação por regramento ulterior; as de eficácia limitada ou reduzida, dependem de ulterior legislação para produzirem seus efeitos essenciais. As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida se dividem em duas: declaratórias de princípios intuitivos ou organizativos, e declaratórias de princípio programático. Cf. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 115-163.

⁹⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 182.

⁹⁸ Nas palavras do mestre: “A *eficácia e aplicabilidade* das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a *aplicabilidade* de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia

Explica José Afonso da Silva⁹⁹ que o sentido da regra do art. 5º, §1º, em primeiro lugar, significa que os direitos fundamentais sociais, em especial o direito à moradia adequada, são aplicáveis até onde os Poderes Públicos ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta, não pode deixar de aplicar os referidos direitos fundamentais, conferindo ao interessado o direito reclamado.

Alude o referido autor que por mais que exista uma diferenciação quanto a aplicação das normas de direitos individuais e das normas direitos sociais, não há prevalência ou hierarquia entre elas, pois estas últimas, apesar de muitas vezes dependerem da atuação positiva dos Poderes Públicos, “quanto mais se afeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais”¹⁰⁰.

Com efeito, em quase todos os sistemas jurídicos, “prevalecia a noção que apenas os direitos da liberdade eram de aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais tinham aplicabilidade mediata, por via do legislador”, como lembrou Bonavides¹⁰¹.

limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta” (*grifo nosso*). SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros 2015, p. 182.

⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

¹⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 182.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 565.

Entendem Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco que os direitos sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Disso decorre que,

a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as normas consagradoras de direitos sociais possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, ainda que o alcance desta eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e à luz de outros direitos e princípios.¹⁰²

Na concepção de Barroso, os direitos sociais, possuem o conteúdo material de normas constitucionais definidores de direitos¹⁰³, ou seja:

são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados¹⁰⁴.

Embora haja algumas divergências doutrinárias, o direito à moradia adequada possui duas faces: uma negativa e outra positiva. Em relação a sua face de dimensão negativa, fala-se em direito de defesa, em suma, tal direito social impede que as pessoas sejam privadas de possuir

¹⁰² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 648.

¹⁰³ Barroso, ao tratar do conteúdo material das normas constitucionais, as define em três categorias: normas constitucionais de organização; normas constitucionais definidoras de direitos; e, normas constitucionais programáticas. As normas constitucionais de organização estruturam e disciplinam o exercício do poder político, e se dirigem especialmente aos próprios Poderes do Estado e seus agentes. Já as normas constitucionais programáticas são as que traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos, assim, não geram direitos subjetivos na sua dimensão positiva, gerando-os apenas em sua dimensão negativa. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 200-203.

¹⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 201.

uma moradia adequada, importando, aqui, a abstenção do Estado e de terceiros.

Quanto a sua face de dimensão positiva, que é a característica principal desse direito e dos demais direitos sociais, apresenta-se em prestações fáticas por parte do Estado, “revelando-se como um direito positivo de caráter prestacional, porque legitima a pretensão de seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado”, conforme José Afonso da Silva¹⁰⁵.

Ao tratarmos da aplicabilidade do direito social à moradia adequada, quanto a sua dimensão negativa, maioria da doutrina entende por sua imediata aplicabilidade. No entanto, quando nos deparamos com sua dimensão positiva, parcela significativa reconhece sua baixa densidade normativa para seu efetivo exaurimento em determinados casos¹⁰⁶.

Ademais, nota-se que parcela da doutrina entende que os direitos de defesa (dimensão negativa) não geram dispêndio ao erário e por apenas este motivo teriam aplicabilidade imediata, o que não é verdade, pois tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos)

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 319.

¹⁰⁶ Lembra Canotilho que a doutrina e a jurisprudência tem abraçado uma posição cada vez mais conservadora acerca do direito de prestações (dimensão positiva) inerentes aos direitos sociais, alegando que para os conservadores “a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em *deveres* objectivos, *prima facie* do Estado, e não em direitos subjectivos prestacionais derivados directamente da constituição” (*grifo no original*). CANOTILHO, J. J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direcção*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 12.

quanto direitos de defesa (negativos) demandam o emprego de recursos públicos para a sua garantia¹⁰⁷.

2.4.1 Direitos de defesa (dimensão negativa)

Os direitos de defesa, em regra, possuem eficácia plena, e estão ligados aos direitos de liberdade (primeira geração) e os de igualdade (segunda geração). Esses direitos reclamam uma atuação negativa do Estado, ou seja, “exigem uma abstenção deste no âmbito de proteção do direito fundamental”, como elucida Pansieri¹⁰⁸. Ademais,

Estes são direitos de eficácia plena, pois independem da intervenção do legislador para sua concretização, são ligados às normas autoexecutáveis da doutrina tradicional, sendo considerados direitos autossuficientes.¹⁰⁹

Na dimensão negativa, os direitos sociais possuem “disposições definidoras de uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado”¹¹⁰.

Para a doutrina firmada por Robert Alexy¹¹¹, os direitos de defesa, como direitos contra o *ius imperii* do Estado, poderiam se apresentar como: a) direito a exigir do Estado que não obstaculize a prática de determinadas ações pelo indivíduo; b) direito à não afetação de

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 631.

¹⁰⁸ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

¹⁰⁹ PANSIERI, Flávio. Op. cit., p. 127.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 635.

¹¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 196 e ss.

propriedades ou situações do titular do direito; c) direito à não eliminação de posições jurídicas.

Na visão de Canotilho, citado por Monteiro¹¹², a melhor expressão da função dos direitos de defesa tem uma dupla perspectiva: a) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os Poderes Públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências deles na esfera individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e exigir omissões do Poder Público, com o intuito de evitar agressões lesivas por eles.

No tocante ao direito fundamental social à moradia adequada, este direito pode exercer uma função de defesa quando, por exemplo, o Estado autorizar a instalação de uma fábrica poluidora em uma zona residencial, onde o titular do direito à moradia adequada poderá ser qualquer morador que teve sua moradia impossibilitada por causa da fumaça tóxica da referida indústria, podendo buscar o Judiciário para anular o ato da administração que autorizou a instalação, com fundamento em no direito social à moradia adequada¹¹³.

É quase unânime na doutrina que existe um direito subjetivo na dimensão negativa do direito fundamental social à moradia adequada, toda vez que o Estado atentar contra este direito, seja por ato administrativo ou legislativo, até mesmo quando tal ato tiver a capacidade

¹¹² MONTEIRO, Vítor de Andrade. Op. cit., p. 103.

¹¹³ Cf. PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

de reduzir o seu nível de desenvolvimento, violando assim a cláusula de proibição de retrocesso social que será estudada adiante.

2.4.2. Direitos de prestação (dimensão positiva)

A dimensão negativa de certos direitos fundamentais sociais, em especial no tocante ao direito à moradia adequada, não é suficiente para o pleno exercício de sua liberdade e o cumprimento do preceito da dignidade humana no qual tem base. O Estado, como fomentador da justiça social, deve também ser ativo no exercício de ações que garantam a igualdade e a dignidade humana.

Assim, alguns direitos sociais, em especial o direito à moradia adequada, necessitam de prestações de índole positiva, que tanto podem ser “prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)”, como preceituam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco¹¹⁴. As primeiras seriam através de projetos e programas sociais – Poder Executivo; as segundas seriam através do poder normativo do Estado – Poder Legislativo.

Os mesmos autores chamam os direitos sociais de direitos de prestação em sentido estrito, pois são uma espécie dos direitos de prestação em sentido amplo¹¹⁵. Para Robert Alexy¹¹⁶, os direitos a

¹¹⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 635.

¹¹⁵ Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco ensinam que os direitos de prestação em sentido amplo englobam tanto os direitos sociais (direitos de prestação em sentido estrito) como os direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organisation und auf Verfahren*), onde ambos dependem de ações do Estado para sua efetivação. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 631.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 499.

prestação em sentido estrito são os direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes poderia obtê-lo sozinho e, até mesmo, obter através de particulares. Quando se fala em direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à moradia adequada, se faz referência primordialmente a direitos a prestações em sentido estrito.

Diferentes concepções abordam o adimplemento da dimensão positiva dos direitos sociais, “desde a defesa de um dever legislativo e administrativo que originaria um direito subjetivo a ser reivindicado judicialmente; até um sentido meramente político, sem caráter vinculante”, como menciona Santos¹¹⁷.

A doutrina, mesmo a mais moderna, vem entendendo que o direito à moradia adequada, na sua posição de direito prestacional (dimensão positiva), equipara-se às normas programáticas¹¹⁸¹¹⁹. Seguindo este raciocínio, Pansieri cita o acórdão do Tribunal Constitucional português que decidiu que:

¹¹⁷ SANTOS, Marcus Gouveia dos. *Direitos sociais: efetivação, tutela judicial e fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 120.

¹¹⁸ Para muitos autores, em razão da dimensão positiva dos direitos sociais, são normas de conteúdo programático, ou seja, “não podendo os seus destinatários, pelo menos de forma direta, invocá-las ou postulá-las imediatamente”, na visão de Inácio. Neste sentido, para Romanelli, são “uma norma a ser cumprida, e não uma norma de aplicabilidade direta e imediata”. INÁCIO, Gilson Luiz. Op. cit., p. 42-43. ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 63.

¹¹⁹ Nos dizeres de Bobbio: “O campo dos direitos do homem – ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem – aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de “programáticas””. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 92.

direito à habitação, compreendido como direito a ter uma moradia condigna, constitui um direito de prestações, cujo conteúdo não pode ser determinado no nível das opções constitucionais e pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, não conferindo ao cidadão um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável, nem exequível.¹²⁰

No entanto, lembra Santos¹²¹ que há quem sustente que haveria um direito subjetivo decorrente de normas constitucionais de direitos sociais em sua dimensão positiva (prestacional), em virtude da aplicação do art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988. Observa-se que a doutrina nacional oscila entre o entendimento de que a norma do art. 5º, §1º, ao tratar dos direitos fundamentais sociais de índole prestacional, só teria eficácia na medida em que seus parâmetros fossem estabelecidos em lei; bem como, o outro oposto, de que mesmo as normas de direitos sociais de cunho programático confeririam direito subjetivo individual, independente da atuação do legislador.

Existe ainda o posicionamento intermediário de que as normas de direitos sociais seriam, em princípio, diretamente aplicáveis, com exceção as que expressamente a Carta Magna remeta a concretização do direito ao legislador ordinário ou quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos para que possa ser aplicada sem a atuação legislativa¹²².

¹²⁰ Acórdão n. 29/2000 do Tribunal Constitucional português. PANSIERI, Flávio. Op. cit., p. 131.

¹²¹ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 130.

¹²² Cf. SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 130.

Não obstante, o melhor entendimento seria aquele que considera o art. 5º, §1º, como norma de natureza principiológica, ou seja, do dever de lhe ser conferida a maior eficácia possível às normas de direitos sociais¹²³, caso em que deverá ser levada em conta a forma de positivação pelo poder constituinte.

Para Santos, os princípios da máxima efetividade e da força normativa constitucional, especialmente em virtude da aplicação do art. 5º, §1º da Constituição Federal,

não tem o condão de gerar um direito subjetivo a ser reivindicado em Juízo. A função desses princípios é de orientar o intérprete no sentido de conferir a máxima eficácia ao dispositivo constitucional sempre que possível, desde que respeitado o conteúdo semântico do seu enunciado e a sua estrutura normativa.¹²⁴

É bem verdade que, através do método sistemático de interpretação constitucional, chega-se a conclusão que a própria Constituição brasileira prevê o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão exatamente para as situações em que a norma não dispõe de eficácia plena¹²⁵.

Em linhas gerais, quando a efetivação das normas de direito à moradia adequada estiverem ligadas a despesas do erário, sejam de direitos de defesa (dimensão negativa) ou prestacionais (dimensão positiva), será necessário observar as possibilidades econômicas de cada

¹²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 182.

¹²⁴ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 130-131.

¹²⁵ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 638. SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 131.

país. Surge então a importante condicionante à implementação deste direito (e dos direitos sociais, em geral), a reserva do possível, ou seja, a sua efetividade dependerá do nível econômico, social, científico e cultural de cada Estado¹²⁶, “por esta razão se diz que os Direitos Sociais são de satisfação progressiva”¹²⁷.

No entanto, a reserva do possível não significa dizer que as normas de direitos fundamentais sociais à moradia somente serão implementadas de acordo com os referidos recursos disponíveis pelo Poder Público, e sim que deverá verificar a aplicação do mínimo existencial exigido pelo princípio norteador constitucional da dignidade humana, bem como a vedação ao retrocesso social. Todos temas a serem abordados a seguir.

¹²⁶ Cumpre destacar o entendimento de Santos, em que “a falta de determinação do conteúdo dos direitos sociais prestacionais decorreria da sua própria natureza, não seria uma omissão desidiosa do poder constituinte. A concretização destes direitos está inevitavelmente sujeita a fatores que o Estado não pode controlar e que, nesse sentido, será melhor concretizado pelo legislador ordinário. Em assim sendo, os direitos sociais prestacionais, para que possam ser invocados como direitos subjetivos em Juízo, dependem da intervenção do legislador, sendo certo que na determinação do conteúdo cabe ao mesmo decidir de acordo com fatores políticos (econômico, social, cultural, religioso, etc.) e com os recursos financeiros disponíveis”. SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 131.

¹²⁷ PANSIERI, Flávio. Op. cit., p. 18.

3. Judicialidade dos Direitos Sociais

Aludem Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco¹²⁸ que embora os direitos sociais, impliquem tanto em direitos a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (negativos)¹²⁹, e ambas as dimensões demandem o emprego de verbas públicas para a sua garantia, é na dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário a sua judicialização.

A moderna dogmática dos direitos fundamentais sociais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar pressupostos fáticos e/ou jurídicos para que eventual titular do direito venha a dispor de pretensão a prestações por parte do Poder Público.

¹²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 631-632.

¹²⁹ O presente trabalho busca o enfoque especial nos direitos prestacionais (dimensão positiva) do direito social à moradia adequada, uma vez que, é quase consenso na doutrina pátria a aplicação imediata de tal direito social em sua dimensão negativa (direito de defesa), tornando-se um direito subjetivo passivo de apreciação judiciária. Assim, quanto da dimensão negativa, buscamos o ensinamento de Ingo Sarlet que, em suas palavras: “ainda que a dimensão negativa dos direitos fundamentais não exclua a existência de conceitos mais ou menos indeterminados – como é o caso justamente do direito à moradia - nada impede (ainda mais em se levando a sério o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal de 1988) que tais conceitos não possam ter seu conteúdo definido pela via da intervenção judicial, quando for o caso, não podendo sua aplicação ser pura e simplesmente colocada na dependência de uma intermediação pelo legislador. Que todos os direitos fundamentais (inclusive os direitos sociais) desencadeiam efeitos diretos e que não podem estar condicionados à prévia regulação legal, pelo menos no sentido de que geram para seu titular um direito subjetivo de cunho negativo, no sentido de situações prontamente desfrutáveis e que são, em primeira linha, dependentes apenas de uma abstenção por parte do sujeito passivo”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.¹³⁰

Assim, se o Estado está constitucionalmente obrigado a prover os direitos sociais, cabendo questionar se, e em que medida, as ações com o propósito de satisfazer tais pretensões podem ser judicializadas.

Waldron entende que judicializar demandas referentes aos direitos fundamentais sociais, seria abuso por parte do Judiciário, uma vez que este carece que legitimidade democrática. Em sua visão, as normas de direitos sociais deveriam ter seu conteúdo e alcance estabelecido pelo próprio poder democraticamente eleito¹³¹.

Entretanto, desde logo, deve ser afastada a aplicação desta teoria no Brasil. Segundo o próprio autor, sua teoria só teria aplicação sob certas condições, especialmente onde as sociedades democráticas detiverem um Legislativo funcional e o desacordo fosse somente sobre o

¹³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 638.

¹³¹ Segundo Waldron, atribuir tal competência ao Judiciário seria substituir o procedimento democrático de tomadas de decisões, no qual se conferiria a uma elite judicial a decisão sobre o conteúdo e limites dos direitos sociais. WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. In: *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1.406. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acessado em: 20/2/2017.

conteúdo da norma do direito¹³². Na realidade brasileira, em virtude de constantes escândalos e omissões do Legislativo para a criação de leis que contribuam para a persecução da justiça social, é discutível a credibilidade social e funcional desse Poder¹³³¹³⁴.

Opera-se assim o fenômeno de transmutação, convertendo situações outrora consideradas de natureza puramente política em situações jurídicas. “Tem-se, pois, a juridicização do processo decisório, acentuando-se a tensão entre direito e política”¹³⁵.

A questão se torna sensível em face de políticas públicas adotadas pelo Poder Público para a concretização dos direitos sociais¹³⁶. Nesta esteira, Barroso alude que o

¹³² Nas palavras de Waldron: “*I have not sought that the practice of judicial review of legislation is inappropriate in all circumstances. Instead I have tried to show why rights based judicial review is inappropriate for reasonably democratic societies whose main problem is not that their legislative institutions are dysfunctional but that their members disagree about rights*”. WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 1.406.

¹³³ Importante registrar a crítica feita por Jürgen Habermas neste ponto da atuação do Judiciário. Em suma: “Ele [Judiciário] não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na “comunidade dos intérpretes da constituição -, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 347.

¹³⁴ Carvalho chama a atenção para caso o Judiciário também passe a ser um Poder de índole questionável, pois “interesses particularísticos e meramente populistas não podem ser encampados pela deliberação jurisdicional, sob pena de reproduzir, nesta esfera, as distorções dos demais sistemas políticos”. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 68.

¹³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 639.

¹³⁶ A doutrina de direito financeiro é bastante crítica na atuação judiciária em se tratando de políticas públicas a serem providas pelos Poderes Públicos. Por este prisma, Piscitelli argumenta que “a administração pública vê-se diante de um impasse: obedecer aos dispositivos constitucionais de direito financeiro, considerando as vedações orçamentárias, ou cumprir a decisão condenatória que exige recursos não previstos em lei orçamentária. Além disso, a atuação do Poder Judiciário pode

controle de políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre a matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo.¹³⁷

Não há em se falar de exclusão do Poder Judiciário quanto da persecução dos direitos fundamentais sociais, pois, segundo Barcellos:

se a Constituição contém normas das quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo. (*grifos no original*)¹³⁸

Percebe-se que a Constituição Federal representa um verdadeiro entrelaçamento entre a política e o direito, funcionando como “um mecanismo de interpretação entre estes dois sistemas”, como sugere Carvalho¹³⁹. Logo, a discussão acerca da forma de efetivação de um direito fundamental social pode “proporcionar reflexos tanto no sistema

interferir na programação das políticas públicas”. PISCITELLI, Tathiane. *Direito financeiro esquematizado*. 5º ed. São Paulo: Método, 2015, p. 76-77.

¹³⁷ BARROSO, Luís Roberto, Op. cit., p. 386.

¹³⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, n. 240, Rio de Janeiro: 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em 20/01/2017.

¹³⁹ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 83.

político, como no sistema jurídico, este último funcionando como um sistema limitador daquele”¹⁴⁰.

Há na doutrina entendimento que a ingerência do Poder Judiciário na esfera de atribuição da administração pública ou do Legislativo, seria, no mínimo, desarrazoável e violaria o princípio da separação dos poderes. Não é o entendimento que merece prosperar, pois, para Supremo Tribunal Federal

O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do *direito à moradia*, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. (*grifo nosso*)¹⁴¹

No entendimento de Zockun, o cidadão tem direito subjetivo público à moradia, ou seja, “comprovada a insuficiência de recursos para que o cidadão possa, com seus próprios meios, adquirir uma moradia adequada para ele e sua família, poderá, então, exigir judicialmente que o Estado lhe forneça uma”¹⁴². Entendimento este minoritário na doutrina e na jurisprudência¹⁴³.

Para Santos a intervenção do Judiciário somente é possível para verificar se a decisão do legislador infringiu a Constituição, assim, o papel do juiz não é arbitrar o desacordo sobre o conteúdo ou alcance de

¹⁴⁰ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 83.

¹⁴¹ STF, ARE n. 914634 AgR/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 15/12/2015. Publicado em: DJe 26/2/2016.

¹⁴² ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135-136.

¹⁴³ Neste sentido, ver: MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit.; ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit.; TJRS – Apelação Cível n. 70060517174. Sétima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 14/7/2014. Publicado em: DJe 17/7/2014.

um direito fundamental social, “mas somente a de aferir se a decisão da maioria está em conformidade com os preceitos da Constituição”¹⁴⁴.

É de se notar que autores, como Flávia Piovesan, defendem uma maior margem de judicialização dos direitos sociais, em que:

Acredita-se que a idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. É uma pré-concepção que reforça a equivocada noção de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (os direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento.¹⁴⁵

Do mesmo modo, Carvalho¹⁴⁶ preceitua que:

É forçoso reconhecer que o Direito, para realizar-se como verdadeiro instrumento de inserção dos indivíduos nos procedimentos que culminam em importantes deliberações políticas do Estado, deve superar a visão de proteção restrita aos direitos de primeira geração, os denominados “direitos de defesa” ou de “liberdades públicas”.

Para a autora acima citada, a Constituição, além de ter a natureza de pacto político e social de uma dada nação, é também um sistema de controle e de imposição de limites formais e materiais, com o intuito de permitir a construção de identidades, conquistas de objetivos, formação de consensos e resolução de controvérsias, resguardando a formação e manutenção da unidade política e normativa de um

¹⁴⁴ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 135.

¹⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 4^o Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 178-179.

¹⁴⁶ CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente, 2016, p. 18-19.

determinado Estado. Tal sistema de controle foi conferido ao Poder Judiciário, outorgando-lhe, assim, “a prerrogativa de franquear real interpretação aos preceitos constitucionais”¹⁴⁷.

Por fim, malgrado os obstáculos e as dificuldades de aceitar uma verdadeira atuação do Poder Judiciário na dimensão positiva (prestacional) dos direitos sociais, é de suma importância a sua participação - mesmo que seja em caráter excepcional -, uma vez que, o Estado Democrático de Direito busca o bem estar social de todos, em especial dos marginalizados. O novo paradigma pós Constituição de 1988 qualifica o Judiciário nos embates políticos e sociais, colocando-o em igualdade de importância com os demais Poderes na construção de uma sociedade justa e igualitária.

3.1. Reserva do possível e mínimo existencial

As dimensões positivas e negativas do direito fundamental social à moradia geram gastos públicos, assim, passam a ter significativo relevo os temas da cláusula de reserva do financeiramente possível (ou reserva do possível) e do mínimo existencial.

Desse modo, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco lembram que o direito social à moradia adequada “cuida-se de um tipo de direito fundamental em que os pressupostos fático-materiais são particularmente relevantes para o exercício pleno desse respectivo direito”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 64.

¹⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 631.

De acordo com Canotilho, os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais, precisam de elevados gastos de verbas públicas para a sua concretização¹⁴⁹. Por isto, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos só existem quando e enquanto existirem dinheiro nos cofres públicos. Na prática, a submissão dos direitos sociais a esta ideia de “cofres cheios”, equivaleria a nenhuma vinculação jurídica desses direitos fundamentais.

Esclarecem Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco que a reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) surge da famosa decisão *numerus clausus* do Tribunal Constitucional Federal alemão, que tratou do número de vagas nas universidades do país e o fato da liberdade de escolha de profissão ter seu valor esvaziado caso não existissem condições fáticas necessárias para sua fruição. O Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que “pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível”¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Canotilho, ciente da crise que o Estado Social atual sofre em razão da duramente criticada política de *decit spending* – que é o endividamento público com a finalidade principal de financiar os direitos sociais -, aduz que Estado só poderia desempenhar a dimensão positiva dos direitos sociais se ele atendesse quatro condições básicas. A saber: “(1) provisões financeiras necessárias e suficientes, por parte dos cofres públicos, o que implica um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade de coacção tributária; (2) estrutura de despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais (despesa social) e para investimentos produtivos (despesa produtiva); (3) orçamento público equilibrado de forma a assegurar o controlo do défice das despesas públicas e a evitar que um défice elevado tenha reflexos negativos na inflação e no valor da moeda; e (4) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado (3% pelo menos ao ano)”. CANOTILHO, J. J. Gomes. *O direito constitucional como ciência de direcção*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 19-20.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 642.

A reserva do possível encontra positivamente no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao prever que a obrigação dos Estados Parte em concretizarem os direitos nele previstos devem ocorrer de forma progressiva e com a utilização dos recursos disponíveis, conforme preceitua seu art. 2º¹⁵¹. É considerada pela doutrina brasileira como um princípio com irradiação em vários ramos do Direito, como, por exemplo, no direito constitucional, financeiro, econômico, administrativo e penal.

Caso o Estado não tenha suporte financeiro suficiente para a satisfação de todos os direitos sociais, inclusive o direito à moradia adequada, entende-se que a formulação de políticas sociais e econômicas voltadas para a sua concretização implicaria, invariavelmente, em escolhas alocativas¹⁵². Deste modo, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco defendem que:

Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia

¹⁵¹ PIDESC, “Art. 2º: 1. Cada Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa” (Decreto nº 591 - de 6 de julho de 1992).

¹⁵² No ponto de vista de Carvalho, a discricionariedade na escolha de políticas públicas outorgada à Administração Pública advém das leis e das normas constitucionais, ou seja, o poder de escolha deve estar imediatamente relacionado aos objetivos deliberados pela Constituição, “sob pena de o Poder Judiciário declarar nula a opção política realizada”. CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 70-71.

do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados e etc.¹⁵³

Para esses autores é possível entender que o Judiciário, responsável na concretização da justiça no caso em concreto (microjustiça), muitas vezes não teria “condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo”¹⁵⁴.

Coadunando nesse sentido, Balera esclarece que “é certo que a decisão do poder público em implementar na vida nacional os direitos sociais envolve muito mais do que um ato de boa vontade. Exige opção política por um desenvolvimento que favoreça a maioria do povo”¹⁵⁵.

No entanto, defensores de uma maior atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais, incluído o direito à moradia adequada, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade humana, como foi visto anteriormente neste trabalho. Assim, ao menos o mínimo existencial dos direitos sociais¹⁵⁶, que é uma exigência da efetivação da dignidade humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial. Nesse posicionamento, Monteiro defende que:

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 643.

¹⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 643.

¹⁵⁵ BALERA, Wagner. *O direitos dos pobres*. São Paulo: Paulinas, 1982, p. 13.

¹⁵⁶ Para Barroso, o mínimo existencial é “o conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 179.

Pela teoria do “mínimo existencial” o indivíduo tem um direito subjetivo, em face do Poder Público, de exigir que lhe seja assegurado um padrão mínimo de prestações sociais que permita o desenvolvimento de uma vida digna.¹⁵⁷

Para o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE n. 639337/SP, o mínimo existencial seria:

um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o *direito à moradia*, o direito à alimentação e o direito à segurança. (*grifo nosso*)¹⁵⁸

Em que pese o julgado acima, Santos afirma que o Supremo Tribunal Federal identifica o conceito de mínimo existencial ao de mínimo social, onde entende tratar-se de um equívoco comum na jurisprudência e em parte da doutrina, sendo que:

não se pode confundir mínimo existencial com mínimo do direito social. Enquanto o mínimo existencial visa assegurar a própria sobrevivência condigna do ser humano, o mínimo social tem como fim a tutela do acesso mínimo a bens sociais. Assim sendo, diferentemente do mínimo existencial, não haveria direito subjetivo ao mínimo social, uma vez que, em se tratando de direito social, deve ser observada a intermediação legislativa e a atuação material administrativa, tendo-se em conta a opção política e os recursos disponíveis.¹⁵⁹

¹⁵⁷ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 171.

¹⁵⁸ STF. ARE n. 639337. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 23/8/2011. Publicado em: DJe 15/9/2011.

¹⁵⁹ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 181.

No entanto, Cordeiro alega que o Estado deve ser provedor da justiça social, mas que ao Judiciário restaria uma tarefa subsidiária em razão da omissão ou carência do Legislativo e do Executivo. Em suas palavras:

conquanto seja possível extrair da Constituição um indeclinável dever jurídico, a cargo do Estado, de fornecer prestações materiais indispensáveis a uma vida digna aos que não têm condições de obtê-las por meios próprios, o legislador continua com o privilégio de especificar quais prestações são estas, o seu montante e o modo como serão realizadas. Cabe a ele, como órgão que exerce responsabilidade política sobre os gastos públicos, conformar as colisões que certamente ocorrerão com outros direitos e bens constitucionais, transformando o direito *prima facie* em direito definitivo. Porém, em matéria de mínimo existencial, o juiz também está legitimado a desempenhar essa função, embora de forma subsidiária, na falta, total ou parcial, do legislador ou do administrador.¹⁶⁰

Ao tratarmos do direito à moradia adequada estamos, sem dúvida, perante um direito fundamental à realização da dignidade humana. Para se alcançar a dignidade humana através do direito social à moradia, entende-se que o mínimo existencial seria o que a Observação Geral nº 4 do CDESC estabelece, tais como: segurança legal da posse; disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestruturas; custo acessível (economicidade); habitabilidade; acessibilidade; localização adequada; adequação cultural.

É dever dos Poderes democraticamente eleitos fomentarem as políticas públicas e traçar seus limites e atuações, cabendo ao Judiciário a análise da constitucionalidade das leis, atos e possíveis omissões, ou seja,

¹⁶⁰ CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 169-170.

cabe a ele guardar os ideários que a Constituição elegeu, em especial o da dignidade da pessoa humana.

Por tanto, é importante compreender que o princípio da reserva do possível não significa um “salvo conduto” para os Poderes Públicos deixarem de cumprir suas obrigações - constitucionalmente previstas – sob uma alegação genérica de que não há recursos financeiros disponíveis ou o cenário econômico não é propício. Como dito acima, o Judiciário pode vir, em casos excepcionais, a interferir na implementação de políticas públicas.

3.2. Proibição ao retrocesso social

O tema da proibição ao retrocesso social está em alta, pois vários países do mundo, inclusive o Brasil, encontram-se em recessão econômica – ou pelo menos adotam políticas neste sentido. Apesar de instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI) condenarem políticas de austeridade em momentos de crise¹⁶¹, é no âmbito jurídico que analisaremos o impacto e limites que o conceito da proibição ao retrocesso social causa no direito social fundamental à moradia adequada.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco entendem que a proibição ao retrocesso social é um princípio, segundo o qual “não seria

¹⁶¹ O FMI, em artigo publicado por três de seus mais conceituados economistas, critica a adoção de medidas de austeridade, no sentido de que aumentaram as desigualdades sociais de diversos países que as adotaram nos últimos anos. Assim, “*austerity policies not only generate substantial welfare costs due to supply-side channels, they also hurt demand—and thus worsen employment and unemployment*”. OSTRY, Jonathan D., LOUGANI, Prakash e FURCERI, Davide. *Neoliberalism: oversold?*. Finance & Development, EUA, Junho, 2016, V. 53, n 2. Disponível em <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>>. Acessado em 02/02/2017.

possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial”¹⁶². No entendimento de Peter Häberle, citado por Santos, esse princípio contém um núcleo de elementos que se fundamentam na dignidade humana¹⁶³.

Também chamada de teoria da irreversibilidade ou *effet cliquet*, a proibição ao retrocesso surgiu na Alemanha, tendo como objetivo a proteção contra atos lesivos praticados pelo Poder Público contra direitos sociais já implementados¹⁶⁴. Tal princípio teria como fundamento no Estado Social, que é previsto na Constituição alemã¹⁶⁵, impondo ao Poder Público realizações no campo social, proibindo o retrocesso que afetasse o conteúdo essencial do direito ou retrocesso não justificado. Ocorre que a Lei Fundamental alemã não prevê em seu bojo os direitos sociais, sendo

¹⁶² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 644.

¹⁶³ *Apud* MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 644.

¹⁶⁴ Cf. SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 188.

¹⁶⁵ Art. 20 e 28 (1) da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1949, *in verbis*:

“Artigo 20

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

(2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

(3) O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

(4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.

Artigo 28

(1) A ordem constitucional nos Estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental. Nos Estados, distritos e municípios, o povo deverá ter uma representação eleita por sufrágios gerais, diretos, livres, iguais e secretos. De acordo com o direito da Comunidade Europeia, as pessoas que possuam a cidadania de outro país membro da Comunidade Europeia também têm o direito de votar e de ser eleitas nas eleições distritais e municipais. Nos municípios pode existir uma assembleia comunal em vez de um organismo eleito.”

realizados somente através da intermediação do legislador ordinário. Assim,

como os direitos derivados a prestação não teriam a mesma hierarquia das normas constitucionais e poderiam ser suprimidos pelo legislador, o princípio da vedação ao retrocesso social surgiu como forma de defender os avanços sociais de eventuais intromissões legislativas.¹⁶⁶

Todavia, a realidade constitucional alemã é diferente da nossa realidade e também da realidade portuguesa – que é a que mais se assemelha com a nossa. Tanto no Brasil como em Portugal¹⁶⁷, as Constituições positivaram os direitos fundamentais sociais, sendo assim, a aplicação da vedação ao retrocesso em ambas ordens jurídicas, da forma como defende a doutrina alemã, “seria artificial e não possuiria utilidade”, na opinião de Santos¹⁶⁸.

No entanto, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, citam famoso julgado do Tribunal Constitucional português na década de 80, que entendeu que “uma vez promulgada lei para realizar um direito fundamental, é defeso ao legislador revoga-la e fazer com que se volte ao *status quo*”¹⁶⁹. Reza o referido julgado português que

a instituição, serviço ou instituto jurídico passam a ter sua existência constitucionalmente garantida. Uma lei pode vir

¹⁶⁶ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 188-189.

¹⁶⁷ A Constituição Portuguesa de 1976 consagra o direito social à moradia adequada em seu artigo 65, onde, no item 1, preconiza: “Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.”

¹⁶⁸ Santos, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 189.

¹⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 644.

alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionais admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los.¹⁷⁰

Não por menos, a Suprema Corte brasileira segue esse entendimento, conforme a Ementa:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.¹⁷¹

É essa a esteira do pensamento defendido por Norberto Bobbio, pois quando a Constituição atribui aos cidadãos algum direito fundamental, haverá limitação ao legislador ordinário em editar normas que tenham por conteúdo a restrição e a supressão desse direito¹⁷².

¹⁷⁰ Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional de Portugal. Rel. Conselheiro Vital Moreira. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acessado em 09/10/2017.

¹⁷¹ STF. ARE n. 639337 AgR/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 23/8/2011. Publicado em: DJe 15/9/2011.

¹⁷² BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2º ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014, p. 63.

Assim, para aqueles que admitem o princípio da proibição ao retrocesso social em nosso ordenamento jurídico, haveriam os que defendem uma proibição absoluta e outros que defende uma vedação relativa ao retrocesso. Segundo Santos, os primeiros alegam que os direitos sociais, quando implementados pelo legislador ordinário, não poderiam ser abolidos sem que houvesse uma compensação ou substituição. De tal modo que “mesmo que previstos em normas programáticas, haveria um direito subjetivo de não ver suprimido o benefício social já garantido por norma infraconstitucional sob pena de inconstitucionalidade”¹⁷³.

Noutro ponto, já os que entendem que a proibição ao retrocesso social seria relativa, entendem que haveria retrocesso se o legislador ordinário agisse de maneira arbitrária e injustificada para retirar o mínimo indispensável para um vida digna. Desse modo, entende-se pelo dever do legislador ordinário em legislar a despeito de direitos sociais, não significando que normas infraconstitucionais que venham a tratá-los não possam ser modificadas quanto ao conteúdo e sua efetivação, mas ao menos no sentido de garantir esses direitos sob pena de omissão inconstitucional¹⁷⁴.

Nesse diapasão, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco, entendem que:

Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se

¹⁷³ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 189.

¹⁷⁴ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 190.

pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade de, portanto, de se compreender *cum grano salis* tal garantia e não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças.¹⁷⁵

É nesta perspectiva que Ingo Sarlet afirma a necessidade de um “entricheiramento” dos direitos sociais, onde “encontram-se sujeitos a um regime de tutela contra sua supressão ou restrição excessiva e injustificada”¹⁷⁶. Deste modo,

Como bem ponderado pela doutrina especializada, deve-se frisar que nem todo ajuste, ainda que resulte em eventual restrição a direito fundamental, configura violação a este princípio, mas somente quando este retrocesso seja acompanhado de transposições a determinadas barreiras, ou seja, quando atingir o núcleo de determinado direito sem qualquer respaldo em justificativa razoável, tornando-se, neste caso, constitucionalmente ilegítimo.¹⁷⁷

Alguns autores como Nolasco, entendem que um dos aspectos do princípio da proibição ao retrocesso social, quanto ao direito à moradia adequada, é o dever do Estado brasileiro de fomentar e proteger esse direito através da reformulação do Sistema Financeiro de Habitação, “a fim de impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificultem ou impossibilitem o exercício desse direito”¹⁷⁸.

¹⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 647.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

¹⁷⁷ CARVALHO, Sabrina Nasser de. Op. cit., p. 100.

¹⁷⁸ NOLASCO, Loreci Gottschalk. Op. cit., p. 192.

O princípio da proibição ao retrocesso social encontra fortes críticas, pois muitos entendem pelo condicionamento dos direitos sociais à reserva do possível, como defende Santos, pois “a vedação de eventual retrocesso suporia um crescimento econômico sempre crescente, pelo que não encontra cabimento para sua aplicação diante da atual crise mundial”¹⁷⁹. Desse modo, concluem que a vedação ao retrocesso social colocaria em risco a sustentabilidade do Estado Social.

Com respeito ao posicionamento do autor acima, não nos parece o melhor entendimento, uma vez que o Estado Democrático de Direito é instituído nos direitos fundamentais sociais. Embora o princípio da proibição ao retrocesso social não esteja expressamente previsto em nosso texto Constitucional, o fomento e proteção desses direitos fundamentais pelo Estado são necessários para a persecução da justiça social e da dignidade humana. Por mais que hajam justificantes financeiras advindas de momentos de crise¹⁸⁰, os direitos sociais, em especial o direito à moradia adequada, precisam ser protegidos, na dimensão negativa, e ter suas prestações formais e materiais promovidas - dimensão positiva.

¹⁷⁹ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 193.

¹⁸⁰ Rica é a jurisprudência atual do Tribunal Constitucional português quanto à vedação ao retrocesso social, chegando a criar uma categoria aos seus julgados chamada de “jurisprudência da crise”. Cf. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco. Op. cit., p. 645. Ademais, a referida Corte tem se valido do próprio entendimento consagrado em seu famoso julgado da década de 80 (Acórdão n. 39/84), mas procurando se adaptar aos problemas da crise econômica que Portugal passa. É o caso do Acórdão n. 353/12, onde a Corte julgou inconstitucional a Lei contestada, mas, por considerar os seus impactos na órbita financeira do país e a crise econômica que o assolava (e ainda assola), preferiu por bem modular para o futuro os efeitos da decisão. Acórdão n. 353/12, do Tribunal Constitucional português. Rel. Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acessado em 09/02/2017.

4. Direito à moradia adequada no ordenamento jurídico brasileiro

O direito fundamental social à moradia adequada é de suma importância para a busca da justiça social e da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Como visto anteriormente, vários documentos internacionais o integram no sistema jurídico internacional, ocasionando verdadeira consagração no arcabouço constitucional doméstico dos Estados¹⁸¹. Trata-se de um direito humano essencial e de importância internacional, como se percebe através da mensagem de Ban Ki-moon - secretário-geral das Nações Unidas, no Dia Mundial do Habitat¹⁸²:

More than half the global population already lives in urban areas. Approximately a quarter of these urban dwellers live in slums or informal settlements. The unplanned rapid expansion of towns and cities means an increasing number of poor and vulnerable people are living in precarious conditions, without adequate living space or access to basic services, such as water, sanitation, electricity and health care. They are often isolated from opportunities for decent work and vulnerable to forced evictions and homelessness. Providing access to

¹⁸¹ Constata-se que mais de 50 Constituições nacionais tratam do direito social à moradia. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

¹⁸² Sobre o Dia Mundial do Habitat comemorado no dia 03 de março de 2016: UNITED NATIONS NEWS CENTRE. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=55187#.WK2JahjOpZ2>>. Acessado em: 10/02/2017; e UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS: Office of the high commissioner. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/HousingIndex.aspx>>. Acessado em: 10/02/2017.

*adequate housing for all is high among the priorities of the New Urban Agenda.*¹⁸³

Não por menos, por força da Agenda Habitat II que o Brasil incluiu, através da Emenda Constitucional n. 26 de 14 de fevereiro de 2000, a moradia como um dos direitos sociais elencados no rol do art. 6º da Carta Magna, esculpido no Título II em que se trata dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição, em específico no Capítulo II que proclama os Direitos Sociais.

Assim, a expressa inclusão do direito à moradia adequada entre os direitos sociais constitucionalmente reconhecidos, “serve como um importante reforço no reconhecimento da sua importância na estrutura jurídica e social do Estado brasileiro, além de realçar a urgência com que o tema merece ser tratado”¹⁸⁴.

Essa constatação se dá pelos alarmantes índices sociais relativos ao setor habitacional no Brasil¹⁸⁵, onde diversas pessoas ainda

¹⁸³ UNITED NATIONS (UN). Disponível em: <<http://www.urbanoctober.org/downloads/WHD2016SGMessageEnglish.pdf>>. Acessado em: 10/02/2017.

¹⁸⁴ MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 63-64.

¹⁸⁵ Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “em 2014, somente 0,3% dos domicílios do País ainda não dispunham de iluminação elétrica e este percentual estava em 3,2%, em 2004. O atendimento pelo serviço de coleta lixo domiciliar continuou mantendo tendência de crescimento, partindo de 84,6% dos domicílios, em 2004 e alcançando 89,8%, em 2014. De 2013 para 2014, houve ligeira elevação no percentual de domicílios atendidos por rede geral de abastecimento (de 85,0% para 85,4%). Este percentual era de 82,1%, em 2004. No caso da parcela dos domicílios com esgotamento sanitário adequado (rede geral ou fossa séptica) houve uma expansão de 2013 para 2014 (de 76,2% para 76,8%), que decorreu da diminuição do percentual de domicílios com fossa séptica, uma vez que o percentual daqueles atendidos por rede geral de esgoto, que estava em 47,9%, em 2004, manteve trajetória de crescimento até 2013 (58,2%), tendo registrado em 2014, queda para 57,6%”.

vivem em condições sub-humanas, sem acesso a rede de esgoto, asfalto e demais serviços públicos básicos que assegurem uma vida digna.

Diante do exposto, este capítulo busca estudar o direito fundamental social à moradia adequada na ordem jurídica brasileira, seja no aspecto constitucional e legal, como no aspecto jurisprudencial.

4.1. Esfera constitucional

No contexto constitucional pátrio, o direito à moradia foi tratado pela primeira vez de forma clara na Constituição de 1934 que possuía forte cunho social, sendo previsto como um benefício de caráter coletivo, no que diz respeito ao direito de propriedade¹⁸⁶.

Porém, lembra Romanelli que historicamente até a Constituição brasileira de 1824, a sociedade era gerida pelo direito privado absoluto, onde não se delineavam nem resquícios a um direito de caráter social para a moradia¹⁸⁷. Na Constituição brasileira de 1824, conhecida como a “Constituição Política do Império do Brasil”, em seu art. 179, declarou a existência de direitos e garantias individuais, consagrando o direito de propriedade, em seu conceito liberal, como direito individual, sem se preocupar com o interesse social¹⁸⁸. *In verbis*:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança

Dados disponíveis em: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/habitacao.html>>. Acessado em: 10/02/2017.

¹⁸⁶ Cf. MONTEIRO, Vitor Andrade de. Op. cit., p. 65.

¹⁸⁷ Cf. ROMANELLI, Luiz Claudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47.

¹⁸⁸ Cf. ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 47.

individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indenizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.¹⁸⁹

Os direitos humanos fundamentais só passariam a ter espaço na esfera constitucional brasileira a partir da Proclamação da República em 1889, onde nascem o federalismo como princípio constitucional de estruturação do Estado e a democracia como regime político apto a assegurá-los¹⁹⁰.

Desse modo, a partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, que o direito de propriedade passou a ter um novo contorno, “isso em razão da evolução jurídica dos institutos jurídicos que se deu com o surgimento do Estado Social de 1930, o qual elevou o cidadão à condição de princípio-fim a ser buscado pelo Estado”¹⁹¹. Preceitua o art. 113 da Constituição de 1934, *in verbis*:

Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa

¹⁸⁹ BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10/02/2017.

¹⁹⁰ Cf. ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 47-48.

¹⁹¹ MONTEIRO. Vitor de Andrade. Op. cit., p. 48.

indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.¹⁹²

Esse aspecto foi preservado pelas Constituições brasileira subsequentes. Assim, o direito de propriedade passou a ser condicionado à persecução do bem-estar social, com reflexos importantes em relação ao direito à moradia adequada¹⁹³.

Ainda sobre o tema, poucos anos depois, a Constituição ditatorial de 10 de novembro de 1937, buscou assegurar o direito de propriedade, acentuando, porém, que o referido direito só poderia ser exercido dentro dos limites estabelecidos pelo regime castrense. *In verbis*:

Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício.¹⁹⁴

No entanto, a Lei Constitucional n. 5 de 1942¹⁹⁵, mudou a redação do item 14 acima, instituindo que “o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia, ou a hipótese prevista no § 2º do art. 166. O seu

¹⁹² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10/02/2017.

¹⁹³ Cf. MONTEIRO. Vitor de Andrade. Op. cit., p. 65.

¹⁹⁴ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10/02/2017.

¹⁹⁵ BRASIL. Lei Constitucional n. 5 de 10 de março de 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10/02/2017.

conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício”¹⁹⁶. Sendo, pouco tempo depois, suspenso o mesmo item pelo Decreto n. 10.358 de 1942¹⁹⁷.

Posteriormente, as Constituições de 1946 (art. 141, § 16)¹⁹⁸ e 1967 (art. 150, § 22)¹⁹⁹ também trataram do tema, mas, em 1988, com a promulgação do atual texto constitucional, advindo do rompimento ao “Estado de exceção” em prol da redemocratização, é que surgiram verdadeiras inovações ao direito de propriedade e, conseqüentemente, ao direito à moradia adequada. A Constituição Federal de 1988 trouxe tantos avanços na seara de direitos fundamentais que Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte encarregada de produzi-la, a chamou de “a Constituição Cidadã”²⁰⁰. Neste sentido, observa Piovesan que:

¹⁹⁶ O §2º do art. 166 da Constituição de 1942, rogava que, *in verbis*:
Art. 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas, ou existência de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçada, o estado de emergência. (...) § 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País.

¹⁹⁷ BRASIL. Decreto n. 10.358 de 31 de agosto de 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10/02/2017.

¹⁹⁸ BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10/02/2017.

¹⁹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acessado em: 10/02/2017.

²⁰⁰ Cf. ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 49.

no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata.²⁰¹

Apesar de ser intitulada como Constituição Cidadã, apenas em 14 de fevereiro de 2000, com a Emenda Constitucional n. 26, que o direito à moradia adequada passou a integrar o rol de direitos fundamentais sociais expressamente previstos na redação do art. 6º da Constituição Federal²⁰².

Contudo, Monteiro²⁰³ alega que:

Não obstante o tardar em sua expressa incorporação no elenco de direitos sociais previstos no texto constitucional, é inegável que o direito social à moradia já era objeto de proteção pela Constituição Federal de 1988 muito antes da promulgação da referida Emenda, e isso pode ser asseverado por diferentes razões.

Para esse autor, a primeira razão para justificar essa assertiva é o do tratamento dispensando pela Constituição aos diplomas que versam sobre direitos humanos²⁰⁴. O art. 4º, II, da Constituição Federal de

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 52-53.

²⁰² Isso demonstra o que já foi dito anteriormente, que os direitos fundamentais não são estáticos e imutáveis, variando com o tempo e o desenvolvimento de cada sociedade. Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 560 e ss.

²⁰³ MONTEIRO, Vitor Andrade de. Op. cit., p. 66.

²⁰⁴ Cf. MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 66.

1988²⁰⁵, estabelece a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios que devem reger as relações internacionais do país. Assim,

considerando que o Congresso Nacional e a Presidência da República aprovaram o texto do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que traz a previsão da proteção ao direito humano à moradia -, fica patente que esse direito social já fora objeto de proteção pela Constituição Federal brasileira desde a incorporação desse diploma internacional²⁰⁶.

Essa linha de raciocínio é também encampada por Ingo Sarlet que, em seu entendimento, explica:

Por outro lado, por força do art. 5º, parágrafo 2º, da nossa Constituição, tendo em conta ser o Brasil signatário dos principais tratados internacionais em matéria de direitos humanos, notadamente (e isto por si só já bastaria) do Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, já formalmente incorporado ao direito interno, e partindo-se da premissa largamente difundida pela melhor doutrina (embora repudiada pelo nosso Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de já avançando na matéria, reconhece apenas uma hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos) da hierarquia constitucional destes tratados, que o direito à moradia já era até mesmo expressamente consagrado na nossa ordem interna, pelo menos na condição de materialmente fundamental.²⁰⁷²⁰⁸

²⁰⁵ Dispõe o art. 4º, II, da Constituição Federal de 1988:

Art. 4º - A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos.

²⁰⁶ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 66.

²⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

Não obstante, Monteiro assevera que o dever de proteção à moradia adequada já existia até mesmo antes do PIDESC, por entender que “os compromissos assumidos na esfera internacional têm natureza vinculante aos países signatários”²⁰⁹. Se entendermos dessa maneira, tal direito é objeto de proteção internacional desde 1948, através da Declaração Universal de Direitos Humanos - já estudada anteriormente.

A segunda razão de Monteiro para justificar que o direito à moradia adequada era assegurado antes da Emenda Constitucional n. 26 de 2000, é que, no próprio texto constitucional, já se encontravam estabelecidos diversos dispositivos que o faziam referência. Um exemplo seria o art. 7º, IV²¹⁰, que prevê o direito de todo trabalhador, estrangeiro ou brasileiro, de receber um salário mínimo capaz de atender, dentre

²⁰⁸ No tocante a decisão do Supremo Tribunal Federal, Mazzuoli explica, em suas palavras, que: “em 3 de dezembro de 2008, o Ministro Celso de Mello, no RE 466.343-SP, onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do HC 77.631-5/SC, publicado no DJU 158-E, de 19.8.1998, Seção I, p. 35), para aceitar esta tese acima exposta, segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil. Mas a maioria dos Ministros não acompanhou tal posição (que adotamos como correta), para acompanhar o Voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível supralegal - abaixo da Constituição mas acima de toda a legislação infraconstitucional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos*. 27/03/2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI80911,51045-A+Tese+da+Supralegalidade+dos+Tratados+de+Direitos+Humanos>>. Acessado em 10/02/2017.

²⁰⁹ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 66.

²¹⁰ Dispõe o art. 7º, IV, da Constituição Federal de 1988:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

outras necessidades vitais básicas, àquelas relativas à sua moradia e de seus familiares dependentes²¹¹.

Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva afirmando que:

O *direito à moradia* já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesmo do disposto no art. 23, IX, segundo o qual é da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento”. Aí já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. Essa contrapartida é o direito à moradia que agora a EC-26, de 14.2.2000, explicitou no art. 6º.²¹² (*grifo no original*)

Ingo Sarlet também entende que mesmo antes da Emenda Constitucional n. 26 de 2000, o direito à moradia já era previsto no ordenamento constitucional vigente, mesmo que de maneira implícita, pois

a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional dos institutos relativos ao usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional.²¹³

²¹¹ Cf. MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 66-67.

²¹² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 318.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

Logo, restou demonstrado que o reconhecimento ao direito à moradia adequada sempre poderá encontrar fundamento de existência, seja no contexto internacional, através dos documentos internacionais em que o Brasil é signatário ou no ordenamento constitucional pátrio, através da Emenda Constitucional n. 26 de 2000 e outros dispositivos constitucionais anteriores a ela.

Ademais, tal direito social fundamental emana direto do princípio da dignidade humana e, conseqüentemente, esse direito e todos os demais direitos sociais, são constituídos como cláusulas pétreas²¹⁴. Alude Barroso que “esses direitos sociais fundamentais são protegidos contra eventual pretensão de supressão pelo poder reformador”²¹⁵.

O princípio da dignidade humana é consagrado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). Este princípio reclama, para que haja sua efetiva proteção, a satisfação de condições existenciais básicas de todo ser humano para a garantia do mínimo existencial e do desenvolvimento de uma vida digna pautada na justiça social.

4.2. Normas infraconstitucionais

Partindo do entendimento clássico de Hans Kelsen, o ordenamento jurídico não é “um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, colocadas lado a lado, mas um ordenamento escalonado de

²¹⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

²¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 179-180.

várias camadas de normas jurídicas”²¹⁶. Se estabeleceu assim um dos textos clássicos que norteiam as Constituições modernas, como diria Peter Häberle²¹⁷.

A partir desse entendimento, as leis, que são ordenamentos infraconstitucionais, estão abaixo da Constituição. Sendo assim, “leis de determinados conteúdos podem ser coibidas pela Constituição”²¹⁸. Tais palavras nos remetem a dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais (direito de defesa) que são ordenamentos ao Estado (e aos particulares) dos deveres de abstenção, como ensina Robert Alexy²¹⁹ e também Canotilho²²⁰ no capítulo anterior deste trabalho.

Não obstante, o dever do Estado fomentar políticas públicas para a persecução da justiça social e a garantia da dignidade humana, que é a dimensão positiva do direito à moradia adequada, nos obriga a analisá-lo fora da órbita constitucional. Partindo dessa premissa, algumas normas infraconstitucionais buscam assegurar esse direito social fundamental tão importante, que é por muitas vezes esquecido pelos nossos Legisladores e administradores públicos.

Nesse contexto, possuem destaque os diplomas normativos federais, como: Sistema Financeiro de Habitação - SFH (Lei n. 4.380/64); Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001); Medida Provisória n. 759/16 (dispõe, entre outras coisas, sobre a regularização fundiária urbana -

²¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9º ed. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 132.

²¹⁷ Cf. HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.

²¹⁸ KELSEN, Hans. Op. cit., p. 133.

²¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 196 e ss.

²²⁰ *Apud* MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 103.

Reurb); Lei n. 11.977/09 (dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV); Lei n. 11.952/09 (dispõe sobre a regularização fundiária das ocupações incidentes em propriedades da União no âmbito da Amazônia Legal, tanto rurais como urbanas); Decreto n. 7.053/09 (institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua); Lei n. 10.840/05 (cria o Programa Especial de Habitação Popular – PEHP); Lei n. 11.124/05 (trata sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS); Lei n. 9.636/98 (Lei de Terras da União, vindo a tratar sobre gestão e regularização de imóveis da União ocupados por pessoas de baixa renda); Código Civil (Lei n. 10.406/02, sobre posse, propriedade, bem de família, usucapião); Medida Provisória n. 220/01 (trata da concessão de uso especial para fins de moradia). No presente trabalho, buscaremos analisar apenas os diplomas que entendemos como os mais importantes ao direito à moradia adequada.

A proteção jurídica do direito à moradia adequada ganhou um importante reforço há mais de 50 anos atrás, quando o então Presidente castrense Castello Branco promulgou em 21/8/1964 a Lei n. 4.380, que instituiu o Sistema Financeiro de Habitação – SFH. Tal lei foi proposta pelo próprio Governo Federal e, segundo Monteiro, com nítido interesse social²²¹. O objetivo primordial dessa lei consiste na facilitação da “casa própria” para a parcela da população mais vulnerável²²².

Entre 1964 e 1985 o SFH financiou 4,4 milhões de unidades habitacionais²²³ através de empresas privadas e agências estatais que o implementavam. O maior problema enfrentado pelo SFH foi que ele não

²²¹ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 130.

²²² Cf. NOLASCO, Loreci Gottschalk. Op. cit., p. 94.

²²³ Cf. NOLASCO, Loreci Gottschalk. Op. cit., p. 94-95.

só abarcava a classe baixa, como também as classes média e alta, dividindo o sistema em dois segmentos: o das classes média e alta gerido por agentes privados da construção, e o sistema voltado para a classe baixa, operado por agências estatais. Os dois sistemas tinham em comum a exigência de que o adquirente comprovasse renda suficiente para arcar com as parcelas do financiamento.

O que se percebe é que em razão da necessidade de comprovação da capacidade econômica, as classes mais baixas terminaram por ser prejudicadas, pois a grande maioria desse estrato social não conseguia provar que seus rendimentos suportariam o pagamento das parcelas. Outra questão a destacar nesse sistema foi o fato de que se desenvolveu uma política de remoção das ocupações ilegais para as habitações sociais.²²⁴

Como as classes mais baixas tinham dificuldade para comprovar a capacidade econômica, acabavam sem conseguir o financiamento e ainda eram desalojadas de suas moradias caso estivessem em áreas de ocupação ilegal. Ademais, diante das crises econômicas, muitas vezes causadas de pelos sucessivos planos econômicos que foram adotados pelo Governo naquela época, geraram aguda crise social, resultando na correção das parcelas em desacordo com o aumento salarial, o que acarretou estrondoso crescimento da inadimplência.

Em consequência disso, constata-se que o SFH deixou de cumprir seu papel social, beneficiando muito mais as classes com renda mais elevada – acima de oito salários mínimos, do que aquelas de baixa renda – abaixo de três salários mínimos²²⁵. As classes baixas, sem condições para optarem pelo referido financiamento, se viram forçadas a

²²⁴ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 131.

²²⁵ Cf. MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 132.

correrem o risco de ocuparem áreas ilegais em zonas periféricas, muitas vezes sem terem a disposição serviços vitais básicos necessários para uma vida digna.

Outro diploma legal importante para a persecução ao direito à moradia adequada é o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, tendo como razão de existir o art. 182 da Constituição Federal de 1988. Assim,

O Estatuto da Cidade, lei federal que regulamenta os instrumentos de política urbana que devem ser aplicados pela União, Estados e Municípios, veio atender o antigo reclamo social por uma gestão mais democrática do espaço urbano, como expressão da organização social, trazendo ainda instrumentos que operacionalizam a implementação de moradia e a ordenação do solo, buscando efetividade dos princípios constitucionais e, com isso, a constituição de uma sociedade mais justa e equilibrada.²²⁶

Como bem dispõe o art. 2º do Estatuto da Cidade, *in verbis*:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

Diversas são as críticas ao Estatuto da Cidade, pois, para muitos autores²²⁷, a Lei n. 10.257/2001 serviu mais para dificultar a

²²⁶ ROMANELLI, Luiz Claudio. Op. cit., p. 77.

²²⁷ Constata-se que as críticas são mais de ordem prática do que jurídica. Nesta esteira: ROLNIK, Raquel. *Passados 10 anos, por que o estatuto da cidade não está sendo implementado?*. 21/02/2011. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2011/02/21/passados-10-anos-por-que-o-estatuto-da-cidade-nao-esta-sendo-implementado/>>. Acessado em: 10/02/2017.

implementação do Plano Diretor (este disposto no art. 182, da Constituição) do que facilitá-lo. Nesse sentido, Villaça critica que:

O Estatuto criou dificuldades para a aplicação do artigo 182 e se tornou uma dessas leis detalhadas que no Brasil aparecem para regular outra lei. Veio para atender a ilusória crença de que uma lei detalhada e supostamente completa evitaria dúvidas, distorções, abusos e seria de compreensão, aplicação e fiscalização mais fáceis. Ilusão. Em primeiro lugar porque, em geral, esse tipo de lei pretende ser completa e esgotar um tema. Em segundo lugar, porque tal detalhamento envelhece logo e precisa ser substituído. Em terceiro lugar porque este aumenta os espaços para as dúvidas e contestações, em vez de diminuí-los. Em oposição ao detalhamento, há os princípios gerais. Estes, ao contrário, correm menor risco de ser incompletos, demoram mais tempo para envelhecer e se tornar obsoletos e, finalmente, são menos vulneráveis a dúvidas e contestações.²²⁸

Constatada a crítica (no ponto de vista social), o Estatuto da Cidade é um marco democrático (no ponto de vista jurídico), pois o Estatuto consagra normas de ordem pública e de interesse sociais visando adequar o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, e do equilíbrio ambiental²²⁹.

Nessa lei estão previstos diversos instrumentos voltados para o adequado desenvolvimento urbano, como o aumento do rol de situações que tornam o Plano Diretor obrigatório (art. 41) e a expropriação de propriedades urbanas que não cumpram sua função social (art. 8º). Há também a previsão das Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS (art. 4º, V, alínea “f” e art. 42-A, V), que são áreas demarcadas em uma cidade para a promoção de habitações voltadas a pessoas carentes.

²²⁸ VILLAÇA, Flávio. *Estatuto da cidade: para que serve?*. 26/10/2012. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2012/10/26/estatuto-da-cidade-para-que-serve/>>. Acessado em: 10/02/2017.

²²⁹ Cf. MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Op. cit.*, p. 153.

Diante da latente e atual necessidade do Estado em melhorar a moradia, o Governo Federal editou recentemente a Medida Provisória n. 759/16, dispondo, entre outras coisas, sobre a Regularização Fundiária Urbana - Reurb. A Reurb consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de núcleos urbanos informais, conforme dispõe o art. 8º, *caput*²³⁰. O seu inc. VI do art. 10, prevê, como objetivos da Reurb:

VI - garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas.

O direito à moradia adequada está contemplado em tal Medida Provisória, demonstrando certo interesse público em tentar sanar o déficit habitacional que tanta flagela parcela da sociedade brasileira²³¹.

4.3. Jurisprudência nos Tribunais

Na persecução da efetivação do direito à moradia adequada, todos os Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) têm importante papel, “tanto na construção do ambiente normativo apto à implementação e ao exercício desse direito, como no desenvolvimento de

²³⁰ Importante registrar que tal Medida Provisória contempla o “direito real de laje”, que é um dos desdobramentos do direito à moradia adequada.

²³¹ Em análise, Rolnik estima que “em 1991, apenas 23% do total de domicílios no Brasil apresentavam todas as condições de adequação que estabelecemos. Consistentemente, este índice vem aumentando 10 pontos percentuais por década: em 2000, foi de 33% e agora, em 2010, chegou a 43%. Isso significa que menos da metade dos domicílios do país têm uma condição adequada de infraestrutura”. ROLNIK, Raquel. *Quantas são e onde estão as moradias adequadas no Brasil?*. 08/06/2012. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2012/06/08/quantas-sao-e-onde-estao-as-moradias-adequadas-no-brasil/>>. Acessado em: 10/02/2017.

políticas destinadas à promoção do acesso à moradia”²³². Quanto ao Judiciário, lembra Santos que:

Até a metade do século XX, o Poder Judiciário detinha um papel secundário entre os poderes do Estado, principalmente por conta da concepção que o juiz deveria meramente reproduzir o conteúdo da lei. Somente no decorrer do século passado a atividade jurisdicional passou a ser uma tarefa mais atuante no cenário social.²³³

Em razão da deficiência na elaboração de regramentos normativos de cunho social pelo Poder Legislativo, e da inércia e omissão da administração pública (Poder Executivo) na implementação de políticas e ações voltadas à garantir a moradia adequada aos seus administrados, restou a cargo do Poder Judiciário atuar como “contrapoder”²³⁴ na tentativa de sanar esses déficits. Não por menos, Canotilho justifica o papel do judiciário nas políticas sociais, onde:

o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses de grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos.²³⁵

Entretanto, percebe-se, desde logo, que a jurisprudência brasileira não é farta sobre a matéria referente ao direito social à moradia adequada. Ainda são poucas as decisões, por força da excepcionalidade da atuação do Judiciário nessa matéria.

²³² MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 194.

²³³ SANTOS, Marcus Gouveia dos. Op. cit., p. 197.

²³⁴ Cf. MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 194.

²³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Desafios metódicos e metodológicos à sustentabilidade normativa do estado social*. In: Op. cit., p. 31.

Primeiramente, ao tratarmos do Supremo Tribunal Federal - órgão máximo do Poder Judiciário, o constituinte originário de 1988 lhe atribuiu a importante posição de “guardião da Constituição” (art. 102 da Constituição de 1988). Apesar da sua importante função, o seu repertório jurisprudencial acerca do direito social à moradia adequada ainda é tímido²³⁶.

Temos como importante julgado do Agravo de Instrumento n. 708667 AgR/SP, da Primeira Turma do STF, com relatoria do Ministro Dias Toffoli²³⁷, tendo estendido ao direito à moradia adequada o entendimento predominante na Corte em relação aos demais direitos fundamentais sociais – como saúde²³⁸ e educação²³⁹ -, no sentido de que o julgamento, pelo Judiciário, acerca da constitucionalidade e da legalidade de atos dos demais Poderes, não representa violação ao princípio da separação dos poderes. A Suprema Corte, em ambas as Turmas, tem firmado esse entendimento. A exemplo:

O Poder Judiciário, *em situações excepcionais*, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do *direito à moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. (grifo nosso)*²⁴⁰

²³⁶ Pesquisa realizada no dia 28/2/2017 resultou em 69 documentos no acervo jurisprudencial digital do STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em: 28/2/2017.

²³⁷ STF, AI n. 708667 AgR/SP. Primeira Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 28/2/2012. Publicado em: DJe 10/4/2012.

²³⁸ STF, RE n. 581352 AgR/AM. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 29/10/2013. Publicado em: DJe 22/11/2013.

²³⁹ STF, ARE n. 639337 AgR/SP. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em: 23/8/2011. Publicado em: DJe 15/9/2011.

²⁴⁰ STF, ARE n. 914634 AgR/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em: 15/12/2015. Publicado em: DJe 26/2/2016.

Consoante afirmado, a jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, *sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes*, inserto no art. 2º da Constituição Federal. (*grifo nosso*)²⁴¹

Assim, a Corte Maior tem firmado o entendimento da possibilidade de o Poder Judiciário tomar medidas necessárias à salvaguarda dos direitos fundamentais, em especial o direito social à moradia. Admite-se, no entanto, que essa possibilidade seja apenas em situações excepcionais necessárias para a garantia e efetivação dos direitos constitucionais considerados essenciais. O já citado ARE n. 639337 AgR/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, consolida tal entendimento:

DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL.

O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torna-la.

²⁴¹ STF, ARE n. 984601 AgR/SE. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em: 10/2/2017. Publicado em: DJe 24/2/2017.

Ademais, para Monteiro o já elucidado AI n. 708667 AgR/SP deixou claro que “o indivíduo tem direito fundamental ao acesso a uma moradia e que essa deve ser ‘digna’”²⁴². Continua o autor que “esse entendimento consolida a ideia de que a garantia do direito à moradia não pode ser alcançada apenas com o elemento quantitativo, mas também com o componente qualitativo”²⁴³.

Apesar das referidas decisões de cunho social, ainda há resistência na jurisprudência da Suprema Corte, demonstrando sua face conservadora no que diz respeito ao direito social à moradia e a impenhorabilidade do imóvel bem de família do fiador em contrato de locação^{244 245}, conforme explicam Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

Sobre o direito à moradia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em controle acidental, a admissibilidade de penhora de imóvel utilizado para fins de moradia do fiador, no contrato de locação. Admitiu-se que não havia, nessa hipótese, afronta ao direito de moradia. Na decisão, discutiu-se a forma de execução do direito de moradia, que tem fins institucionais e permite, portanto, múltiplas possibilidades de execução, além da explicitação de que direito à moradia não se confunde com direito de propriedade. A Corte admitiu, por fim, a constitucionalidade da previsão legal que permite a penhora do imóvel do fiador de contrato de locação.²⁴⁶

²⁴² MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 198-199.

²⁴³ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 199.

²⁴⁴ STF, RE n. 407688/AC. Tribunal Pleno. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em: 08/2/2006. Publicado em: DJ 06/10/2006.

²⁴⁵ Ingo Sarlet se posiciona contra o atual entendimento do STF nessa ponto, por entender na prevalência do direito constitucionalmente assegurado à moradia em face ao direito de crédito do locador. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

²⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. cit., p. 658.

No que tange a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, podemos notar alguns avanços quanto tratamos de direito à moradia adequada. É o que podemos extrair do REsp n. 1302736/MG, da Quarta Turma, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, estabelecendo sua Ementa que:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC/1973 E 561 DO NOVO CPC. REALIDADE FÁTICA DO IMÓVEL MODIFICADA. IMÓVEL QUE SE TRANSFORMOU EM BAIRRO URBANO POPULOSO. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA NOVA REALIDADE NA SOLUÇÃO DA CONTENDA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA POSSE. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PONDERAÇÃO DE VALORES. NEGATIVA DA REINTEGRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PRESTAÇÃO ORIGINÁRIA EM ALTERNATIVA. ART. 461-A DO CPC/1973. RECURSO NÃO PROVIDO.

(...) 3. Ainda que verificados os requisitos dispostos no item antecedente, o julgador, diante do caso concreto, não poderá se furtar da análise de todas as implicações a que estará sujeita a realidade, na subsunção insensível da norma. É que a evolução do direito não permite mais conceber a proteção do direito à propriedade e posse no interesse exclusivo do particular, uma vez que os princípios da dignidade humana e da função social esperam proteção mais efetiva. (...) 5. No caso dos autos, o imóvel originalmente reivindicado, na verdade, não existe mais. O bairro hoje, no lugar do terreno antes objeto de comodato, tem vida própria, dotado de infraestrutura urbana, onde serviços são prestados, levando-se à conclusão de que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com satisfação do interesse da empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo

dela uma comunidade, irmanada por idêntica herança cultural e histórica, razão pela qual não é adequada a ordem de reintegração.²⁴⁷

Tal acórdão tratou da invasão de um imóvel particular, localizado no Município de Uberaba/MG, por integrantes do Movimento Sem Terra, onde, depois de mais de 15 anos, o imóvel passou a ser um bairro populoso e estruturado com ruas, postes de luz, rede elétrica, água encanada e demais serviços prestados pela municipalidade local. Diante da nova situação fática, o STJ decidiu pela não reintegração de posse, por entender que, caso ela ocorresse, prejudicaria inúmeras famílias que construíram suas vidas naquele antigo imóvel e que agora é um bairro, podendo vir a cometer uma injustiça maior sobre o pretexto de se fazer justiça.

O STJ se encontra na mesma esteira de entendimento da Suprema Corte ao tratar da possibilidade do Judiciário vir a intervir nas políticas públicas da administração pública. Assim:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS PARA REDUÇÃO DE RISCO DE DESLIZAMENTO. DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E MORADIA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO COM BASE NO CONTESTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.²⁴⁸

²⁴⁷ STJ. REsp n. 1302736/MG. Quarta Turma. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 12/4/2016. Publicado em: DJe 23/5/2016.

²⁴⁸ STJ. AgRg no AgRg no AREsp 679845/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 16/6/2016. Publicado em: DJe 05/9/2016.

Quanto ao direito à moradia e a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, o STJ encampa o posicionamento conservador ainda firmado pela Suprema Corte²⁴⁹.

O maior avanço jurisprudencial em relação ao direito fundamental social à moradia adequada encontra-se, de fato, nos Tribunais de Justiça. Por mais que ainda existam poucas decisões judiciais sobre a matéria, Monteiro alude que são nestes Tribunais que é possível identificar decisões “bastante humanística da problemática envolvendo o direito à moradia, analisando o drama humano vivido por famílias desabrigadas e reconhecendo o dever de o Estado Juiz atuar na garantia da preservação e do respeito à dignidade humana”²⁵⁰.

Desse modo, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, ao ajuizar Ação Civil Pública em face do município de Santo Angelo/RS, assegurou o direito social à moradia adequada a quatro irmãos menores de idade que se encontravam em situação de vulnerabilidade, determinando o Juiz singular que o município provesse uma moradia digna aos irmãos e sua família, no prazo improrrogável de 45 dias, sob pena de levantamento de valores para a construção/reforma da moradia e sequestro nas contas públicas. O município veio a recorrer ao Tribunal de Justiça daquele Estado onde se decidiu pelo não provimento do recurso, conforme a Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO SOCIAL À MORADIA. CONDIÇÃO DE VULNERABILIDADE QUE PERSISTE HÁ ANOS.

²⁴⁹ STJ. REsp n. 1363368. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em: 07/10/2013. Publicado em: DJ 06/11/2013.

²⁵⁰ MONTEIRO, Vitor de Andrade. Op. cit., p. 202.

DILAÇÃO DE PRAZO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.²⁵¹

Na jurisprudência dos Tribunais de Justiça, são relevantes alguns julgados que reconhecem a consolidação de moradias da população carenate em espaços formalmente públicos, condicionando o provimento de pretensões demolitórias pela administração pública à realocação dessa população em outras moradias adequadas, as custas do erário²⁵². Podemos citar, como exemplo, o acórdão de relatoria do Desembargador Caetano Levi Lopes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde entendeu que se realizada a construção de moradias em local que, abstratamente, seria espaço público, mas, materialmente, é área de difícil acesso e sem qualquer urbanização, resta incabível a pretensão demolitória pelo ente público, salvo se esse cumprir o seu dever constitucional de promoção ao direito à moradia adequada. Eis a Ementa do acórdão:

Apelação cível. Ação demolitória. Edificação em via pública. Local não urbanizado. Direito constitucional à moradia assegurado. Recurso não provido.
1. Todos têm direito constitucional à moradia e o Estado deve adotar ações positivas para que os economicamente menos favorecidos tenham um local para morar. Pode, ainda, ter conduta negativa no sentido de não impedir que o particular, por si mesmo, concretize o mencionado direito.
2. Feita a edificação de habitações em local que, abstratamente, seria via pública mas, na concretude da vida, é área de difícil acesso e sem qualquer urbanização, revela-se inacolhível a pretensão demolitória. Entender o contrário violaria o direito

²⁵¹ TJRS. Apelação Cível n. 70060517174. Sétima Câmara Cível. Relatora Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 14/7/2014. Publicado em: DJ 17/7/2014.

²⁵² Cf. MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Op. cit., p. 146.

constitucional à moradia.
 3. Apelação cível conhecida e não provida.²⁵³

Do julgado acima, destaca-se o seguinte trecho do voto do relator:

Acrescento que não impressiona o argumento no sentido de que as edificações foram feitas em via pública. Abstratamente o local deveria ser via pública. Na palpitante realidade da vida, entretanto, a perícia é clara quanto ao estado de abandono que se encontra o local. E esta circunstância patenteia ser correta a orientação adotada em primeiro grau de jurisdição porque, diante da omissão do apelante em cumprir seu dever constitucional, não se justifica mesmo a demolição pretendida.

Nesse sentido, encontram-se os Embargos de Declaração n. 0010275-40.2008.8.26.0127, do Tribunal de Justiça de São Paulo, onde:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Ação demolitória. Pedido julgado improcedente. Fundamento essencial do acórdão embargado, sobre não ser razoável, a despeito do desacordo com normas urbanísticas e ambientais, fazer demolir construção residencial de mais de dez anos e desalojar família de poucos recursos, sem oferecer alternativa de moradia em algum outro local (...)²⁵⁴²⁵⁵

²⁵³ TJMG. Apelação Cível n. 1.0105.00.001435-4/001. Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Caetano Levi Lopes. Julgado em: 12/4/2005. Publicado em: DJ 29/4/2005.

²⁵⁴ TJSP. Embargos de Declaração n. 0010275-40.2008.8.26.0127. Décima Segunda Câmara de Direito Público. Relator Desembargador Edson Ferreira. Julgado em: 22/2/2017. Publicado em: DJe 07/3/2017.

²⁵⁵ Importante registrar o terrível entendimento do AgI n. 2249444-28.2016.8.26.0000, também do TJSP, de relatoria da Desembargadora Maria Laura Tavares, que, ao julgar sobre desapropriação de área pública, se valeu como uma das razões de decidir o entendimento que por se tratar de “área pública, e a circunstância dos agravantes alegarem não terem moradia, não justifica a ocupação irregular da área, seja ela pública ou particular”. Esse entendimento encontra nítida dissonância com tudo já estudado nesse trabalho. TJSP. AgI n. 2249444-28.2016.8.26.0000. Quinta Câmara de Direito Público. Relatora Desembargadora Maria Laura Tavares. Julgado em: 04/3/2017. Publicado em: DJe 04/3/2017.

Assim também entende o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. DEMOLIÇÃO. OCUPAÇÃO IRREGULAR DE ÁREA PÚBLICA. INDEFERIMENTO DA INICIAL. INTERESSE PROCESSUAL. DIREITO CONSTITUCIONAL DE MORADIA. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

1. Apelação interposta da r. sentença, proferida na ação obrigação de não fazer, que indeferiu a petição inicial e julgou extinto o processo, sem resolução de mérito, em razão da ausência de interesse processual na pretensão de obstar a demolição de imóvel, por se tratar de ocupação irregular de área pública. 2. Ainda que se trate de ocupação irregular de área pública, a alegada violação ao direito constitucional de moradia e à função social da propriedade demonstra que a pretensão das autoras de obstar a demolição do imóvel é útil e necessária e foi veiculada pelo meio adequado. Precedentes do TJDFT.²⁵⁶

Acrescenta-se também, quando das moradias que ocupam indevidamente áreas públicas, a doutrina²⁵⁷ e a jurisprudência desses Tribunais tendem a entender pelo direito subjetivo de concessão de uso especial, por força da Medida Provisória n. 2.220/01. Demonstra-se, como exemplo, o julgado do Colegiado paulista:

Apelação cível. Direito social à moradia Pleito de reconhecimento do direito subjetivo à concessão de uso especial para fins de moradia (CUEM). Requisitos da Medida

²⁵⁶ TJDFT. AC n. 20160110628855. Relator Desembargador Cesar Loyola. Segunda Turma Cível. Julgado em: 22/2/2017. Publicado em: 02/3/2017.

²⁵⁷ Em posição minoritária na doutrina, Zockun entende ser direito subjetivo dos cidadãos o Estado prover moradias. “Assim, se o Estado tem terrenos públicos desocupados, não pode deixar de destiná-los a uma utilização de interesse público, tal qual é a construção de habitações populares, em obediência à função social da propriedade pública”. ZOCKUN, Carolina Zancaner. Op. cit., p. 136.

Provisória n. 2.220/2001 cumpridos. Desnecessária Lei Municipal específica para o reconhecimento do direito, conforme decisão do C. Órgão Especial nos autos da Arguição de Inconstitucionalidade n. 0041454-43.2012.8.26.0000. Área que constitui Zona Especial de Preservação Ambiental, a atrair a incidência do disposto no artigo 5º da Medida Provisória. Sentença reformada para julgar procedente a ação, reconhecendo à autora o direito à concessão de uso especial para fins de moradia, com observância da faculdade prevista no artigo 5º da Medida Provisória 2.220/2001. Recurso provido.²⁵⁸

Em seu voto, a relatora decidiu que, estando cumpridos pelo particular todos os requisitos dispostos na MP n. 2.220/01, ele passaria a ter direito subjetivo na concessão do uso especial de propriedade pública diante da inércia da administração pública em promover o direito social à moradia adequada.

Noutro ponto, uma das políticas instituídas pelo Poder Público para a efetivação do direito social à moradia adequada é o auxílio aluguel. O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao tratar o tema em acórdão de relatoria do Desembargador Camargo Pereira, decidiu pelo dever do Poder Público em assegurar direito social à moradia adequada para a autora/agravada no caso em tela. Sua Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À MORADIA. LOCAÇÃO SOCIAL. Concessão de liminar para que a ré forneça “auxílio aluguel”, conforme definido pelo Conselho Municipal de Habitação, até julgamento definitivo da demanda. Inconformismo. Descabimento. Em se tratando de família de baixa renda, e um filho da autora/agravada ser portador de doença cardíaca grave, o risco inerente à demora do provimento jurisdicional final seja latente, a prova inequívoca da

²⁵⁸ TJSP. AC n. 1006553-96.2014.8.26.0053. Segunda Câmara de Direito Público. Relatora Desembargadora Luciana Bersciani. Julgado em 07/2/2017. Publicado em: DJe 08/2/2017.

verossimilhança do direito à moradia pela parte autora, mostra-se evidenciado. Apesar dos limites temporais para a concessão do benefício do aluguel social, não se justifica o desamparo da autora/agravada, que tem direito a moradia digna, conforme previsto no art. 6º da Constituição Federal. Recurso não provido.

Extrai-se do julgado acima que como a administração pública já havia instituído uma política de auxílio aluguel para a persecução do direito social à moradia adequada e a autora estava inscrita na lista de espera, mas ainda sem uma previsão para efetivação de seu direito, o Egrégio Tribunal, em razão das circunstâncias do caso concreto (situação de pobreza, filho menor com doença cardíaca, possibilidade de despejo da atual moradia), agindo em situação excepcional, decidiu que o Poder Público estabelecesse o direito social para a autora, ora agravada. Desse modo, o Colegiado paulista se valeu do que já era afirmado pelo STF e também encampado pelo STJ, de que o Judiciário somente poderá interferir em situações excepcionais sobre políticas públicas.

Quanto ao direito fundamental social à moradia e a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de aluguel, decisões dos Tribunais de Justiça trilham caminho oposto ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. A exemplo, o acórdão de relatoria do Desembargador Marco André Nogueira Hanson do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, entendendo ser impenhorável o bem de família do fiador de contrato de aluguel, pois a Constituição Federal atribuiu ao direito à moradia adequada o status de direito fundamental social. Assim,

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-
EXECUTIVIDADE – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA –

COBRANÇA DE ALUGUERES E ENCARGOS LOCATÍCIOS – BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR – IMPENHORABILIDADE – EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 3º, VII, DA LEI N. 8.009/90 – CONFLITO COM O DIREITO À MORADIA – AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE – EXCESSO DE EXECUÇÃO – MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA – QUESTÃO A SER DISCUTIDA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I. O Estado-Juiz, mediante a presidência do processo executivo, não pode ser conivente com a tentativa de despojar o fiador e sua família do refúgio de sua residência para, mediante expropriação forçada, converter o bem de família em pecúnia, a fim de satisfazer o crédito do locador frente ao afiançado. II. Tal proceder, antes de demonstrar o completo esvaziamento do princípio da solidariedade e a absoluta indiferença com a dignidade do garantidor e sua família, reflete a sobreposição de um direito disponível – crédito – sobre um direito fundamental – moradia. III. A pretensão de expropriação do imóvel residencial do fiador ganha maiores contornos de inadmissibilidade quando, em comparação com o direito posto ao devedor principal, percebe-se que a garantia negada ao garantidor é amplamente assegurada ao afiançado.²⁵⁹

Igualmente, o mesmo Egrégio Tribunal do Centro-Oeste traçou o entendimento de proteção ao bem de família quando o fiador de contrato de locação for pessoa idosa e tiver o bem como única moradia. Em síntese:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – CONTRATO DE LOCAÇÃO – ÚNICO IMÓVEL DOS FIADORES – IDOSOS – PREVALÊNCIA DO DIREITO DE MORADIA DIGNA E DEVER DO ESTADO DE PRESERVAÇÃO DE TRATAMENTO VEXATÓRIO OU CONSTRANGEDOR – ESTABELECIDOS NO ESTATUTO

²⁵⁹ TJMS. Agravo n. 2012.011704-1/0000-00. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Marco André Nogueira Hanson. Julgado em: 28/5/2012. Publicado em: 04/6/12.

DO IDOSO – APLICAÇÃO DO ARTIGO 230 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – IMPENHORABILIDADE DO BEM – DECISÃO SINGULAR MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Apesar das recentes decisões dos STF e STJ acerca da penhorabilidade do único imóvel do fiador no contrato de locação, ante as peculiaridades do caso, não deve prevalecer a interpretação da letra fria da Lei n° 8.009/90, isto com vistas a reconhecer a impenhorabilidade do bem em que residem os fiadores, pessoas idosas, aos quais o Estatuto do Idoso assegura o direito de moradia digna e o dever do Estado de colocá-los a salvo de tratamento vexatório ou constrangedor, fazendo, sobretudo, cumprir-se o disposto no artigo 230, da Constituição Federal.²⁶⁰

Os acórdãos acima demonstram que as decisões que não abarcam a prevalência do direito social à moradia adequada (direito constitucional positivado) em face do direito de crédito do locador, são decisões que visam a interpretação fria da letra da lei n. 8.009/90²⁶¹.

Diante do exposto, percebe-se que o direito social à moradia adequada ainda não está amplamente contemplado em nossos Tribunais e, quando o é, tem prevalecido posições conservadoras acerca da concretização desse direito fundamental pelo Poder Judiciário.

Nota-se ainda que a maioria das decisões se concentram nas ocupações irregulares promovidas por movimentos sociais ou por

²⁶⁰ TJMS. AgI n. 0024410-98.2012.8.12.0000. Segunda Câmara Cível. Relator Desembargador Paulo Alfeu Puccinelli. Julgado em: 09/4/2012. Publicado em: DJe 16/4/2012.

²⁶¹ Em pesquisa, o Tribunal de Justiça que menos prioriza o direito fundamental social à moradia adequada neste tema é o Tribunal de Justiça de São Paulo -TJSP. Assim: AC n. 1012322-70.2016.8.26.0003. Relator Desembargador Milton Carvalho. Julgado em: 23/2/2017. Publicado em: DJe 23/2/2017; AgI n. 2192664-68.2016.8.26.0000. Relatora Desembargadora Maria de Lourdes Lopez Gil. Julgado em: 19/12/2016. Publicado em: DJe 19/12/2016; AgI n. 2177782-04.2016.8.26.0000. Relator Desembargador Mourão Neto. Vigésima Sétima Câmara de Direito Privado. Julgado em: 06/12/2016. Publicado em: DJe 12/12/2016.

pequenos núcleos familiares de pessoas carentes, em áreas particulares e públicas abandonadas que não cumprem a função social da propriedade.

Na busca pela efetivação desse direito fundamental social há obstáculos como a fragilidade normatividade da matéria, a justificativa (por vezes infundadas)²⁶² de insuficiência de recursos públicos, a ineficiência das políticas públicas desenvolvidas e o descompasso de decisões judiciais com a dignidade humana que é o alicerce dos direitos fundamentais.

É cediço que o acesso universal ao Judiciário não é tão universal assim, pois, muitas vezes, pessoas com maiores recursos (financeiros ou políticos) conseguem ter atendidas suas pretensões nos Tribunais, podendo vir a fragilizar ainda mais o acesso a este direito social a parcela da sociedade carente. Cabe então ao Poder Judiciário mudar essa posição e intervir, mesmo que em situações excepcionais, em atitudes promovidas pelos demais Poderes e particulares que visem diminuir, rechaçar ou aniquilar o direito social à moradia adequada.

²⁶² É o caso da Prefeitura Municipal de São Paulo que optou investir R\$ 100 milhões em publicidade pró-Governo do que em moradias sociais adequadas a sua população carente. No tocante: ESTADÃO JORNAL DIGITAL. 08/2/2017. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/blogs/por-dentro-da-metropole/doria-abre-licitacao-e-preve-gasto-de-ate-r-100-mi-com-publicidade/>>. Acessado em: 05/3/2017.

5. Conclusão

Desde os primórdios das civilizações, a moradia tem sido considerada essencial para o desenvolvimento humano. É por ela que a humanidade passou a valorizar os núcleos familiares que deram origem as sociedades e cidades.

O aumento populacional, a industrialização e o descaso dos governantes com os grupos marginalizados causaram problemas que foram sentidos no passado e ainda surtem reflexos na atualidade. Assim, com o desenvolvimento cultural e tecnológico, as cidades passaram a contemplar situações que outrora eram renegadas. O ambiente ecológico equilibrado e o bem-estar social assumem as novas diretrizes organizacionais desses centros.

No mundo pós Guerras Mundiais surgem os direitos fundamentais, divididos em gerações (ou dimensões). Num primeiro momento se estabeleceram três gerações, sendo a primeira geração a dos direitos individuais (*liberté*) – as liberdades clássicas; a segunda geração a dos direitos sociais, econômicos e culturais (*égalité*); a terceira geração de direitos fundamentais é a dos direitos transindividuais (*fraternité*). De tão importante os direitos fundamentais, a doutrina busca sempre aumentar a quantidade de gerações, como a quarta geração (direito à Democracia) e a quinta geração (direito à paz), fora as inúmeras outras, também importantes, que já estão em desenvolvimento (direito à água potável, por exemplo).

Os direitos fundamentais de segunda geração são os que abarcam os direitos sociais. Tais direitos representam a superação do

antigo Estado Liberal pelo Social, onde o Estado passa a ter um novo papel na sociedade. Percebeu-se que o Estado precisava promover a igualdade entre seus cidadãos, buscando melhorar a vida dos mais fracos.

Na busca de melhorar a vida dos mais fracos que floresce o dever de não apenas interferir nos direitos individuais, mas também de fomentar políticas públicas para persecução da justiça social. Esses deveres devem sempre respeitar o mínimo existencial para uma vida digna.

No Brasil, ao final da época escravocrata que assolou o país por mais de 300 anos e com o começo da redemocratização no final do século passado, o Estado Brasileiro passou a legitimar o direito à moradia adequada no bojo da sua mais notável Constituição já elaborada, tal seja, a Constituição Cidadã de 1988.

Tentando se desvincular totalmente do antigo regime ditatorial que atrasou as conquistas dos direitos fundamentais, em particular os direitos sociais, o constituinte originário optou por consolidar as melhores ideias da época no texto constitucional que, por felicidade, prezavam (e ainda prezam!) o coronário da dignidade da pessoa humana. Por desventura, Constituição Federal de 1988 tardou quase 12 anos para constar expresso o direito à moradia em seu texto.

Não obstante, apesar dessa demora, o sistema jurídico-constitucional já abarcava esse direito social, uma vez que o país é signatário de documentos internacionais que o contemplavam em suas cartas. A própria Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 o

contemplava antes mesmo da promulgação da atual Carta Magna brasileira.

Com sua inclusão no rol de direitos fundamentais sociais do art. 6º da Carta Maior, o direito à moradia passou a ser expresso em nosso ordenamento constitucional, gozando de regime jurídico privilegiado inerente a esses direitos, incluindo o status de cláusula pétrea (art. 60, §4º) e a aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º).

Em que pese parcela da doutrina considerar o direito social à moradia adequada uma mera norma programática, a sistemática constitucional moderna e os avanços sociais são barreiras para a prevalência e continuidade dessa postura conservadora. Por mais que esse direito social não possa ser concretizado em sua completude de imediato em todos os casos, é dever dos Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) aplicá-lo e desenvolvê-lo de maneira que venha a garantir seu acesso e uma vida digna a todos.

O direito social à moradia adequada se apresenta em duas dimensões, uma negativa e outra positiva. Em sua dimensão negativa (também consagrada nos direitos individuais) cabe ao Estado não interferir na conquista da moradia adequada pelos seus cidadãos. É um *obrigação de não fazer* que abrange o dever de não produzir atos administrativos (em seu sentido mais amplo), ou de não instituir regramentos normativos ou de não criar óbices e decisões-jurídicas que venham a usurpar, fragmentar, diminuir ou extinguir o seu mínimo existencial.

Em sua dimensão positiva (a mais importante), o Estado deve garantir e assegurar o direito à moradia digna, seja através de políticas públicas, da criação legislativa e da aplicação jurídica desse direito. Quanto as políticas públicas, cumpre lembrar da necessidade de adota-las de maneira que busquem o maior e melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, buscando garantir a universalidade no acesso a esse direito fundamental.

A despeito de sua importância, o acesso à uma moradia adequada ainda é uma realidade bastante distante para uma parcela considerável de indivíduos no mundo.

Vivemos hoje a crise do Estado Social, onde, em razão da escassez orçamentária e da má gestão das verbas públicas, os direitos sociais, especialmente em sua dimensão de caráter prestacional, sofrem perdas significativas no cenário internacional e nacional. As teses liberais, cientes disso, encorajam a diminuição do papel do Estado frente as políticas públicas por considerarem que ele não se encontra mais em condições de garantir esses direitos.

Entretanto, o Brasil assumiu acordo de zelar e promover o direito social à moradia adequada, levando como parâmetros os critérios mínimos estabelecidos pelo Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais das Nações Unidas (Observação Geral n. 4), com fulcro nos direitos consagrados pelo PIDESC. Ao aderir, o Estado brasileiro se comprometeu a desenvolver medidas concretas e progressivas voltadas a sua efetivação, sujeitando-se a uma *international accountability*. Não fazê-lo é ir contra a ordem jurídica internacional e contra a dignidade da pessoa humana constitucionalmente consagrada.

Quanto ao Judiciário, por anos sua funcionalidade foi resumida a ser um simples aplicador do direito posto. Ideia esta já superada pelo Estado Democrático de Direito. Por isso, seu papel ganha destaque na efetivação dos direitos sociais.

Caso o Judiciário não venha garantir o mínimo necessário de uma moradia adequada para a satisfação da dignidade humana, em razão da inércia e do desinteresse dos demais Poderes do Estado, colocará em risco a força normativa constitucional dos direitos fundamentais e também o Estado Democrático de Direito.

Por fim, tendo em vista todo o trabalho desenvolvido, demonstra que o progresso para a efetivação do direito fundamental social à moradia adequada é um trabalho hercúleo, sendo paralelo a promoção da própria vida humana digna em sua plenitude, devendo, portanto, merecer permanente esforços para materialização por todos os Poderes Públicos e cidadãos.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2º ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

BALERA, Wagner. *Direito dos pobres*. São Paulo: Paulinas, 1982.

BARCELLOS, Ana Paula. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, n. 240, Rio de Janeiro: 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>>. Acesso em: 20/1/2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2º ed. Trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 24º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Sabrina Nasser de. *Processos coletivos e políticas públicas: mecanismos para a garantia de uma prestação jurisdicional democrática*. São Paulo: Contracorrente, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 30º ed. São Paulo: Atlas, 2016.

COCURUTTO, Ailton. *Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social*. São Paulo: Malheiros, 2008.

CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 31º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. 3º ed. Trad. Marcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes, Ana Paula Zomer Sica e Fauzi Hassan Choukr. 2º Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Gabriel Luis Bonora Vidrih. *Plano direitos e inclusão social no espaço urbano*. Revista de Direitos Difusos. Curitiba, Ano IX, V. 46, maio-agosto/2008.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2003.

GAZOLA, Patrícia Marques. *Concretização do direito à moradia digna*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

HÄBERLE, Peter. *Textos clássicos na vida das constituições*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<http://brasilemsintese.ibge.gov.br/habitacao.html>>. Acessado em: 10/2/2017.

INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito social à moradia & a efetividade do processo*. Curitiba: Juruá, 2002.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9º ed. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos*. 27/03/2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI80911,51045-A+Tese+da+Supralegalidade+dos+Tratados+de+Direitos+Humanos>>. Acessado em: 10/2/2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Direito à moradia*. São Paulo: Atlas, 2011.

MONTEIRO, Vitor de Andrade. *Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NALINI, José Renato. *Direitos que a cidade esqueceu*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito fundamental à moradia*. São Paulo: Pilares, 2008.

OHCHR; UN-Habitat. *The right to adequate housing*. Geneva: Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights; New York: UN-Habitat, 2009. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_en.pdf>. Acessado em: 20/01/2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 18º ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OSTRY, Jonathan D.; LOUGANI, Prakash; FURCERI, Davide. *Neoliberalism: oversold?*. Finance & Development, EUA, Junho, 2016, V. 53, n. 2. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2016/06/ostry.htm>>. Acessado em: 02/02/2017.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direito humanos e o direito constitucional internacional*. 4º ed. São Paulo: Max, 2000.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares: A colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

ROLNIK, Raquel. *Passados 10 anos, por que o estatuto da cidade não está sendo implementado?*. 21/2/2011. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2011/02/21/passados-10-anos-por-que-o-estatuto-da-cidade-nao-esta-sendo-implementado/>>. Acessado em: 10/2/2017.

ROLNIK, Raquel. *Quantas são e onde estão as moradias adequadas no Brasil?*. 08/6/2012. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2012/06/08/quantas-sao-e-onde-estao-as-moradias-adequadas-no-brasil/>>. Acessado em: 10/2/2017.

ROMANELLI, Luiz Claudio. *Direito à moradia à luz da gestão democrática*. 2º ed. Curitiba: Juruá, 2008.

SAMUELSON, Kate. *Everything to know about the great smoke of 1952, as seen on the crown*. 04/11/2016. Disponível em: <<http://time.com/4554972/great-smog-london-crown-netflix/>>. Acessado em: 25/12/2016.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. *Direitos sociais: efetivação, tutela judicial e fixação de parâmetros para a intervenção judicial em políticas públicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Versão Digital: <www.amazon.com.br>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP. Belo Horizonte, Ano 1, n. 2, p. 65-119, julho/setembro de 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direito fundamental à moradia nos 20 anos de Constituição Federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para atuação do Supremo Tribunal Federal*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, Ano 2, n. 8, p. 55-92, outubro/dezembro de 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8º ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38º ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

UNITED NATIONS (UN). Disponível em: <<http://www.urbanoctober.org/downloads/WHD2016SGMessageEnglish.pdf>>. Acessado em: 10/2/2017.

UNITED NATIONS NEWS CENTRE. Disponível em: <<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=55187#.WK2JahjOpZ2>>. Acessado em: 10/2/2017.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS: Office of the high commissioner. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/HousingIndex.aspx>>. Acessado em: 10/2/2017.

VIERGAS E SILVA, Marina. *O conselho de direitos humanos da ONU: seis anos depois*. Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR. São Paulo, V. 1, n. 18, janeiro/2004. Disponível em: <goo.gl/DKpD5k>. Acessado em: 02/01/2017.

VILLAÇA, Flávio. *Estatuto da cidade: para que serve?*. 26/10/2012. Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2012/10/26/estatuto-da-cidade-para-que-serve/>>. Acessado em: 10/2/2017.

VIOLA, Luís Armando. *O direito social “moradia” com o advento da lei nº 10.257, de 10.07.2001 (estatuto da cidade)*. Interesse Público – Revista

Bimestral de Direito Público. Belo Horizonte, Ano 8, n. 37, p. 335-350, maio/junho de 2006.

WILDE, Oscar. *A alma do homem sob o socialismo*. Trad. Heitor Ferreira da Costa. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2010.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review*. In: *The Yale Law Journal*, 2006, p. 1.406. Disponível em: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/faculty/rarneson/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acessado em: 20/2/2017.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da intervenção do estado no domínio social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZYGMUNT, Bauman. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.