

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Hugo de Oliveira Vieira Basili

O direito fundamental social à moradia
na Constituição brasileira de 1988

Mestrado em Direito

São Paulo
2017

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Hugo de Oliveira Vieira Basili

O direito fundamental social à moradia
na Constituição brasileira de 1988

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Efetividade do Direito, Núcleo de Direitos Humanos, sob orientação do Professor Doutor Motauri Ciocchetti de Souza.

São Paulo
2017

Banca Examinadora:

PROFESSOR DOUTOR MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA

Dedico a pesquisa e esta dissertação à minha Mãe e ao meu Pai, professores, pelos exemplos, cada qual ao seu modo, de vida intensamente dedicada ao trabalho honesto bem como à boa educação e ao bem-estar dos filhos.

Dedico à Mariana, companheira, amora, professora, pelas boas energias que cultivamos juntos e pela nova vida que já está entre nós.

Dedico ao Waldir, amigo, parceiro no dia a dia na advocacia, em que vivenciamos a vã luta com palavras, no entanto lutamos, mal rompe a manhã.

Dedico à Joana e ao Glauco, amigos, pela simpática hospedaria em São Paulo.

In memoriam, dedico à Bela, amiga, pela companhia desde o início da faculdade de Direito, no ano 2002, e pelas boas lembranças e lições fraternais que ficaram.

A pesquisa e esta dissertação foram realizadas com apoio da FUNDAÇÃO SÃO PAULO, que concedeu descontos nas semestralidades de maio e a setembro de 2016.

Também registra-se o apoio da COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES, que concedeu bolsa a partir de setembro de 2016 até o depósito da dissertação, em novembro de 2017.

Agradecimentos:

Ao Professor Doutor Motauri Ciocchette de Souza, pelas orientações esclarecedoras que ampliaram o alcance da pesquisa.

Ao Professor Doutor Pietro de Jesus Lora Alarcón e à Professora Doutora Daniela Campos Libório Di Sarno, pelas instruções quando da qualificação do trabalho.

Ao Professor Livre-Docente Vidal Serrano Nunes Junior, por tantas aulas e lições sobre direitos sociais, que formaram a base desta dissertação.

À Professora Mestre Juliana Cardoso Ribeiro Bastos, pelo incentivo à realização do mestrado.

O direito fundamental social à moradia
na Constituição brasileira de 1988

RESUMO

Com esta pesquisa buscamos conhecer a normatividade constitucional ao direito fundamental social à moradia, o que requereu estudar o perfil social do Estado brasileiro para contextualizar as estratégias de positivação desse direito na Constituição de 1988. Percorremos os fundamentos políticos e econômicos do constitucionalismo, que resultaram na Constituição como documento jurídico, culminando o estudo desse ponto no quadro atual do neoconstitucionalismo. A compreensão de alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais também foi necessária, especialmente, sobre o duplo caráter desses direitos. Aprofundamos o estudo da Constituição de 1988 no que mais pertinente aos direitos fundamentais sociais e identificamos a conformação de um Estado Democrático e Social de Direito. Seguindo na pesquisa, também estudamos o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ainda que brevemente, mas suficiente para destacar como o direito à moradia é tratado em tal nível normativo. Na ordem constitucional brasileira, foi apurado que o direito à moradia está positivado, expressamente, em vários dispositivos, desde o texto original da Constituição, por meio de normas programáticas e por meio de instituição de direito público subjetivo. Nesse quadro normativo, considerando o dever de promoção da dignidade da pessoa humana, a prevalência dos direitos humanos e a normatividade constitucional do direito à moradia, alcançamos com a pesquisa o entendimento de que o Estado brasileiro tem dever de promover e não violar tal direito, que integra o mínimo vital. Daí ser exigível do Estado que não aja de modo a interromper o exercício de tal direito, além do dever de promover políticas públicas para garantir moradia adequada a todas as pessoas que necessitarem. Também analisamos algumas decisões recentes do Poder Judiciário brasileiro sobre o direito à moradia.

Palavras-chave:

Estado Democrático e Social de Direito; direitos fundamentais; direito à moradia.

Hugo de Oliveira Vieira Basili

The fundamental social right to housing
in the Brazilian Constitution of 1988

ABSTRACT

With this research, we sought to know the constitutional normativity of the fundamental social right to housing, which required studying the social profile of the Brazilian State to contextualize the strategies of positivation of this right in the Constitution of 1988. We traced the political and economic foundations of constitutionalism, which resulted in Constitution as a legal document, culminating the study of this point in the current framework of neo-constitutionalism. The understanding of some aspects of the theory of fundamental rights was also necessary, especially, on the double character of these rights. We further study the Constitution of 1988 in what is most pertinent to fundamental social rights and identify the conformation of a Democratic and Social State of Right. Following the research, we also study the international system for the protection of human rights, albeit briefly, but sufficient to highlight how the right to housing is treated at such a normative level. In the Brazilian constitutional order, it was found that the right to housing is expressly affirmed in several provisions, from the original text of the Constitution, through programmatic norms and through an institution of subjective public law. In this normative framework, considering the duty to promote the dignity of the human person, the prevalence of human rights and the constitutional normativity of the right to housing, we reach with the research the understanding that the Brazilian State has a duty to promote and not violate this right, which integrates the vital minimum. Hence it is demandable of the State that does not act in such a way as to interrupt the exercise of such right, in addition to the duty to promote public policies to guarantee adequate housing for all those who need it. We also analyze some recent decisions of the Brazilian Judiciary on the right to housing.

Key words:

Democratic and Social State of Law; fundamental rights; right to housing.

ABREVIATURAS

AC: Ação Cautelar

CF; CR: Constituição de República Federativa do Brasil de 1988

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos

IBAMA: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis

ONU: Organização das Nações Unidas

RE: Recurso Extraordinário

RMS: Recurso em Mandado de Segurança

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJSP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRF4: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
INTRODUÇÃO	12
1. O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO.....	14
1.1. Origens do constitucionalismo	16
1.1.1. Os três modelos originais: inglês, estadunidense e francês	17
1.2. Liberalismo econômico e separação dos poderes no constitucionalismo moderno	22
1.3. A formação do perfil social do Estado a partir do século XIX.....	30
1.4. Consolidação do modelo de Estado social no século XX e a reação neoliberal	38
1.5. A ascensão da democracia ao plano normativo constitucional do Estado	45
1.6. A força normativa da Constituição e o neoconstitucionalismo	49
2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	56
2.1. Direitos fundamentais e direitos humanos.....	57
2.2. Regras e princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana	59
2.3. Conceito e características dos direitos fundamentais	63
2.4. O princípio da proporcionalidade aplicado em caso de colisão de direitos.....	68
2.5. Dimensões subjetiva e objetiva: o duplo caráter dos direitos fundamentais	71
3. O PERFIL SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	78
3.1. O Estado Democrático e Social de Direito brasileiro e a conformação de uma ordem capitalista peculiar	79
3.2. Direitos fundamentais como cláusulas pétreas e de aplicação imediata	86
3.3. O mínimo vital e a reserva do possível.....	93

4. DIREITOS HUMANOS, DIREITO À MORADIA E A VINCULAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERNACIONAL, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988	98
4.1. A formação do sistema internacional dos direitos humanos	98
4.2. A prevalência dos direitos humanos no Brasil a partir da Constituição de 1988	104
4.3. O direito à moradia no sistema internacional dos direitos humanos	109
 5. A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	115
5.1. A Emenda Constitucional n.º 26/2000: influência da ONU-Habitat II	115
5.2. As estratégias de positivação do direito à moradia	118
5.3. Conteúdo jurídico do direito à moradia e o mínimo vital.....	130
 6. O DIREITO À MORADIA EM RECENTES DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO	137
6.1. O direito à moradia no Supremo Tribunal Federal.....	137
6.1.1. O Recurso Extraordinário n. 422.349 e a tese de repercussão geral definida no Tema 815	138
6.1.2. O Recurso Extraordinário 407.688, o Recurso Extraordinário 612.360 e a tese de repercussão geral definida no Tema 295	142
6.1.3. A Ação Cautelar 4.085	149
6.2. O direito à moradia no Superior Tribunal de Justiça.....	151
6.2.1. Precedentes inovadores na tutela do direito à moradia das populações em assentamentos irregulares	154
6.3. O direito à moradia em instâncias ordinárias do Poder Judiciário	163
 7. CONCLUSÃO.....	168
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	171

APRESENTAÇÃO

O direito à moradia despertou nosso interesse em janeiro de 2012, quando ocorreu a desocupação do bairro Pinheirinho, em São José dos Campos/SP. Tratou-se de evento traumático na história da cidadania no Brasil, pois, por ordem judicial, dois mil policiais militares removeram de uma área urbana, aproximadamente, mil e seiscentas famílias, evidentemente pobres e sem alternativa de moradia. Além desse efeito da ordem judicial, o evento foi traumático por evidenciar a inadequação da polícia militar para efetivar tal medida pelo uso da força e sem capacidade institucional de lidar com a complexidade social presente em casos de remoção de populações. Roubos, estupros e violência física gratuita foram atribuídos a policiais militares no ato da reintegração.

Ao conhecermos o que ocorreu, nos questionamos sobre a adequação de o Poder Judiciário, enquanto poder constituído, prestar a jurisdição de modo a resultar no desabrigo de famílias (pais, mães, crianças, idosos, enfermos) por meio da expulsão, à força militar, do local onde viviam havia anos. Já estava formado um bairro, onde tais famílias tinham assistência médica na rede pública local, exerciam direito à educação na escola mais próxima, trabalhavam, enfim, tinham suas relações constituídas e desenvolviam-se enquanto seres humanos. A dignidade da pessoa humana, o direito à moradia expressamente previsto na Constituição, também o dever de promover políticas públicas de construção de moradias atribuído a todos os entes estatais foram as primeiras normas escritas estudadas que levaram ao questionamento: o Estado deve garantir moradias, então, será que há também fundamento de validade para interromper ou excluir pessoas do exercício desse direito? No ano seguinte, em 2013, drama semelhante ao do bairro Pinheirinho foi prenunciado no contexto da expansão da Rodovia Carvalho Pinto, no município de Taubaté/SP, onde trabalhávamos como assistente parlamentar na Câmara Municipal – ente público no qual dezenas de famílias buscaram soluções que não o despejo forçado. O pior, como no Pinheirinho, não ocorreu.

A partir de então, percebendo a constância de tais crises jurídico-sociais e a profundidade possível numa abordagem do direito à moradia enquanto direito humano e direito fundamental, decidimos por uma pesquisa acadêmica.

INTRODUÇÃO

As Declarações de Direitos do século XVIII, especialmente, as que compuseram o processo de formação dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, foram as bases fundamentais para uma nova relação entre Sociedade e Estado, na medida em que centraram no homem-indivíduo, dotado de uma razão natural, direitos oponíveis ao próprio Estado. As declarações de direitos de liberdades, propriedade e resistência à opressão – as liberdades clássicas – condicionaram o poder público ao que deliberado pelos cidadãos, marcando a superação de ideias sobre a origem divina do poder e a representação divina pelo rei como fundamento da autoridade do Estado.

A evolução dos fundamentos filosóficos para a afirmação do homem naturalmente livre e racional é detalhadamente exposta por MICHEL VILLEY¹, diferenciando a metodologia do direito natural dos gregos clássicos, dos romanos, das escolásticas católicas na Idade Média, dos protestantes e a metodologia dos modernos. Com foco no que elementar ao homem moderno, COSTAS DOUZINAS² é preciso ao dizer “*que o ‘homem’ das declarações é uma abstração, universal, mas irreal*”. Ambos os autores apresentam críticas severas ao fato de que os fundamentos filosóficos que sustentaram as Declarações de direitos do século XVIII eram demasiados ficcionais ao descreverem um humano isolado na natureza, com liberdade de oposição a tudo e a todos.

Muito ocorreu nos séculos XIX e XX para que tal noção de direitos naturais perdesse sustentação, servindo as experiências desses séculos também à humanidade encontrar novos fundamentos filosóficos para sua permanência e novas formas de coexistência considerando, maiormente, o modo de produção econômica e a necessidade de intervenção do Estado em questões econômicas e sociais. Os direitos humanos – capitaneados pela Organização das Nações Unidas (ONU), criada em meados do século XX, logo após a Segunda Guerra Mundial, como instrumento para a paz e o desenvolvimento da humanidade – tornaram-se o mais abrangente discurso com pretensão normativa universal de toda a história. A paz no mundo tornou-se direito e buscou-se harmonizar a tutela das liberdades clássicas e a tutela de direitos sociais reivindicados pelas camadas sociais que suportam as mazelas do modo de produção capitalista.

¹ *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

² *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2009.

² *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2009.

Por influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e de trabalhos especializados no âmbito da ONU ao longo da segunda metade do século XX, praticamente todos os Estados do mundo tiveram renovadas suas Constituições, refundando as bases jurídicas para a relação com as respectivas Sociedades e com toda a humanidade.

Nessa corrente é que a Constituição brasileira de 1988 afirma expressamente um Estado Democrático de Direito comprometido com a dignidade da pessoa humana e com a prevalência dos direitos humanos. O intenso embate histórico entre reivindicações sociais e reivindicações individuais está incrustado na Constituição, com previsões de muitos direitos fundamentais individuais e sociais, o que viabiliza fases de governos que variam mais ao liberal ou mais ao social. Atualmente, o desafio maior não é alcançar a previsão constitucional de direitos fundamentais sociais, mas sim efetivá-los, isto é, viabilizar o exercício dos direitos previstos. Dentre os direitos sociais fundamentais, o direito à moradia foi contemplado no texto original da Constituição e também em emenda promulgada no ano 2000. E no sistema internacional dos direitos humanos, o direito à moradia é tratado sob vários aspectos, influenciando a ordem interna brasileira.

Então, para dissertar sobre o direito fundamental social à moradia na Constituição de 1988, vamos, no primeiro capítulo, percorrer a evolução do constitucionalismo a partir do século XVIII até a atualidade, com referências a aspectos sociais, políticos e econômicos, bem como trataremos sobre o neoconstitucionalismo. No segundo capítulo, abordaremos alguns pontos da teoria dos direitos fundamentais, especialmente, sobre o duplo caráter desses direitos. No terceiro capítulo, vamos estudar a Constituição de 1988, especialmente, os fundamentos jurídicos que nos permitem identificar seu perfil social.

No capítulo 4, estudaremos brevemente a formação do sistema internacional dos direitos humanos, a inserção do Brasil nesse sistema e a proteção ao direito à moradia nesse nível normativo. Estudaremos, no capítulo 5, as estratégias de positivação empregadas na Constituição de 1988 para tutelar esse direito. Buscaremos situar o direito à moradia como componente do direito ao mínimo vital, como prestação estatal e inviolável, isto é, como direito cujo exercício não pode ser subtraído ou interrompido por conduta estatal. Por fim, no capítulo 6, analisaremos algumas decisões recentes do Poder Judiciário que se baseiam na Constituição Federal e em normativas de direitos humanos para proteção do direito à moradia.

1. O CONSTITUCIONALISMO E A CONSTITUIÇÃO

A palavra *ismo* é um substantivo e tem como sinônimos “*doutrina, sistema, teoria, tendência, corrente etc.*”. Empregada como sufixo, a exemplo do que vemos em *constitucionalismo*, “*designa movimentos sociais ou ideológicos (calvinismo, feminismo, tropicalismo)*”³. Tal esclarecimento encontradiço no dicionário é coerente com conceitos jurídicos sobre o termo. Para um estudo jurídico deve-se buscar um conceito de *constitucionalismo* que o identifique como um movimento político, jurídico e social com abordagem sobre as relações entre Sociedade e Estado, com objetivo de legitimar, limitar e ordenar o exercício do poder público a partir do reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana, com deveres de proteção e promoção de tais direitos.

Nesse sentido, ARAUJO e NUNES JÚNIOR identificam no século XVIII o período marcante do constitucionalismo, sendo “*congenito à separação de poderes e às declarações de direitos humanos*”, tendo como “*principais objetivos incorporados*” a “*supremacia da lei (Constituição), havida esta como a expressão da vontade geral; limitação do poder; proteção e assegurar dos direitos fundamentais do ser humano, em especial os correlacionados à liberdade*”, e trazem o seguinte conceito:

Parece-nos que é isso, constitucionalismo é o movimento político, jurídico e social, pautado pelo objetivo de criar um pensamento hegemônico segundo o qual todo Estado deve estar organizado com base em um documento fundante, chamado Constituição, cujo propósito essencial seria o de organizar o poder político, buscando garantir os direitos fundamentais e o caráter democrático de suas deliberações⁴.

Atualmente, o constitucionalismo se tornou universal, chegou a Estados de todos os continentes e de forma vigorosa. Está consolidado na Europa e nas Américas, tendo chegado a Estados africanos e asiáticos⁵. Também não se tem notícia de Sociedade e Estado que tenham

³ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1114.

⁴ ARAUJO, Luís Alberto Davi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 26/27.

⁵ Sobre o constitucionalismo em Estados africanos e asiáticos, DALLARI registra que após a Segunda Guerra Mundial, o Japão adotou Constituição escrita aprovada pelo Parlamento, instalando modelo influenciado pelo constitucionalismo ocidental. Com o mesmo marco histórico, na África, na segunda metade do século XX, o declínio do colonialismo resultou no surgimento de muitos Estados, e mesmo com a necessidade de resolver inúmeras questões étnicas, sociais, econômicas, políticas, etc., viu-se evoluir e alcançar o patamar atual com adoção de Constituições em vários Estados, voltadas à realização dos direitos humanos (DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 291/298).

passado a reger-se por uma Constituição escrita e, posteriormente, tenham descartado tal fórmula político-jurídica.

Já sobre a Constituição, destaca-se que “*no último quartel do século XVIII, é notório haver uma ideia difundida*” sobre tratar-se de “*um corpo sistemático de normas*” a formar “*a cúpula da ordem estabelecida*”. Ademais, deveria ser “*preferencialmente em um documento escrito e solene*” para determinar “*a organização política basilar de um Estado*”, sendo “*estabelecida pelo povo, por representantes extraordinários, cuja finalidade é a limitação do Poder em vista da preservação dos direitos fundamentais do Homem*”⁶.

O que se conhece com o estudo do constitucionalismo é uma dinâmica política, jurídica e social que se realiza e se constrói ao longo da história, sendo os séculos XIX e XX eivados de evoluções e revoluções que repercutiram para determinar novas formas e conteúdos às Constituições jurídicas dos Estados. Os elementos básicos se mantiveram constantes: a limitação do poder estatal e o reconhecimento de direitos fundamentais do homem. Mas durante o século XIX atribui-se maior relevância política do que jurídica às Constituições, servindo mais como regras para a ordem estatal, de seus órgãos e dos governantes. Já no século XX, além de ter evoluído enormemente em conteúdo, isto é, mais matérias passaram a ser tratadas nas Constituições, também houve uma revolução no reconhecimento jurídico normativo. De inovador na segunda metade do século XX, foi a requalificação da Constituição como juridicamente exigível perante o Estado, mesmo contra o Estado.

DALLARI destaca que “*já sob a influência da proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos feita pela Organização das Nações Unidas em 1948, ocorreram novas e importantes mudanças, tanto de caráter formal quanto substancial*”. As Constituições despontam “*como base jurídica dos Estados e instrumentos de garantias dos direitos fundamentais da pessoa humana*”. O reconhecimento da força jurídica das Constituições, da força política das declarações de direitos e a reciprocidade complementar entre tais instrumentos são fenômenos que resultaram em tornar “*justiciável*” toda a matéria constitucional⁷.

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 283/284.

Com esses conceitos de constitucionalismo e Constituição, bem como já provocados à reflexão sobre a evolução histórica, vamos adiante conhecer as origens e detalhar alguns momentos definidores das características atuais do constitucionalismo e da Constituição.

1.1. ORIGENS DO CONSTITUCIONALISMO

Foram mobilizações sociais e políticas em povos europeus, a partir do século XIII, que lançaram os primeiros questionamentos contra o poder público então instituído, perquirindo a origem do poder político e a legitimidade de seu exercício na sociedade. Em um longo processo histórico que culminou nos séculos XVII e XVIII, o que se apurou foi, basicamente, que setores da sociedade firmaram posição no sentido de ser abusiva a interferência do poder público na liberdade individual, no patrimônio particular e nas relações econômicas, especialmente, no que pertinente à autonomia da vontade, à livre iniciativa e à tributação, já que muitas vezes os tributos eram exorbitantes e aplicados de surpresa, além de se proibir determinadas atividades ou se criar monopólios aos governos. Em síntese, reclamava-se por liberdades e segurança jurídica, no sentido de se possibilitar a mais setores da sociedade a participação no exercício do poder estatal e o conhecimento prévio de seus direitos e deveres ante o poder público, este que, necessariamente, haveria de ter sua atuação limitada.

Ocorreram entre os ingleses e os franceses os primeiros fatos históricos que são identificados como componentes de um encadeamento de fatos que formaram as bases sociais das reivindicações de mudanças no poder político no sentido sintetizado acima. Nessas duas nações, o que se destaca de comum é que nelas eram vigentes regimes políticos com vinculações estruturais com o poder religioso e fundados na autoridade hereditária dos monarcas, que concentravam o exercício do poder político e incorriam em abusos desfavoráveis aos interesses de parcelas relevantes das respectivas sociedades. Tal fórmula política gerou um acúmulo histórico que implicou nas circunstâncias determinantes das revoluções inglesa e francesa com bases e inovações políticas, jurídicas e sociais.

Já nas colônias inglesas que vieram a formar os Estados Unidos da América, o constitucionalismo surge em circunstâncias sociais e políticas diversas das que ocorriam entre ingleses e franceses. Colonizadas a partir do final do século XV, é no século XVIII que se

concentram os fatos fundamentais na formação do constitucionalismo estadunidense, tendo como maior objetivo a independência em relação à Inglaterra e como princípio a busca por um modelo de Estado adequado às necessidades e circunstâncias próprias às colônias que se declaravam independentes e decidiam por unirem-se. O processo histórico inclui declarações de direitos dos cidadãos de cada colônia e de independência para formar cada uma um Estado, e se aperfeiçoa com a união dos Estados recém-constituídos.

A seguir, sem pretender profundo conhecimento dos processos históricos ocorridos entre os ingleses, os estadunidenses e os franceses, indicaremos pontos estruturais desses processos históricos. Após, abordaremos as circunstâncias socioeconômicas que determinaram a busca pela consolidação da compreensão de que a Constituição tem natureza política e jurídica, de modo a reconhecer direitos fundamentais e criar mecanismos limitadores do poder público.

1.1.1. OS TRÊS MODELOS ORIGINAIS: INGLÊS, ESTADUNIDENSE E FRANCÊS

A origem do constitucionalismo na Inglaterra e na França está na pretensão de setores da sociedade em superar o absolutismo, este modelo político que se caracterizava, basicamente, pela concentração de poder em um governante – o que viabilizava abusos de poder – e em algum grau de vinculação do poder político com o poder religioso.

O modelo inglês do constitucionalismo tem marco histórico no ano 1215, quando o rei João assinou o documento que ficou conhecido como *Magna Carta*, reconhecendo direitos a barões e proprietários de terras. Em razão desse evento, o rei ficou conhecido como *João, Sem Terra*, e este documento com reconhecimento de direitos se tornou limitador da atuação dos monarcas ingleses a partir de então. Também no século XIII que se iniciam as reuniões com participação de representantes de estamentos sociais, que conformaram em definitivo no século XVII o Parlamento, com a Câmara dos Lordes e a Câmara dos Comuns, esta com a participação da burguesia. Ainda no século XIII, em razão de várias convocações de tais reuniões, estas funcionaram como instrumento de ação política, ocorrendo, em 1295, uma reunião com participação de nobres, burgueses e bispos que foi denominada *Parlamento Modelo*⁸.

⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.75/79.

Os séculos seguintes são marcados por radicalismos, com disputas entre grupos políticos de oposição e situação, e religiosos católicos e não católicos, tudo o que gerava crises governamentais, assassinatos de lideranças, vacâncias de governo. No século XVII, consolidou-se na Inglaterra a superação do absolutismo em razão do fortalecimento do Parlamento como poder político conformador dos direitos e deveres dos cidadãos, prevalecendo a Câmara dos Comuns como representante popular. Também atos legislativos do Parlamento inglês como o *Habeas Corpus Act*, de 1679, o *Settlement Act* e o *Bill of Rights*, ambos de 1689, são documentos que marcam o reconhecimento de direitos e liberdades individuais para limitar a atuação do poder público, sendo o *Bill of Rights* “quase com a forma de uma Constituição”. Já no início do século XVIII, em 1714, dadas as circunstâncias políticas, forma-se uma linha de ministros para manter as relações entre o Parlamento e o Rei, surgindo aí a figura do Primeiro-Ministro e definindo o sistema de governo parlamentarista. Em suma, “a partir do final do século XVII o absolutismo inglês passou a ser um episódio do passado”⁹.

O modelo inglês de constitucionalismo é marcado por um conjunto de atos oficiais que reconheceram direitos aos cidadãos e definiram limites à atuação do Estado. Ao longo de séculos, algumas tradições do sistema político inglês foram superadas na medida em que novas práticas geraram novas tradições, encerrando o período do absolutismo. A limitação do poder do governante e o reconhecimento de direitos dos cidadãos, especialmente, os direitos de liberdade individual, patrimonial e para escolha de representantes políticos, se deram não em um único documento escrito, mas em vários, o que é peculiar ao constitucionalismo inglês.

Interessante destacar mais a peculiaridade de não haver um único documento escrito como Constituição para os ingleses, pois, dessa forma não se aperfeiçoaram duas noções: (1) a distinção entre poder constituinte e poder constituído e (2) a supremacia da Constituição para fins de controle de constitucionalidade. A história política da Inglaterra tem como característica a supremacia do Parlamento. Mas, em eventos recentes, remarcando a contínua modelagem do sistema político inglês, sobrevieram inovações. Em 1998, houve, por aprovação do Parlamento, a incorporação da *Convenção Europeia de Direitos Humanos* ao direito inglês, o que permite controle judicial de compatibilidade da aplicação da legislação ordinária em casos concretos. Em 2005, foi aprovado o *Constitutional Reform Act*, reorganizando o Poder Judiciário para

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.83/88.

desvinculá-lo da Câmara dos Lordes, então, com separação orgânica entre tais poderes, sendo criada uma nova Suprema Corte¹⁰.

Já o constitucionalismo nas colônias inglesas se deu de forma diferente, pois, não existiam tradições seculares e instituições políticas ou religiosas com poderes políticos em disputas como havia entre os europeus. Nesse contexto, concentrando eventos políticos e sociais especialmente na segunda metade do século XVIII, as colônias inglesas desenvolveram um processo que culminou em uma Constituição escrita para marcar a fundação de um novo Estado com independência política em relação à Inglaterra, com governo republicano e garantia de direitos dos cidadãos em relação ao Estado.

Havia uma rejeição à monarquia hereditária, então, procurou-se inovar de forma a deixar claro que não se reconhecia o poder político no formato exercido na Inglaterra, por isso a escolha pela república como forma de governo, o que implicou na criação do presidencialismo. Tratou-se de um processo histórico complexo, em que várias colônias anunciavam declarações de direitos para seus cidadãos e se proclamavam um Estado independente da metrópole. Os anseios sociais também eram por liberdades individuais e nas atividades econômicas, com limitação do poder público. Em 1776, houve a declaração de independência de treze colônias, com destaque para a Declaração da Virgínia, que influenciou as futuras declarações. E, em 1787, a primeira Constituição escrita. Assim, sob a Constituição de 1787, os Estados Unidos da América definiram seu modelo do constitucionalismo com a Constituição escrita, tendo natureza de lei superior; a coexistência de dois níveis de governo, com base na ideia de federalismo; governo nacional com separação de poderes tripartida; e declaração e garantia de direitos individuais fundamentais¹¹.

A enorme relevância do constitucionalismo norte-americano consiste no fato de a Constituição de 1787 ter sido a primeira constituição moderna, sendo também fundamental compreender que *“já desde a Declaração de Independência, em 1776, quando as antigas colônias instituíram Estados independentes, a noção de constituição em sentido moderno e, com ela, a própria noção de um poder constituinte já se fazia presente”*. Ocorreram processos constituintes para aprovações de constituições e ou declarações de direitos, *“prevalecendo, em*

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 48/49.

¹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 229/235.

regra, a noção de que é a constituição que precede o governo e constitui, além disso, a base e a medida da legislação, tendo mesmo as declarações de direitos sido ou inseridas no texto constitucional, ou então incorporadas por remissão”, como foi o caso da Declaração da Virgínia de 1776. Então, pode-se afirmar que a noção moderna de “*ordem constitucional republicana dotada de constituição escrita*” tem seu embrião já em 1776¹².

Entre os franceses, o absolutismo e o constitucionalismo têm suas características delineadas a partir do século X, desde quando houve estabilidade nas sucessões monárquicas e proximidade com a igreja católica. Esses fatores resultaram no desenvolvimento de um sistema político com regras sobre o exercício do poder e na acumulação histórica do reconhecimento de direitos e deveres, bem como foram determinantes para que as crises políticas se resolvessem com negociação. Nos séculos XIII e XIV, algumas ações políticas e administrativas reforçaram a atuação do rei, definindo os limitados poderes do Parlamento e diferenciando o poder real e a atuação do poder eclesiástico. No século XVIII, o absolutismo francês estava amadurecido com alta concentração de poder, sendo reconhecidos pelo autoritarismo os reis Luís XIV e Luís XV, que governaram cercados por juristas que os auxiliavam. Atribui-se à Luís XIV a fala “*L’Etat c’est moi*” como símbolo da personificação do poder político, mas é provável que ele não tenha feito tal afirmação, mas sim a ele foi atribuída por Voltaire. E há o registro de pronunciamento de Luís XV, no Parlamento, em 1766, afirmando: “*É unicamente em minha pessoa que reside a autoridade soberana*”¹³.

Em 1789, com a deflagração da Revolução Francesa, o constitucionalismo ganha contornos definitivos, especialmente, em razão da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de outubro de 1789, “*cujo famoso art. 16 esboçava o novo conceito de constituição, ao estipular, em tom solene, que um Estado que não garantisse a separação dos poderes e não assegurasse os direitos individuais não teria uma constituição*”. Tal Declaração foi realizada já pela Assembleia Nacional Constituinte, instaurada em 17 de junho daquele ano, em razão de pressão popular intensa enquanto funcionava a reunião dos Estados Gerais – colegiado tradicional da França absolutista, com prevalência da nobreza e do clero. A Declaração foi o avanço possível naquele ano, traçando os novos valores sociais e viabilizando a primeira

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 51.

¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 90/98.

Constituição escrita francesa, em 1791. Diferentemente do que houve nos Estados Unidos, a França, com a Assembleia Nacional Constituinte, rompeu com o passado, inaugurando “*uma nova ordem estatal e social, afetando profundamente até o âmbito mais elementar da sociedade*”, limitando o poder político e pretendendo “*a extinção do direito feudal e os privilégios da aristocracia*”¹⁴.

O modelo francês, à semelhança do inglês, também esteve contextualizado na busca por superação do absolutismo, mas houve um marco temporal mais delimitado, ao final do século XVIII, e o resultado foi o reconhecimento da Constituição escrita, aprovada em assembleia nacional constituinte em parte com representantes políticos eleitos pelos cidadãos franceses, como documento fundamental do Estado e limitador do exercício do poder político. Mas é preciso lembrar que o processo revolucionário francês durou dez anos, até 1799, com a aprovação já da quarta constituição, que era menos idealista que a de 1791 e não era republicana, como fora a segunda, de 1793, tendo essa quarta constituição servido à estabilização social e ao início da era de Napoleão Bonaparte¹⁵.

O que apresentamos neste item foram as linhas gerais que podem ser indicadas como diferenciadoras entre os três modelos de constitucionalismo e que de algum modo influenciaram outros povos a buscar o reconhecimento de direitos individuais e a limitação do poder político por meio de uma Constituição jurídica. O que precisamos detalhar são as bases econômicas e políticas do constitucionalismo, pois, presentes nos três modelos aqui versados. Também necessária essa abordagem, pois, o avançar da dissertação destacará a constitucionalização das questões econômicas e sociais nos séculos XIX e XX, bem como o gradativo amadurecimento do entendimento sobre a Constituição escrita como documento político e jurídico conformador das relações entre Estado e Sociedade e entre os cidadãos.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53/54.

¹⁵ Os objetivos desta pesquisa implicam em evitar aprofundamentos em alguns pontos citados, sendo os desdobramentos da Revolução Francesa até o início da Era de Napoleão um desses pontos. Sobre esse período, há algumas considerações formuladas por LUIS MANUEL FONSECA PIRES, que anota a extrema violência praticada nos anos de 1793 e 1794, no contexto autoritário do Estado contra os que de algum modo resistiam à república e mantinham vínculos com a nobreza e a realeza derrotadas pela revolução social. O autor refere-se à *lei dos suspeitos*, de 1793, e à *lei de 22 de prairial*, de 1794, que serviram a levar milhares à prisão e condenação (à morte, inclusive), por meio de “*julgamento sumário sem conhecerem seus acusadores, as acusações contra eles imputadas, sem direito à fala ou a provas*”. A igualdade, que compôs o lema revolucionário, serviu à vingança quando o grupo político jacobino chegou ao poder, em 1793 e conclamou “*Chegou a hora de fazer pender sobre todas as cabeças a foice da igualdade*”, durante o período denominado *O Terror*, em que funcionou o Tribunal Revolucionário, “*um tribunal criminal extraordinário*”. (*O Estado Social e Democrático e o serviço público – um breve ensaio sobre Liberdade, Igualdade e Fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55/57 e 65).

1.2. LIBERALISMO ECONÔMICO E SEPARAÇÃO DE PODERES NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

O liberalismo econômico foi a reivindicação comum aos três modelos originais do constitucionalismo, bem como a criação de instrumentos políticos e jurídicos para contenção do poder público, o que se concretizou pela separação de poderes estatais e abertura para participação de novos setores sociais no Estado.

Como ventilado acima, as sociedades europeias nos séculos XVII e XVIII, especialmente na Inglaterra e na França, sustentavam-se em tradições que em linhas gerais mantinham rígida separação entre grupos sociais, sendo a nobreza e o clero privilegiados com participação nas decisões políticas, enquanto grandes massas populares trabalhavam no campo e nas cidades (cada vez mais populosas) gerando riquezas por meio de atividades econômicas. As colônias inglesas que formaram os Estados Unidos tinham como marcante na sociedade a posição de explorada pela metrópole, que aproveitava as riquezas geradas pelas atividades econômicas coloniais. Então, nas sociedades europeias, os privilégios e a exploração eram fenômenos internos, entre as classes que compunham a sociedade. Já nas colônias inglesas, a exploração partia da metrópole. Em comum nessas sociedades havia a pretensão da burguesia, enquanto classe social dos agentes econômicos de comércio e indústria, por conquistar liberdade para atuar nos negócios empreendidos e segurança quanto a atuação do poder público, pois, expropriações, impostos, proibições de atividades e monopólios públicos eram aplicados de surpresa.

Os séculos XVII, na Inglaterra, e XVIII, na França e nas colônias inglesas, foram definitivos para a burguesia na luta pelo reconhecimento de direitos e conquista da participação política, pois, estavam *“sujeitos a interferências arbitrárias em suas atividades pessoais, em sua vida familiar, no exercício de seus ofícios e profissões, na manutenção e no uso de seu patrimônio e no desenvolvimento de suas atividades econômicas e financeiras”*. Era comum que nobres contratassem empréstimos e negociassem mercadorias com comerciantes burgueses, *“e depois agiam arbitrariamente, para não cumprir suas obrigações, chegando a confiscar o patrimônio de um credor e a efetuar sua prisão arbitrária sob pretexto de coibir conspirações e preservar a autoridade e a ordem, com a agravante de que a nobreza exercia também a função de julgar”*. Por isso a reivindicação de se *“fixar regras claras e duráveis, não sujeitas a decisões*

arbitrárias de governantes e aos caprichos de uma classe social parasitária e detentora de privilégios, com era a nobreza”¹⁶.

A realidade da economia naquele tempo era muito diferente da realidade que estava solidificada por tradições na política das sociedades europeias e que se tentava exportar às colônias inglesas. Novas atividades como navegações transoceânicas, colonizações e indústrias fizeram a sociedade civil desenvolver e evoluir com novas relações econômicas, fundadas na liberdade e com objetivo de acumulação de riquezas individuais, enquanto a sociedade política mantinha-se atada a fórmulas anacrônicas. O modo de produção social era incompatível com o sistema político tradicional àquela época. Então, as relações econômicas foram a fonte provocativa das reivindicações de reconhecimento de direitos individuais e segurança nas relações entre Estado e Sociedade. Nesse sentido é a lição de SERGIO RESENDE DE BARROS (grifos no original):

A industrialização foi a base econômico-social de inserção – o momento de irrompimento – da Constitucionalização e dos processos político-jurídicos que com ela surgiram. O que causou uma especialização jurídica, o **direito constitucional**, cujo movimento teórico-prático é o **constitucionalismo**. Essa origem histórica definiu o ser da constitucionalização: constitucionalizar é estatuir relações jurídicas (**formas constitucionais aparentes**) formando um código de normas escritas (**Constituição**) sobre as relações de substancialidade (**formas constitucionais essenciais**) entre a sociedade política (**Estado**) e a sociedade civil (**base do Estado**) em função do primeiro princípio (**fim último**) que condiciona esse relacionamento (**o modo de produção**).¹⁷

No liberalismo econômico, o patrimonialismo, como culto da propriedade privada, repercutiu de forma essencial no sistema político inaugurado com as primeiras Constituições escritas. A superação da compreensão do rei como personificação da soberania veio com a nova compreensão da nação como soberana. O exercício da política passou a ser o exercício de representação da nação. Nesse contexto, a participação política, o voto e a elegibilidade ficaram atrelados às condições de classe social e riqueza individual.

Então, “*nasceu, por isso, o constitucionalismo marcado por uma incoerência*”, na medida em que trazia reivindicações de liberdade e igualdade, mas “*admitia a desigualdade na*

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99/101.

¹⁷ *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas/SP: Milenium Editora, 2007, p. 193, grifos no original.

*participação política, pondo fora do alcance da maioria o direito de intervir no processo governamental”*¹⁸. Na histórica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, expressiva dos fundamentos da Revolução Francesa para as relações entre Estado e Sociedade, constava do artigo 3º a soberania como atributo da nação, cujos representantes afirmariam a vontade geral por meio da lei, como consagrado no artigo 6º da mesma Declaração. Tais princípios “*permitiram a concentração de poder em mãos da burguesia, evitando o predomínio da maioria dos mais pobres*”, e serviram também para “*instauração do sufrágio censitário, graduando-se o direito de votar e a elegibilidade segundo o nível de riqueza*”¹⁹.

A incoerência original do constitucionalismo é percebida, portanto, ao relacionar seus princípios revolucionários (anunciados expressa e especialmente na França) com a realidade prática que sobreveio. Embora eivado por ideais proclamados como próprios a toda a sociedade, o constitucionalismo em seu período inicial serviu à burguesia para se reposicionar nas relações econômicas e políticas. A pretensão democrática aparecia na Declaração de 1789, ao afirmar no artigo 1º que todos nascem e são livres e iguais em direitos, mas a realidade fez preponderar valores do liberalismo, como os constantes do artigo 2º da mesma declaração, que apregoava como direitos naturais e imprescritíveis a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

PAULO BONAVIDES relaciona as contradições originais do constitucionalismo, demonstrando como significaram a superação do modelo antigo e indicando como marcante do século XIX:

Exprime a Revolução Francesa o triunfo de uma classe e de uma nova ordem social. (...) Antes da Revolução tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalismo, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo.

Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.²⁰

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 45.

¹⁹ *Ibidem*, p. 62.

²⁰ *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54/55.

Os ideais do liberalismo econômico e da democracia política também estavam em debate entre os norte-americanos quando da consolidação do constitucionalismo. DALLARI discorre sobre a posição de alguns agentes políticos da formação dos Estados Unidos da América destacando a exaltação de princípios republicanos e anotando que a igualdade de direitos ficou relativizada. No plano político, a monarquia era entendida como fonte e âmbito próprio do autoritarismo dos governos em prejuízo das liberdades, por isso buscou-se outra forma de governo, a república. Esta satisfaria “*o desejo de se livrar da monarquia britânica, inclusive de seu apêndice, a nobreza*”, optando-se por uma forma de governo que “*levasse em conta os direitos e interesses dos governados e que não interferisse em sua liberdade econômica*”. Contudo, na Convenção da Filadélfia, em 1787, em que se aprovou a primeira Constituição norte-americana, “*são muito esclarecedoras algumas afirmações de participantes que, defendendo com veemência a implantação da República, afirmavam a necessidade de entregar o governo republicano a uma casta privilegiada, identificada por seu poder econômico*”; defendeu-se que havia risco pelo “*excesso de democracia*” e advertiu-se sobre “*a mais perigosa influência, das multidões de não proprietários, sem princípios e sem compromissos*”²¹.

O século XIX se inicia com os ordenamentos jurídicos assegurando os ideais do liberalismo econômico, conformando o capitalismo, que se trata de um “*sistema econômico no qual as relações de produção estão assentadas na propriedade privada dos bens em geral, especialmente dos de produção, na liberdade ampla, principalmente de iniciativa e de concorrência e, conseqüentemente, na livre contratação de mão-de-obra*”²². Portanto, o constitucionalismo triunfa tendo como base o liberalismo econômico, em um contexto em que a liberdade individual e a propriedade privada são reclamados e alçados ao mais alto patamar dos valores da sociedade. A liberdade nas atividades econômicas entre os indivíduos – para serem livres de interferências do poder público e viabilizar o acúmulo de patrimônio privado – resume o princípio maior do liberalismo econômico. As conseqüências desse modelo foram dramáticas e

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 243/245. O autor traz importante consideração ao anotar que Thomaz Jefferson, logo após a Declaração de Independência dos EUA, em 1776, foi enviado à Europa, instalando-se em Paris, sendo autor de “*cartas e artigos que exerciam grande influência sobre as lideranças dos Estados que participavam da Convenção da Filadélfia*”, em 1787, tecendo sérias críticas negativas à monarquia e exaltando a república a partir de estudos e contatos com intelectuais e políticos europeus (p. 243/244). O autor também destaca que Thomaz Jefferson era embaixador dos EUA enquanto instalada a Assembléia Nacional Constituinte na França, em 1789, “*e certamente suas informações tiveram grande peso na orientação dos membros da Assembleia*”, dada a vivência já consolidada com a Constituição escrita dos EUA, aprovada na Convenção da Filadélfia, em 1787 (p. 208).

²² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 34.

evidentes, vindo às vistas em curto tempo, já em meados do século XIX, gerando inovações no constitucionalismo – o que será abordado mais adiante.

Cumpre, antes, versar sobre a base política do constitucionalismo, que é a separação dos poderes. Só é possível aferir a superação do absolutismo quando realizada a separação dos poderes, isto é, as atividades legislativa, executiva e judiciária devem estar atribuídas a órgãos independentes, garantindo a desconcentração do poder. As disposições da Constituição devem ser precisas para distinguir as competências dos poderes constituídos. Tal estava expresso, lembremos, no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, associado às garantias individuais: *“qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”*.

A primeira Constituição da França, de 1791, tinha como objetivo garantir a liberdade individual, com garantia patrimonial e liberdade econômica. Associado a isso estava outro objetivo, sob influência do liberalismo inglês, que *“era fixar limites estreitos e rigorosos para o governo, a fim de que ele não tivesse meios para adotar e impor decisões arbitrárias e para interferir de qualquer forma no âmbito da liberdade individual”*. Daí a pertinência da teoria da separação dos poderes, cujo autor mais influente na França, no século XVIII, foi Montesquieu, com a obra *O Espírito das Leis*, de 1748, em que sustenta *“que não há liberdade quando estão reunidos nas mesmas mãos o legislativo e o executivo”*, e *“afirma que ‘o de julgar é de certa forma nulo’, porque se limita à solução de conflitos em casos concretos e particulares, verificando a lei aplicável, o que não tem a mínima importância política”*^{23; 24}.

Também foi *“Montesquieu o autor que exerceu maior influência sobre os criadores da Constituição dos Estados Unidos da América”*, resultando na adoção da separação dos poderes como solução política para evitar a concentração de poderes como havia até então com a experiência da monarquia absolutista. E *“a criatividade dos líderes republicanos e federalistas da América”* fez com que, além de se preocuparem com evitar a concentração de poder político, ressaltassem *“a importância de um Judiciário também independente”*. O Executivo unipessoal e

²³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 219/222.

²⁴ BONAVIDES ensina sobre a doutrina da separação de poderes: *“Montesquieu foi, incontestavelmente, um clássico do liberalismo burguês. O que há de mais alto na sua doutrina da separação de poderes, segundo o consenso dos melhores tratadistas, é que nela a divisão não tem apenas caráter teórico, como em Locke, mas corresponde a uma distribuição efetiva e prática do poder entre titulares que não se confundem”* (*Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 49).

independente fez surgir dúvidas sobre a vulnerabilidade do modelo, com risco de concentração de poder e prejuízo aos Estados americanos que pretendiam se unir como federação, “*mas a isso respondeu-se que nos Estados os legislativos eram supremos e vistos como a voz do povo, com a possibilidade prática de exercer o controle diário dos atos dos governantes*”²⁵.

Com a separação dos poderes, a lei passa a ser a medida do Estado, de seus agentes e dos cidadãos. A Declaração francesa de 1789 afirmou por diversas vezes a relevância maior da lei. Os direitos dos cidadãos, os limites a sua liberdade natural e as obrigações deveriam e só poderiam ser definidos por meio de lei, o que foi expresso no artigo 4º da Declaração. O que não estava proibido em lei era permitido, e não se poderia ser constrangido a fazer algo se não previsto em lei, tal estava anunciado no artigo 5º. A lei editada pelo Poder Legislativo passa a ser considerada expressão da vontade geral, o que foi anunciado no artigo 6º. Já no artigo 8º se consagrou que as sanções aos indivíduos deveriam estar prévia e expressamente previstas em lei, bem como qualquer contribuição econômica do particular ao poder público para fins públicos, conforme artigos 13 e 14²⁶.

Então, é só pela lei escrita editada pelo Poder Legislativo, enquanto órgão estatal, que o próprio Estado passou a ser legitimado. Apenas o Poder Legislativo, com representantes da nação é que poderia, por meio de lei, propiciar segurança jurídica aos cidadãos e limitar o Estado. Com a separação dos poderes, “*a exigência de legalidade redundava na preeminência do poder que edita a lei*”, o que “*seguramente não era ignorado pelos homens do século XVIII e XIX que batalhavam pela separação, pois na medida que o faziam estavam afirmando implicitamente a supremacia do poder representativo*”²⁷.

Assim se ergueu o Estado Liberal de Direito, cujas Constituições vieram harmônicas e uniformes, expressando a ideologia burguesa. O que se viu em decorrência “*da homogeneidade*

²⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 262/264

²⁶ Conferir texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em: COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 153/155.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181/183. Sobre a lei como expressão da vontade geral, o autor esclarece sobre a obra de Rousseau: “*A lei, porém, que pode ordenar ou proibir, é aquela que é “expressão da vontade geral” (Declaração, art. 6º, primeira parte). A fórmula – todos sabem – é de Rousseau. No Contrato Social, procurando a receita que permitia aos homens permanecerem livres enquanto vivendo em sociedade, ele a encontra na supremacia da vontade geral: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder (puissance) sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos ainda cada membro como parte indivisível do grupo”. A supremacia da vontade geral é a única legítima*”.

do corpo representativo, recrutado mediante técnicas de sufrágio restrito”, foi a hegemonia da burguesia nas Assembleias Constituintes e no exercício do Poder Legislativo, garantindo a estabilidade da parte material das regras constitucionais. Nesse modelo, cabia à Constituição “*tão somente estabelecer a estrutura básica do Estado, a espinha dorsal de seus poderes e respectivas competências, proclamando na relação indivíduo-Estado a essência dos direitos fundamentais relativos à capacidade civil e política dos governados, os chamados direitos da liberdade*”²⁸.

Mais uma fundamental observação deve ser feita para reforçar o que efetivamente ocorreu a partir da Revolução Francesa e se aprofundou nas décadas seguintes. A “*abstrata natureza humana*” que foi o fundamento filosófico da Revolução, esse humano abstrato que conquistou direitos políticos e de liberdades, “*adquiriu uma forma muito concertada, aquela do homem branco e dono de propriedades*”. As mulheres foram excluídas de participação política na França, sendo o direito ao voto objeto de silêncio nas Constituições francesas, reconhecido apenas em 1944. A escravidão foi abolida, em 1792, na França metropolitana; já nas colônias do Caribe, em 1794, num contexto em busca de vitória nas disputas com britânicos naquela região, mas voltou a ser legalizada na Era de Napoleão, em 1802, sendo abolida somente com a Constituição Francesa de 1848. Também os estrangeiros sofreram com as leis francesas, mesmo as do período da Revolução, como em 1794, quando proibidos de permanecer em Paris e “*excluídos do serviço público, dos direitos políticos e dos órgãos públicos, e a propriedade dos cidadãos ingleses e espanhóis foi confiscada*”, sendo que “*muitos estrangeiros revolucionários e franceses cosmopolitas foram executados durante o Terror*”^{29; 30}.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 228/229.

²⁹ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos Humanos*. São Leopoldo/RS. Unisinos, 2009, p. 111/118. O autor detalha, quanto ao tratamento despendido aos estrangeiros, que após a Revolução, em 1792, houve a legalização da naturalização de estrangeiros, ato esse voltado a acolher os que participaram da Revolução. Muitos receberam títulos de cidadãos honorários “*por terem se aliado ao povo francês e terem atacado as bases da tirania e preparado o caminho para a liberdade*”, entre eles estavam Paine, Bentham, Washington, Hamilton e Madison. Mas as disputas políticas internas entre os franceses fizeram oscilar e inverter a política em relação aos estrangeiros. Tom Paine permaneceu dez meses preso e escapou da guilhotina por intervenção direta do embaixador norte-americano, que alegou ser ele um cidadão americano.

³⁰ DOUZINAS também se refere, sobre a condição feminina na Revolução Francesa, à Olympe de Gouges, autora da Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã (*O fim dos direitos Humanos*. São Leopoldo/RS. Unisinos, 2009, p. 38, nota 40). Olympe de Gouges (1748-1793) foi dramaturga e ativista política a favor da emancipação das mulheres, com intensa atuação política e social, inclusive na Reunião dos Estados Gerais e na Assembleia Constituinte que marcaram a Revolução Francesa. Foi julgada pelo Tribunal Revolucionário e guilhotinada em 2 de novembro de 1793 (SILVA, Alain Tramont; NUNES, Pedro Henrique. *Olympe de Gouges: as mulheres e a Revolução*. Núcleo de Estudos Contemporâneos da Universidade Federal Fluminense, disponível em <http://www.historia.uff.br/nec/olympede-gouges-mulheres-e-revolucao>, acesso em 19.03.2017).

Enfim, feita essa fundamental observação sobre a hegemonia, na política, da classe branca, masculina e proprietária que real e efetivamente caracterizou a Revolução Francesa, cumpre resumir as bases econômica e política do constitucionalismo. A liberdade nas relações econômicas e a segurança com a limitação do poder foram expressas nas Constituições. E o liberalismo econômico como modo de produção só foi possível a partir da limitação do poder do Estado, o que se operou com a separação dos poderes. Com isso, o Poder Legislativo passou a ser preponderante, enquanto o Executivo agiria com base e de acordo com a lei, e o Judiciário aplicaria a lei ao caso concreto, estritamente vinculado à lei.

Interessante que a Constituição surgiu e foi posta no alto da cadeia hierárquica das normas do Estado, especialmente, com eficácia política, pois, eficaz no reconhecimento das liberdades individuais a serem opostas contra o Estado e quanto ao funcionamento básico da relação entre os poderes públicos. A liberdade conquistada fez distanciarem-se a Sociedade e o Estado, bem como serviu a impedir a intervenção deste nas relações entre os particulares, que ficaram a ser regradas pela lei civil.

A Constituição serviu à *“legitimação/fundação de um novo poder político”* que passou pela *“desconstitucionalização do Ancien Régime”*. Mas, ao mesmo tempo que se reclamou um *“novo Código”* jurídico, reclamou-se também a diferença entre direito público e direito privado, entre *“leis dirigidas à promoção de fins políticos”* e outras dirigidas *“à emancipação da sociedade civil”*. Então, *“compreende-se que a perspectiva liberal reclamasse um código civil regulador das relações civis entre indivíduos, bem colocado no centro da ordem jurídica”*. Assim, sedimentou-se *“a bipolaridade radicalmente liberal: o direito privado é o reino da liberdade civil, o direito público é o direito das restrições da liberdade”*. Tal entendimento implicou em tardar a compreensão das Constituições como *“código normativo das liberdades públicas e dos direitos fundamentais”*³¹.

Na França, entre 1791 e 1875, treze constituições foram promulgadas, sendo quatro entre 1791 e 1799. Uma vez sujeita a alterações para soluções políticas, a Constituição teve prejudicado o reconhecimento de sua força vinculativa no plano jurídico. Em outro passo surgiu o Código Civil francês, em 1804, que passou décadas sem alteração. Com eficácia para instituir

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo*. in LEITE, Geoge Salomãe *et al.* *Ontem os Códigos! Hoje, as Constituições: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 245/247.

órgãos públicos e as respectivas atribuições, a Constituição iniciou como “*uma espécie de código da ordem pública (...) sem qualquer possibilidade de interferência na ordem privada*”. Já o Código Civil “*passou a ser usado como código das relações privadas*”, com aplicação imediata e contínua, restando apartado das disputas políticas que atingiam as Constituições. A estabilidade do Código Civil o fez ser reconhecido como lei jurídica capaz de garantir os direitos declarados em 1789, sendo identificado como “*repositório de princípios fundamentais de direito, especialmente quanto a liberdade individual e ao direito de propriedade*”³².

Houve um enorme avanço com os processos de independências das colônias inglesas para constituírem os Estados Unidos da América e com a Revolução Francesa. São marcos civilizatórios nas relações entre Sociedade e Estado. Sob inspiração comum do liberalismo inglês, franceses e estadunidenses inovaram com a imposição da Constituição escrita como ordem jurídica vinculativa para limitar o Estado, mantendo-o também proibido e sem meios para interferir nas relações individuais e sociais. A liberdade econômica estruturada de modo a impedir abusos do Estado, permitiu abusos entre setores da sociedade, entre as classes sociais, especialmente, nas relações de trabalho – o que trataremos a seguir.

1.3. A FORMAÇÃO DO PERFIL SOCIAL DO ESTADO A PARTIR DO SÉCULO XIX

A independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa resultaram no modelo de Estado conformado por uma Constituição escrita adequada ao liberalismo econômico, como reflexo das reivindicações hegemônicas nas respectivas sociedades. O constitucionalismo repercutiu em outros países europeus e nas outras colônias do continente americano. No Brasil, ao final do século XVIII, o movimento denominado Inconfidência Mineira foi declaradamente inspirado na independência dos Estados Unidos e nos ideais de liberdades que se difundiam na Europa³³. As colônias nas Américas, quando alcançavam a independência, formalizavam para si uma Constituição.

³² DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128/132.

³³ No livro *História da Inconfidência de Minas Gerais*, o jurista e historiador AUGUSTO DE LIMA JUNIOR detalha a história do movimento pela independência a partir de estudos que incluem análises de correspondências, anotações e relatórios de diversas personalidades envolvidas em tal movimento. O autor narra que alguns brasileiros que regressavam de estudos em Coimbra, Portugal, vinham carregados de ideias liberais que repercutiam na colônia. Também muito interessante a atuação do estudante José Joaquim de Maia, que se correspondeu e se reuniu com

Um ano e meio após a independência em relação a Portugal, foi outorgada, em 25 de março de 1824, por ato de Dom Pedro I, a Constituição Política do Império do Brasil. Sob maior influência francesa, especialmente da Constituição de 1791, o projeto dessa primeira Carta brasileira “obedecia basicamente em matéria de organização de poderes ao célebre esquema de Montesquieu” e garantia os direitos individuais e políticos. Já a Constituição que vigeu, outorgada, divergiu do projeto, tendo sido “a única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional dos poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant”, concentrando um quarto poder, denominado *moderador*, na pessoa do Imperador, que também exercia o Poder Executivo, o que evidenciava “o princípio absolutista”. Com influências teóricas francesas, ao ser aplicada a Constituição outorgada, “viu-se paralelamente prosperar, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar”, tendo semelhanças com o modelo inglês³⁴.

Embora com elementos do absolutismo, esteve expresso na primeira Constituição brasileira o que característico do modelo de Estado liberal. A matéria constitucional foi definida no texto como o que disser respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos, bem como sobre os direitos políticos e individuais. O que não fosse matéria constitucional ficaria sujeito a alteração pela legislatura ordinária. O texto original trazia a seguinte expressão, no artigo 178: “*É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Politicos,*

Thomas Jefferson, na França, em 4 de maio de 1787, para tratar sobre a possibilidade de os Estados Unidos apoiarem um movimento de independência brasileiro e reconhecerem o novo Estado em caso de sucesso. Thomas Jefferson relata essa reunião, em carta, ao governo norte-americano, carta essa transcrita na obra, evidenciando abrangente conteúdo social, político e econômico que se tratou em tal reunião. Também é detalhado que muitos exemplares da obra *O Espírito das Leis*, de Montesquieu, circulavam no Brasil, e também exemplares de *Recueil des Loys Constitutives des Colonies Angloises, Confédérées sous la denomination D'États-Unis D'Amérique-septentrionale* (Coletânea de Leis Constitucionais dos Estados Unidos da América), sendo um exemplar desta obra apreendido com Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, quando de sua prisão. O autor noticia ainda sobre a livraria do Cônego Luis Vieira da Silva, em Mariana-MG: “*Sua livraria, confiscada pelo Juiz da Devassa em Minas, era uma das maiores do Brasil e continha as obras dos autores mais revolucionários que orientavam os espíritos cultos do século XVIII*”. (cf. LIMA JUNIOR, Augusto. *História da Inconfidência de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2010).

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 362/364. Sobre a repartição tetradimensional vigente no Império do Brasil, o autor esclarece: “*Com efeito, ao Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou o Poder Moderador, de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império. Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização do Governo e do Estado na época imperial. Disso resultou, pela carência de autonomia provincial e pela ausência de poderes descentralizados, a funesta desintegração política do regime monárquico, substituído em 1889 pelo sistema republicano de governo. Em resumo, a monarquia constitucional do Império do Brasil foi um equilíbrio relativamente estável, pois durou 65 anos, entre o princípio representativo, gerador de um parlamentarismo sui generis, introduzido nos mecanismos institucionais, e o princípio absolutista, dissimuladamente preservado com prerrogativas de poder pessoal, de que era titular o Imperador, em cujas mãos se acumulavam, tanto em termos formais como efetivos, o exercício de dois poderes: o Executivo e o Moderador. O último concentrava mais faculdades de mando e competência que o primeiro*”.

e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinárias”³⁵.

Na Europa, o avançar do século XIX determinou inovações no constitucionalismo. A Inglaterra, ao final do século XVII, já havia superado o absolutismo com a implantação de seu original sistema político, o parlamentarismo, e já desenvolvia o liberalismo econômico. As indústrias algodoeira e metalúrgica operavam desde meados do século XVII, no contexto do imperialismo colonial, que garantia matéria-prima e mercado de consumo. Já no século XIX, com a expansão das ferrovias, o modelo econômico se aperfeiçoa, as atividades econômicas aceleram, ampliando seu alcance, e os ingleses também passam a financiar os recém-formados Estados sul-americanos. O modelo já suportava ondas de desemprego e migrações de trabalhadores em busca de trabalho, bem como já encontrava seus limites cíclicos, com crises financeiras. Os trabalhadores viam-se expostos às péssimas condições de trabalho e com frequência se revoltavam. Para minimizar os problemas com trabalhadores e sob leis que privilegiavam o crescimento econômico sem nenhuma preocupação com o trabalhador, tido como mercadoria, os empregadores preferiam mulheres e crianças em suas fábricas, pois, mais fáceis de controlar.³⁶ Esse quadro social era próprio do modelo econômico liberal, então, ainda que em outras escalas, estava instalado e se aprofundou, ao longo do século XIX, na maioria dos países europeus.

As influências inglesas e francesas se complementaram, sendo certo que, “*se a economia do mundo no século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa*”. O ideário de liberdade, igualdade e fraternidade teve pretensões universalistas e foi repercutido “*a ponto de bandeiras tricolores de um tipo ou de outro terem se tornado emblema de praticamente todas as nações emergentes, e a política europeia (ou mesmo mundial) entre 1789 e 1917, foi em grande parte a luta a favor ou contra os princípios de 1789, ou os ainda mais incendiários de 1793*”³⁷. E foi na própria França onde evoluíram movimentos sociais que viriam a reivindicar novos paradigmas no modelo econômico e introduziram novos princípios no ordenamento jurídico.

³⁵ Texto da Constituição de 1824 disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm, acesso em 09/01/2017.

³⁶ HOBBSAWM, Eric. J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009, p. 54/80.

³⁷ *Idem*. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 83/84. O autor, ao se referir a princípios “*mais incendiários de 1793*” está a considerar a Constituição francesa daquele ano, com a república como forma de governo, e o início do período denominado *Terror*.

Embora “o novo sistema social” decorrente da Revolução Francesa tenha sido apresentado como “conquista do conjunto da sociedade frente à minoria opressora constituída pela nobreza e pela realeza”, o que de fato se evidenciou em alguns anos foi que “outro grupo reduzido – no caso, a classe burguesa, detentora dos meios de produção”, apossou-se do exercício do poder. A força de trabalho humano, necessária para valorização do capital, era comprada como mercadoria, num contexto em que empregador e empregado eram considerados pelo ordenamento jurídico como iguais e livres para contratar, o que tornava o trabalhador juridicamente obrigado a tal regime. Assim, no modo de produção capitalista, “a produção organiza-se sob os pressupostos de uma falsa igualdade entre patrão e operário, e sob a falsa liberdade de contratar”, já que evidente a “exploração da parte necessitada de trabalhar, por parte de quem possuía o capital necessário para empresariá-lo”³⁸.

Nesse quadro social, político e econômico é que, “nos idos de 1830, passaram a surgir, primeiramente na França, teses de que a desigualdade econômica existente entre os homens”, em que uma das partes age com “verdadeira prepotência econômica”, tornava necessário que “o Estado, sobretudo pela consolidação e aplicação de leis protetivas”, interviesse nas relações sociais privadas para garantir “um mínimo de igualdade” e “assegurar a dignidade humana nas relações de trabalho”. Assim, a guinada em direção a um modelo de Estado social se dá pela “aspiração de alforria da classe operária”, que sofria abusos em uma sociedade cuja ordem jurídica estava sustentada em “duas pilstras”: a propriedade privada e a autonomia da vontade. Com a evolução de movimentos sociais e políticos naquelas décadas é que sobrevêm a Constituição Francesa de 1848, sendo “o primeiro documento histórico, com maior significação no campo dos direitos sociais”³⁹.

COMPARATO contextualiza a Constituição Francesa de 1948, considerando ter decorrido de revolta popular em Paris, em fevereiro de 1848. O autor diz que “as palavras de ordem eram: nacionalismo, trabalho e liberdade”. Sobreveio dessa revolta varias outras em

³⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito: a expansão política do direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 134/136.

³⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 49 e 90. O autor cita o artigo 13 da Constituição Francesa de 1948, com a seguinte redação: “A Constituição garante aos cidadãos a liberdade de trabalho e a liberdade de indústria. A sociedade favorece e encoraja o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito profissional, a igualdade nas relações entre o patrão e o operário, as instituições de previdência e de crédito, as instituições agrícolas, as associações voluntárias e o estabelecimento, pelo Estado, os Departamentos e os Municípios, de obras públicas capazes de empregar os braços desocupados; ela fornece assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos sem recursos e que não podem ser socorridos por suas famílias”.

Estados vizinhos, caracterizando o que se denominou “a primavera dos povos”. Sobre a Constituição francesa daquele ano, COMPARATO considera que, apesar de uma série de contradições, foi um avanço em matéria de direitos humanos, na medida em que instituiu “*deveres sociais do Estado para com a classe trabalhadora e os necessitados em geral, estabelecida no art. 13*”, apontando “*para a criação do que viria a ser o Estado do Bem-Estar Social, no século XX*”⁴⁰; ⁴¹.

Portanto, já na primeira metade do século XIX, o capitalismo é alvo de severas críticas. Por ser um sistema econômico “*gerador de inegável desigualdade social, desenvolveram-se doutrinas que defenderam uma forma de regime econômico diversa, que seria capaz, consonante seus postulados teóricos, de assegurar a igualdade entre as classes sociais*”. Tais doutrinas sustentavam o socialismo, modelo este baseado na autoridade do Estado, que retiraria as liberdades individuais em proveito social, a partir da centralização das decisões econômicas em órgão estatal, da limitação do direito de propriedade e do controle estatal dos bens de produção. “*Foi, contudo, com Karl Marx e Friedrich Engels que se construiu uma proposta mais acabada de socialismo*”, em que o proletariado, classe social formada pelos operários, se tornaria hegemônico, assumindo o poder estatal, acabaria com a exploração do homem pelo homem e promoveria a passagem do socialismo para o comunismo, sistema no qual sequer haveria o Estado⁴².

⁴⁰ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 163/166.

⁴¹ Sobre “A Primavera dos Povos”, HOBBSBAWM leciona com detalhes, incluindo o reflexo que houve no Brasil, com a Insurreição Pernambucana: “No início de 1848, o eminente pensador político francês Alexis de Toqueville tomou a tribuna na Câmara dos Deputados para expressar sentimentos que muitos europeus partilhavam: “*Nós dormimos sobre um vulcão... Os senhores não percebem que a terra treme mais uma vez? Sopra o vento das revoluções, a tempestade está no horizonte*”. Mais ou menos no mesmo momento, dois exilados alemães, Karl Marx com trinta anos e Friedrich Engels com vinte e oito, divulgavam os princípios da revolução proletária para provocar aquilo que Tocqueville estava alertando seus colegas, no programa que ambos tinham traçado algumas semanas antes para a Liga Comunista Alemã e que tinha sido publicado anteriormente em Londres, por volta de 24 de fevereiro de 1848, sob o título (alemão) de *Manifesto do Partido Comunista*, “para ser publicado em inglês, francês, alemão, italiano, flamengo e dinamarquês (...) A monarquia francesa tinha sido derrubada por uma insurreição, a república proclamada e a revolução europeia tinha iniciado. (...) Por volta de 2 de março, a revolução tinha ganho o sudeste alemão; em 6 de março, a Bavária; 11 de março, Berlim; 13 de março, Viena e, quase imediatamente, a Hungria; 18 de março, Milão e, em seguida, a Itália (...) Além disso, 1848 foi a primeira revolução potencialmente global, cuja influência direta pode ser detectada na insurreição de 1848 em Pernambuco (Brasil) e poucos anos depois na remota Colômbia (...) Foi ao mesmo tempo a mais ampla e a menos bem sucedida deste tipo de revoluções. No breve período de seis meses de sua explosão, sua derrocada universal era seguramente previsível; dezoito meses depois, todos os regimes que derrubara foram restaurados, com a exceção da República Francesa (...)” (A Era do Capital, p. 29/30).

⁴² TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 38.

GUERRA FILHO destaca sobre Marx que embora este tenha se dedicado ao longo de sua vida mais ao estudo da economia política como base social sobre a qual se constrói o Direito, houve importante contribuição para a ciência do Direito. A partir da análise de um problema concreto, sendo uma proposta legislativa para criminalização da coleta de galhos caídos nas florestas à margem do rio Reno, na Alemanha, equiparando ao roubo de lenha, com previsão de sanção com trabalhos forçados e multa em benefício do proprietário da terra em que estaria a floresta, Marx formula séria crítica ao modelo jurídico vigente. Ele alerta para o fato de que uma lei, mesmo aprovada por órgãos públicos competentes, pode ser contrária ao Direito na medida em que manipula conceitos, como estava a ocorrer ao equiparar coleta de galhos com roubo de lenha. Também denunciou o que denominou “*jurisdição patrimonial*”, focada na defesa do patrimônio privado e não do interesse público. Ademais, a coleta de galhos era costume antigo dos camponeses na Alemanha para fazer fogo e sobreviver, então, um direito consuetudinário inviolável pela criação legislativa. GUERRA FILHO ressalta que Marx “*desvenda, por trás do princípio legal das consequências jurídicas de um fato, um interesse querendo impor-se a outro, um interesse patrimonial preponderante sobre interesses vitais do ser humano*”⁴³.

Da parte de FRIEDRICH ENGELS há obra pontualmente relevante à presente pesquisa, composta por três artigos publicados na imprensa alemã nos anos 1872 e 1873, reunidos sob o título *Sobre a Questão da Moradia*. Da exposição do autor se extrai que, àquela época, a escassez de moradia conformava séria mazela social por toda a Europa, já tendo havido ao longo daquele século programas governamentais e de industriários privados visando satisfazer tal necessidade social. A Inglaterra, que convivia com o industrialismo capitalista havia mais tempo, já se empenhara, na década de 1830, em buscar soluções, mas sem sucesso. A realidade que se instalara pela Europa era a de centros industriais e urbanos com bairros comumente denominados “*malsãos*”, formados por famílias de proletariados, sem saneamento básico e sendo foco de enfermidades que se tornavam epidemias. Para ENGELS, no contexto em que crises financeiras geravam demissões em massa, a busca por trabalho implicava em movimentos migratórios e o trabalhador era explorado de modo a receber como pagamento somente o mínimo necessário a manter-se na condição de trabalhador, então, a escassez e a melhoria nas condições de moradia poderiam ser resolvidas somente com o fim da ordem capitalista⁴⁴.

⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini (colaborador). *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41/47.

⁴⁴ ENGELS, Friedrich. *Sobre a questão da moradia*. São Paulo: Boitempo, 2015.

A crítica do socialismo ao capitalismo atingiu as raízes do modelo baseado no liberalismo econômico capitaneado pela burguesia industrial, hegemônica no exercício do Poder Legislativo, então, determinante do direito material de modo a resultar em mazelas sociais. A lei aprovada pelo Estado admitia a exploração de uma classe social sobre outra, criava as condições para a exploração, exaltava o patrimônio privado e gerava desigualdades, prejudicando a condição humana e a própria sobrevivência da outra classe social. Por isso pugnou-se pelo fim do Estado, este visto como ferramenta do capitalismo, então, se superado o capitalismo, o Estado seria desnecessário. O socialismo repercutiu em diversas sociedades e, no século XX, foi o modelo adotado em alguns Estados.

Também importante como referência para a formação do modelo de Estado social no século XIX foi o reconhecimento, na Alemanha, em 1883, por meio de lei, do direito a um “seguro-doença”. Representou uma conquista da classe operária, pois, em decorrência de contínuas reivindicações sociais, evolui-se naquela década com a formação de um sistema de seguro social, reconhecido como direito devido pelo Estado aos cidadãos. Em 1889, chegou a abranger seguro-doença, seguro contra acidente do trabalho, contra invalidez e aposentadoria – o que era inédito no mundo. E é da maior relevância considerar que tal sistema foi instituído como solução do governo daquele país em busca de reconhecimento pela massa de trabalhadores urbanos, sob o discurso de ser uma necessidade social a ser atendida pelo Estado, tendo implantado a seguridade social sem abalar os princípios liberais da propriedade privada e da economia de mercado⁴⁵.

A igualdade formal, como resultado da não intervenção do Estado nas relações da sociedade civil, era uma abstração que sustentou o Estado Liberal, sem correlação com as condições sociais concretas. A burguesia preferiu “*o Estado-lei no lugar do Estado-rei*” para defender a liberdade individual contra a nobreza, classe hegemônica antes da Constituição escrita. Mas o interesse maior da burguesia em ressaltar a lei em detrimento do poder do rei foi “*proteger a auto-regulação do mercado*”. Logo a história mostrou que tal via era contraditória. Com isso, os liberais “*abriram com o não-intervencionismo as portas para o intervencionismo*”. Isso sem abalar o modo de produção. O Estado social se forma “*ocultando a dominação de*

⁴⁵ FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade Social e Direitos Humanos*. São Paulo: Editora LTr, 2007.

classe, agora pela pretensão de igualdade social composta com a intervenção do Estado na ordem econômica da sociedade civil”⁴⁶.

Ao final do século XIX, já se sedimentara o entendimento de ser necessária a intervenção do Estado nas relações econômicas como instrumento de sustentação do todo social. A revolução industrial só foi possível com o distanciamento do Estado em relação as atividades econômicas e, por causa disso, *“foram sendo criadas as condições que iriam tornar imprescindível a intervenção do Estado”*, já que acentuando-se os desníveis entre classes sociais, concorrentes em um território urbano novo, crescente, insuficiente para *“a concentração de grandes massas proletárias, necessitadas de auxílios para obtenção do indispensável à sua própria sobrevivência”*. E *“também os detentores de capital passaram a necessitar do Estado”* para atender as novas contingências sociais com prestação de determinados bens e serviços que *“os indivíduos e os grupos privados não podiam ou não queriam oferecer”*, e que eram fundamentais para *“a segurança do patrimônio, a regularidade e continuidade das atividades econômicas e a própria estabilidade social”*⁴⁷.

Portanto, a evolução das relações sociais e econômicas no século XIX em países da Europa, com repercussão global, culminou num processo de reestruturação da Sociedade e do Estado, aquela reconheceu a necessidade e este recebeu a atribuição de intervir, com base na lei, nas relações de trabalho e atender a demandas sociais por meio da seguridade social e da prestação de serviços públicos. Importante que, como visto acima, o Estado social se forma, originariamente, como solução para as necessidades sociais decorrentes do capitalismo, isto é, tal modo de produção econômica implicava em resultados indesejados que deveriam ser objeto de legislação que atribuía ao Estado a responsabilidade em agir prestando bens e serviços para compensar tais mazelas. Em outras palavras, a liberdade (que no modelo liberal abrangia livre iniciativa, autonomia da vontade, livre mercado, livre acumulação de capital e propriedade privada etc.) foi identificada como implicativa da desigualdade social, sendo atribuído, por meio de lei, ao Estado o dever de prestações como assistência aos desamparados e seguridade social visando amenizar as mazelas sociais, em busca de alguma igualdade, para manter o modo de produção capitalista. Na atualidade, no Brasil, tais elementos estão presentes, capitalismo e dever estatal de prestações sociais, com peculiaridades, sobre o que trataremos mais no capítulo 3.

⁴⁶ BARROS, Sergio Resende. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas/SP: Milenium, 2007, p. 77.

⁴⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Futuro do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 61/62.

1.4. CONSOLIDAÇÃO DO MODELO DE ESTADO SOCIAL NO SÉCULO XX E A REAÇÃO NEOLIBERAL

Embora no século XIX e início do século XX a Constituição ainda não tivesse o reconhecimento qualificado como documento jurídico diretamente vinculante das ações estatais e relações sociais, o estabelecimento de Constituições escritas a partir do final do século XVIII foi símbolo da superação de um regime anterior e marco delineador de como seria a partir de então o funcionamento do Estado e das relações deste com a Sociedade. Ainda sem força vinculante como hoje a entendemos, a Constituição escrita, desde que passou a ser adotada em diversos países, foi disputada pelos grupos políticos e sociais, pois, o que nela reconhecido passava a fazer parte do contexto político e significava expressão de presença e força na sociedade. O objetivo dos agentes e grupos políticos e sociais mais influentes era ver na Constituição de seu Estado o reconhecimento de seu interesse para reclamá-lo como direito.

No início do século XX, o Brasil, já sob influência dos Estados Unidos, regia-se por uma Constituição “*com a fachada teórica quase perfeita do chamado Estado liberal de Direito*”, desde 1891. Essa Constituição trouxe “*os princípios chaves*” que passaram a estruturar o Estado brasileiro, ao menos no plano ideal constitucional. Foram introduzidos “*o sistema republicano, a forma presidencial de governo, a forma federativa de Estado e o funcionamento de uma suprema corte, apta a decretar a inconstitucionalidade dos atos de poder*”⁴⁸.

Mas o século XX, na Europa, é praticamente inaugurado com a Primeira Guerra Mundial, tendo como consequência relevante para esta pesquisa a formação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, como veremos adiante neste texto; e também marca o início daquele século a consolidação de ideais socialistas em novas Constituições. PIOVESAN expõe que, “*após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal da cidadania, fortalece-se o discurso social da cidadania, e, sob as influências da concepção marxista-leninista, é elaborada a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então*

⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 364/365. Sobre a influência dos ideais norte-americanos no continente, àquela época, o autor ensina: “*Converteu-se com a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 num Estado que possuía a plenitude formal das instituições liberais, em alguns aspectos deveras relevantes, transladadas literalmente da Constituição americana (...) Entrava o Brasil, por conseguinte, numa época constitucional em que pela primeira vez as instituições básicas do poder se conciliavam com a tradição continental hispânica, sobretudo com o modelo daquelas federações que, a exemplo da Argentina e do México, se haviam embebido na inspiração tutelar do constitucionalismo norte-americano (...) enfim, todas aquelas técnicas de exercício da autoridade preconizadas na época do chamado ideal de democracia republicana imperante nos Estados Unidos e dali importadas para coroar um certa modalidade de Estado Liberal, que representava a ruptura com o modelo autocrático do absolutismo monárquico e se inspirava em valores de estabilidade jurídica vinculados ao conceito individualista de liberdade*”.

República Soviética Russa, em 1918”. A igualdade é proclamada como primado do Estado, ao qual é atribuída a qualidade de “*agente de processos transformadores, e o direito à abstenção do Estado, nesse sentido, converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos à prestação social*”⁴⁹. Nessa declaração de direitos também se expressa uma pretensão universalista, ao afirmar novas bases para o Estado e a Sociedade, com pretensão de suprimir toda exploração do homem pelo homem, abolir as divisões de classe na sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países⁵⁰. O que vemos, portanto, é o cumprimento de um modelo que passou a marcar os momentos revolucionários para afirmação e defesa de novos paradigmas para o Estado, assim como ao final do século XVIII, sob a forma de Declaração de Direitos.

Nesse contexto é que vieram novas Constituições em países europeus e também americano, já trazendo conteúdo que significava a consolidação de reivindicações que se acumularam no evoluir do século XIX. No México, em 1917, e na Alemanha, em 1919, novas Constituições marcaram no mundo político e jurídico os novos papéis do Estado como autoridade para ordenar relações trabalhistas, de seguridade social, serviços públicos de saúde e educação, e, especialmente a alemã, prescrevia a função social da propriedade. O caso alemão foi o que historicamente se tornou mais influente para os Estados ocidentais: a Constituição de Weimar teve repercussão semelhante às da França do final do século XVIII, como modelo para outros países também renovarem suas ordens jurídicas, desta vez atualizadas ao modelo de Estado social⁵¹.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198.

⁵⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 161/162.

⁵¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 52/53: “Já no século XX, inaugurando o modelo de bem-estar social, foi promulgada a Constituição mexicana de 1917. A Carta mexicana, refletindo esse ideário de bem-estar social, promoveu a constitucionalização dos direitos de proteção do trabalho. Nela houve minudente tratamento do tema, revelando, portanto, a preocupação dos movimentos sociais com a limitação do poder econômico nas relações de trabalho. (...) A evolução dos direitos sociais foi sucessivamente marcada pela Constituição de Weimar (...) deu especial destaque ao direito a educação... inovou ao contemplar a questão do direito à saúde e à previdência (...) houve ainda a previsão da função social da propriedade. (...) É perceptível que a Constituição de Weimar, adotando um claro perfil social democrático, apresentou um caráter autenticamente transformador. Por isso sua grande influência em diversas constituições contemporâneas. Há de se agregar, finalmente, que essa preocupação humanística com os direitos sociais ainda apresentou um forte sentido universalista, uma vez que seu artigo 162 indicou expressamente a busca do reconhecimento dos direitos sociais também no patamar internacional (...)”.

Tal modelo, o Estado social, “significa um Estado que assume encargos para uma sociedade, intervindo na área econômica com o fim de equilibrar as forças sociais”⁵². Supera-se assim o que era básico no Estado Liberal, no qual não havia intervenção do poder público nas atividades econômicas. A burguesia perde sua hegemonia social, tem sua influência diminuída, e “na atenuação dessa influência ou do domínio que a burguesia outrora exerceu incontestavelmente é que se distingue também o Estado Liberal do Estado Social”. Mas este “conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia”. Ainda capitalista, mas sem a hegemonia burguesa, o Estado social é “o Estado de todas as classes, o fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital”⁵³.

Importante nesse ponto é estrear o Estado social do Estado socialista. Este não se mantém sob o capitalismo, mas sim “propõe a supressão da ordem capitalista em nome de uma fase provisória de controle total pelo Estado da atividade econômica, e mesmo, social”, até tornar-se Estado comunista⁵⁴. O Estado socialista “caracteriza-se justamente por apresentar um único e exclusivo centro decisório, que promove o planejamento vinculante e irresistível” da economia, com intervenção direta do Estado para ser o mais abrangente possível sobre a sociedade⁵⁵.

O modelo socialista foi implantado na República Socialista Soviética da Rússia, com a Constituição de 1918, sendo a primeira desse modelo no mundo^{56; 57}. Com a formação da União Soviética, em 1922, sobreveio a Constituição de 1924, sendo “a primeira das constituições de que se tem notícia a fazer referência a um plano geral para a economia nacional”⁵⁸. O modelo socialista “surtiu como resposta às injustiças da ampla proteção ao individualismo” mas, “ao

⁵² GUERRA FILHO, Willis Santigago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 184/186.

⁵⁴ GUERRA FILHO, Willis Santigago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Op. cit.*, p. 107.

⁵⁵ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, p. 40/41.

⁵⁶ “A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, prevista na 1ª Parte da Constituição da República Socialista Soviética de 1918, estabeleceu, em seu artigo 3º, a abolição da propriedade privada da terra, a assunção da propriedade dos meios de produção pelo Estado e a soberania do povo trabalhador” (PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva: 2011, p. 198, nota 50.

⁵⁷ Em reportagem jornalística de 28 de abril de 2017, o historiador Luigi Biondi esclarece que a greve geral que ocorreu no Brasil, em junho de 1917, iniciada com a paralisação de operárias de uma fábrica têxtil no bairro da Mooca, município de São Paulo, foi representativa da influência da revolução Russa, deflagrada em fevereiro daquele ano, sendo que as ideologias socialistas chegaram no Brasil em razão da imigração italiana, no início do século XX (conferir em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1879407-1-greve-geral-do-pais-ha-100-anos-foi-iniciada-por-mulheres-e-durou-30-dias.shtml>, acesso em 28/04/2017).

⁵⁸ TAVARES, André Ramos. *Op. cit.*, p. 90/92.

ser efetivamente implementado, mostrou-se em muitos aspectos incompatível com o respeito às instituições democráticas”⁵⁹. Mesmo não sendo implementado tal modelo em países do ocidente com influência decisiva, foi um “*fator que impulsionou a redefinição do Estado ocidental*”⁶⁰.

O modelo de Estado social foi introduzido no Brasil pela Constituição de 1934, sob influência da Constituição de Weimar. A “*sólida inspiração de Weimar na obra dos constituintes brasileiros de 1933-1934*” se evidencia com a previsão constitucional da “*subordinação do direito de propriedade ao interesse social e coletivo*” e de muitas outras matérias inéditas no plano constitucional. Foram normatizadas as ordens econômica e social, previu-se o socorro às famílias de prole numerosa, o amparo à maternidade e à infância, e foram colocados sob proteção do Estado a família, a educação e a cultura. Em matéria de direitos do trabalhador, houve avanços dos mais importantes com “*a instituição da Justiça do Trabalho, o salário mínimo, as férias anuais do trabalhador obrigatoriamente remuneradas, a indenização ao trabalhador dispensado sem justa causa*”⁶¹.

Em que pese o marco político-jurídico com novas Constituições, as três primeiras décadas do século XX são marcadas pela Primeira Guerra Mundial, ente 1914 e 1918, e pela crise econômica mundial na década seguinte. No contexto econômico mundial determinante da crise de 1929 e o que se conformou nos anos seguintes, merecedor da denominação *A Grande Depressão*, um novo ideário desponta como fundamental para o Estado em relação à sociedade. As propostas de reorganização econômica e reposicionamento estatal difundidas naquela época são sintetizadas por ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES, com referência às propostas do economista inglês John Keynes:

“Perante o descalabro da Grande Depressão e a consequente miséria de milhões de pessoas em todo o mundo, Keynes veio defender que as situações de desequilíbrio e de crise são inerentes às economias capitalistas, nas quais as situações de pleno emprego são raras e efêmeras. Por isso essas economias precisam ser equilibradas e podem ser equilibradas, o que implica que o Estado assuma funções complexas no domínio da promoção do desenvolvimento

⁵⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, p. 41.

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88, nota 68: “*Outro fator que impulsionou a redefinição do Estado ocidental foi a implantação, na União Soviética, do primeiro Estado de base filosófica marxista e modelo econômico socialista. Até quase a última década do século [XX], esse modelo alternativo irradiou-se por um terço da humanidade, cooptando corações e mentes nos dois hemisférios e dando lugar a uma disputa de espionagem, propaganda e busca de influência conhecida como Guerra Fria*”.

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 369.

econômico, do combate ao desemprego e da promoção do pleno emprego, da redistribuição do rendimento e da seguridade social”⁶².

As críticas formuladas ao capitalismo, naquela época, prejudicaram definitivamente a crença na ampla liberdade econômica. Desde então, *“passa-se, em etapa subsequente, a admitir e a exigir a intervenção do Estado, como agente essencial para o desenvolvimento da economia”*. Somente com a intervenção do Estado é que se vislumbra a manutenção do *“bom funcionamento e do equilíbrio necessários ao sistema econômico”*, emergindo discussões sobre *“a magnitude dessa intervenção”*, não sobre ser um dever estatal. Tanto o proletariado como as classes médias descreditaram ser possível *“estabelecer a igualdade por meio da liberdade econômica”*⁶³.

A par da exigência social por intervencionismo estatal, houve a redefinição dos papéis do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Este que abriu o século XIX consagrado como representante do povo e preponderante frente aos demais poderes, viu-se prejudicado ante as exigências do modelo de Estado social. À medida em que no Estado de Direito *“sempre é imprescindível a lei para autorizar a atuação do Executivo”* e exigindo-se intervenções estatais para regular a economia, estimular a criação de empregos, proteger o trabalhador, atribuir direitos aos necessitados etc., muitas leis são necessárias. O Poder Legislativo, com *“o seu método de trabalho, aberto ao debate que pode durar meses”*, tornou-se ineficiente e inapto a atender à sociedade em tempo adequado. Ao mesmo tempo, o Poder Executivo ampliou seu reconhecimento como representante do povo e conquistou a prevalência também na pauta e na produção legislativa⁶⁴.

Com tal proposta para reorganização econômica e redefinição do papel estatal, o Estado *“vai pouco a pouco se transformando, mediante progressiva intervenção na economia, até tornar-se Estado Social ou ‘Welfare State’, cujos contornos vão ganhando maior nitidez a partir da Segunda Guerra Mundial”*⁶⁵. Embora tenha sido caracterizado como forte crítica ao modelo econômico liberal, não se reconheceu nas *“bases (keynesianas) do welfare state”* uma oposição ao capitalismo, sendo que suas propostas, essencialmente econômicas, *“ligadas à necessidade de reduzir a intensidade e a duração das crises cíclicas próprias do capitalismo”*,

⁶² NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 31.

⁶³ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 38.

⁶⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185/188.

⁶⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.

tinham como objetivo atualizar, viabilizar ou mesmo “*salvar o próprio capitalismo*”⁶⁶. Enfim, “*mais acentuadamente, a partir da Segunda Guerra Mundial*”, já difundira-se no mundo a nova fórmula para legitimação do Estado, que deveria atuar “*na redistribuição da riqueza e do rendimento, na regulamentação das relações sociais, no reconhecimento de direitos econômicos e sociais aos trabalhadores, na implantação de sistemas públicos de seguridade social*”⁶⁷.

BONAVIDES também detalha uma série de atividades estatais que caracterizam o Estado Social:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a paciência do quarto estado [proletariado] faz ao poder político, confere, no Estado Constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social⁶⁸.

O avançar do século XX é marcado pela adoção de novas Constituições em vários países do mundo para adaptarem-se a tal ideário. Mesmo em países que não atualizaram seus textos constitucionais (como os Estados Unidos) ou que não tem em vigência uma Constituição em documento único (como a Inglaterra), houve evidente adoção de princípios e práticas do modelo do Estado social, mais denominado nesses países como *Welfare State*. Seja com atualização de legislações ordinárias ou por meio da atuação do Poder Judiciário, o modelo econômico liberal foi superado em sua formulação clássica em que o Estado não tinha qualquer atuação na ordenação econômica e social, passando a ter atribuições e dever de promover regulamentação da economia e justiça social⁶⁹.

⁶⁶ NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32

⁶⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 34.

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 186.

⁶⁹ BARROSO sintetiza alguns pontos sobre o constitucionalismo social, referindo-se às mudanças ocorridas nos Estados Unidos por via do Poder Executivo: “*Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado Ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado Social (...) Surge o constitucionalismo social, consagrador de normas de proteção do trabalhador, emblematicamente representado pelas Constituições mexicana, de 1917, e pela Constituição alemã de Weimar, de 1919. Nos Estados Unidos, essa*

Como temos visto com a leitura da evolução histórica das relações entre Sociedade e Estado, com destaques para fatos econômicos e sociais que repercutiram no ordenamento jurídico, há idas e vindas, avanços e retrocessos para firmar novos paradigmas ou reafirmar antigos. Desde a década de 1970 até a atualidade, uma nova concepção sobre o papel econômico do Estado vem sendo aplicada, tendo recebido a denominação *neoliberalismo*. Falar em Estado neoliberal é referir-se à recente retomada de princípios liberais, partindo-se da afirmação de ter o Estado social (*Welfare State* ou Estado de Bem-estar social) fracassado, com autoritarismo e ineficácia. Daí, no quadro do neoliberalismo, a necessidade de privatizar serviços básicos e essenciais como os voltados à saúde pública, geração e distribuição de energia e captação, tratamento e distribuição de água, entre outros tantos. Defende-se um Estado financeiramente mais eficiente, com redução de encargos sociais, mas sem eliminar completamente as atividades intervencionistas⁷⁰.

São inúmeras as críticas a essa reformulação do liberalismo econômico para a atualidade^{71; 72}, sendo pontual a formulada por LORA ALARCÓN, ao caracterizar como proposta que faz o Estado descompromissado com o social:

modificação do papel do Estado veio com o New Deal, conjunto de políticas públicas intervencionistas e de proteção dos direitos sociais, implementado pelo presidente Roosevelt ao longo da década de 30. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a dedicar um capítulo à ordem econômica e social” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88 e nota 67).

⁷⁰ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 60/62.

⁷¹ FONSECA PIRES formula a seguinte crítica ao neoliberalismo: “*A fuga do Estado, do direito administrativo ao direito privado, a transmutação de papel de titular do serviço para simples agente regulador de um mercado no qual estes serviços essenciais são tratados como mercadorias ao talante da perseguição por maior lucratividade, levam à crise da própria noção de Estado Social (...) A formatação norte-americana no tratamento da matéria, a noção de public utilities na qual, sob inspiração neoliberal, as atividades, mesmo as de interesse social, remanescem com a iniciativa privada e o Estado limita-se a impor normas de regulação que embora cuidem do ingresso no mercado, padrões de competição entre outros concorrentes, sobretudo quanto à qualidade do serviço e o seu preço, mesmo que em certa medida tenha influenciado a própria União Européia ao disciplinar os serviços de interesse econômico geral, igualmente livres à iniciativa privada, ainda que sujeitos a uma intensa regulação estatal, estes modelos (public utilities e serviços de interesse econômico geral) não se comprometem com a fraternidade. E ainda de fundamental importância, não foram os eleitos pela Constituição de República Federativa do Brasil de 1988”* (FONSECA PIRES, Luis Manuel. *O Estado Social e Democrático e o Serviço Público – um breve ensaio sobre Liberdade, Igualdade e Fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 120).

⁷² COMPARATO formula a seguinte crítica ao neoliberalismo: “*O conjunto dos direitos sociais acha-se hoje, em todo o mundo, severamente abalado pela hegemonia da chamada política neoliberal, que nada mais é do que um retrocesso ao capitalismo vigorante em meados do século XIX. Criou-se, na verdade, uma situação de exclusão social de populações inteiras, inimagináveis para os autores do Manifesto Comunista. Marx e Engels, com efeito, em sua análise do capitalismo, haviam partido do pressuposto de que o capital sempre dependeria do trabalho assalariado (die Bedingung des Kapitals ist die Lohnarbeit), o que daria aos trabalhadores unidos a força necessária para derrotar o capitalismo no embate final da luta de classes. Ora, esse pressuposto revelou-se totalmente falso. No final do século XX, o que se verificou, em todas as partes do mundo, é que a massa trabalhadora se havia tornado um insumo perfeitamente dispensável no sistema capitalista de produção. “O que se nos depara”, escreveu Hannah Arendt logo após a 2ª Guerra Mundial, “é a possibilidade de uma sociedade de*

O neoliberalismo, com a tese de redução do Estado e a renúncia ao intervencionismo, provocou, nos países em que se praticou com maior rigor, o desmantelamento do setor público. Com muita habilidade se aproveitou o descontentamento popular com a ineficiente prestação dos serviços para justificar o controle de grupos privados de setores estratégicos da economia.

Intimamente relacionada a correntes conservadoras, o pensamento neoliberal propõe um Estado descompromissado com o social, a eliminação gradual da redistribuição de renda, a flexibilização das relações de trabalho, a privatização do setor público e a abertura ao setor privado, sustentando que as leis de mercado produzirão uma estabilização do sistema, eliminando-se os subsídios e gerando maior riqueza social.⁷³

O neoliberalismo consiste, portanto, em uma ideologia que defende o retrocesso a paradigmas do liberalismo clássico, como o distanciamento entre Estado e Sociedade, bem como a defesa da tese de que o mercado se autorregulará para gerar maior riqueza social. Ocorre que a história, como vimos acima, já fez provas de que a liberdade econômica deve ser limitada e as relações econômicas na sociedade reguladas por leis e com participação estatal, isso com vistas à justiça social.

O percurso histórico que estamos apresentando neste capítulo é base para compreensão da Constituição brasileira de 1988, que traz elementos do Estado social entre seus fundamentos, bem como traz normas típicas do neoliberalismo – o que trataremos no capítulo 3. Para completar o percurso histórico no atual capítulo, é de rigor tratarmos sobre a ascensão da democracia como valor fundamental no Estado, o que faremos a seguir. Após, encerrando este capítulo, versaremos sobre o *neoconstitucionalismo* como movimento jurídico que ressalta a força normativa da Constituição, a efetividade dos direitos fundamentais entre outros aspectos que serão detalhados.

1.5. A ASCENSÃO DA DEMOCRACIA AO PLANO NORMATIVO CONSTITUCIONAL DO ESTADO

Os Estados que se formaram inspirados nas Declarações de Direitos do final do século XVIII não se tornaram democráticos. Isso porque a burguesia (masculina, branca e proprietária) tornou-se classe hegemônica, dominou o Poder Legislativo e promoveu seus

trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade que lhes resta”. E acrescentou com razão: “Certamente, nada poderia ser pior” (COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65).

⁷³ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. *Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Verbatin, 2014, p. 141.

próprios interesses por meio das leis do Estado. Isso ocorreu tanto no recém-fundado Estados Unidos da América quanto na revolucionada França, que transformou suas bases sociais. Nesses Estados, restrições de direitos políticos foram expressas contra mulheres, negros, estrangeiros, empregados e outros. Realmente, como observa FERREIRA FILHO, com o advento do constitucionalismo moderno já se conhecia muito bem a noção de democracia como a forma de governo em que “*a titularidade do supremo Poder num Estado*” seja do povo, isto é, “*em que esse supremo Poder pertença ao povo, ou, se quiser, à maioria*”, o que implicaria em reconhecer que o povo se autogoverna. O pensamento das lideranças políticas do constitucionalismo moderno continha esse entendimento e “*exatamente por isto tal pensamento recusava a democracia*”⁷⁴.

Mas BOBBIO registra que as doutrinas do liberalismo e do socialismo não pregaram incompatibilidade entre seus princípios em relação à democracia, sendo, portanto, “*perfeitamente correto falar de liberalismo democrático e socialismo democrático*”, onde liberalismo e socialismo só os são se forem democráticos. Nesse quadro de conciliação com doutrinas que entre si divergem, “*por Democracia se foi entendendo um método ou um conjunto de regras de procedimento para constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem a toda a comunidade)*”. Isto é, por Democracia não se entende como sendo uma ideologia⁷⁵.

Uma vez em mente essa noção contemporânea de democracia, é fundamental para compreensão dela na atualidade, nos termos como GUERRA FILHO e CARNIO detalham, tratar sobre a influência de Jean-Jacques Rousseau, filósofo moderno. Os referidos autores, após apontarem as origens históricas da democracia grega, resgatando o registro do que viria a ser o lema dos revolucionários franceses⁷⁶, anotam que “*o ideal democrático desapareceu durante o*

⁷⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43/44.

⁷⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010, p. 326/327 – verbete *Democracia*, assinado por BOBBIO.

⁷⁶ Os autores resgatam na democracia ateniense, no período de Péricles, no século V a.C., a fonte do que viria a ser o lema dos revolucionários franceses e que ainda hoje se busca realizar, que é: liberdade, igualdade e fraternidade. É o texto dos autores: “*Democracia grega é sinônimo do regime que imperou em Atenas, no século V a.C., implantado por Péricles, que se mostrou capaz de afirmar-se como o mais influente dos cidadãos e que teve como sustentáculo ideológico o pensamento sofista (...) A antiguidade não nos deixou, no entanto, nenhum tratado sobre a democracia (...) Não obstante, o pensamento do espírito animador da democracia ateniense, Péricles, externado por ocasião da oração fúnebre aos guerreiros mortos durante o primeiro ano da guerra do Peloponeso, foi registrada por Tucídides, cujas opiniões hostis à democracia são garantia de narração precisa, já que o discurso é, talvez, a peça mais enaltecida das virtudes democráticas que a eloquência política de todos os tempos já produziu. Declara o*

período medieval e princípio da idade moderna”, ressurgindo no século XVII no contexto de renovações filosóficas sobre liberdade e igualdade nas relações entre Sociedade e Estado, com elogios de alguns pensadores modernos ao exemplo grego antigo. Os autores esclarecem que Rousseau, cuja obra fundamental *Do Contrato Social* foi publicada em 1762, relacionou *soberania popular* e *vontade geral* para afirmar que a soberania é impossível de ser transferida, então, permanece com o povo, sendo a *vontade geral* não uma consciência coletiva ou o que se alcança com decisões majoritárias, mas sim “*é a parte geral da vontade racional individual, idêntica em todos os membros da coletividade*”, confundindo-se “*com a ideia atual de consenso social*”. Segundo os referidos autores, na doutrina de Rousseau, a liberdade natural “*torna-se liberdade convencional*”, assemelhada à liberdade do grego antigo, consistente em “*associar os governados ao exercício do poder para, deste modo, o impedir de lhes impor medidas arbitrárias*”. Já a igualdade seria “*a disciplina da desigualdade*” na sociedade, que tem como base a propriedade privada, cujos frutos pertencem a poucos. Por fim, a fraternidade é abordada e denominada *piedade*, como sentimento natural do indivíduo, dotado de amor por si mesmo, então, levado a socorrer outros indivíduos que sofrem, pois, há um impulso à conservação mútua da humanidade⁷⁷.

Como temos visto com o percurso histórico aqui proposto, os séculos XIX e XX foram de constantes lutas por direitos, contra a exploração do humano pelo humano baseada na dominação econômica e política, lutas para alcançar maior participação nas questões do Estado e no exercício político do Poder, lutas essas que evoluíram com êxitos. Nessa evolução alcança-se, na década de 1940, a instituição da Organização das Nações Unidas e, no âmbito desta, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, com o reconhecimento da democracia como um direito da humanidade, afirmado no artigo XXI, nos seguintes termos:

orador que, sem se demorar a fazer o elogio de todos quantos, no passado e no presente, construíram a grandeza de Atenas, vai examinar as instituições e os costumes que são a causa essencial do seu poder e da sua prosperidade. “A Constituição que nos rege”, afirma a princípio, “nada tem que invejar às leis dos povos vizinhos; serve-lhes de modelo e de modo algum as imita. O seu nome é democracia, por que visa ao interesse, não de uma minoria, mas da grande maioria. Ela tem por princípio a igualdade. Na vida privada, a lei não faz qualquer diferença entre os cidadãos. Na vida pública, a consideração não se prende nem ao nascimento nem à riqueza, mas unicamente ao mérito, e não são as distinções sociais, senão a competência e o talento que abrem o caminho das honras. Uma igualdade assim compreendida, que deixa o caminho aberto ao mérito pessoal, em nada prejudica a liberdade. Cada qual goza de liberdade nos seus atos, sem precisar temer nem a curiosidade suspeitosa, nem os olhares de desaprovação. Mas as liberdades dos indivíduos têm por limite os direitos do Estado, as obrigações da disciplina cívica. A ordem pública exige a submissão às autoridades constituídas, a obediência às leis, sobretudo às leis de fraternidade, qua asseguram a proteção dos fracos e às leis não escritas, que emanam da consciência universal”” (GUERRA FILHO, Willis Santigago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 158/159).

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 162/169.

1. Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.
2. Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.
3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto⁷⁸.

Nas palavras de BALERA: “*a chave de leitura desse preceito se encontra na noção mesma de democracia, como a legítima expressão de que ‘a vontade do povo será a base da autoridade do governo’*. Estamos diante da concepção de contrato social formulada por Rousseau”. O referido autor também destaca que “*o preceito propõe a via eleitoral como legitimadora do acesso aos postos de governo*” e traz reflexões sobre as consequências do reconhecimento da democracia e do processo eleitoral como direitos humanos:

Como consequência desse direito, a todos os habitantes de um país deve ser concedido o acesso a posições de comando dos destinos desse mesmo país.

Enquanto a primeira parte [do artigo XXI, em comento] proclama a democracia e a autodeterminação dos povos, a segunda cuida do *modos* pelo qual os dirigentes deverão ser escolhidos.

O caminho para o acesso de todos é o da eleição periódica, mediante sufrágio universal e igual, no qual não haja nenhum tipo de condicionalismo ou pressão de natureza política ou econômica, que embarace a livre manifestação do povo.

Quanto maior a efetividade na participação de todos no processo eleitoral de escolha dos governantes, mais legítima será a investidura, e melhor estará credenciado o escolhido para cumprir o mandato, fiel aos compromissos assumidos defronte ao povo⁷⁹.

Portanto, democracia, atualmente, pode ser entendida como a forma de governo em que prevalece o povo como titular do poder político, materializando-se esta forma por meio de procedimentos adequados a captar a vontade do povo, que direciona o agir estatal. A partir do preceito da Declaração Universal dos Direitos Humanos, temos que os Estados devem ser democráticos, implicando isso precisamente no direito de todo ser humano de fazer parte do governo de seu país, ter igual oportunidade em acessar serviços públicos e, especialmente, manifestar sua vontade por meio de eleições periódicas em que profira voto livre.

⁷⁸ Conferir texto em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>, acesso em 26/03/2017.

⁷⁹ BALERA, Wagner, Comentário ao artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos in BALERA, Wagner (Coordenador). *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 139/140.

É tal característica, a democracia, que se diz essencial nos Estados atuais, a conformar o Estado Democrático de Direito, caracterizado pelo “*intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente*”. Essa passa a ser a fórmula política adotada “*nas sociedades européias recém-saídas da catástrofe da II Guerra (...) e se firma a partir de uma revalorização dos clássicos direitos individuais de liberdade, que se entende não poderem jamais ser demasiadamente sacrificados, em nome da realização de direitos sociais*”, conformando-se aí “*uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou, mesmo, socialista de Estado*”. Portanto, o “*compromisso básico do Estado Democrático de Direito*” é harmonizar interesses estatais (interesses públicos), individuais (interesses privados) e sociais (interesses coletivos)⁸⁰.

Com essa breve exposição sobre a democracia, aliada ao que já desenvolvemos neste capítulo, cremos ter cumprido nesta dissertação a etapa dedicada a compreender a evolução do Estado desde as Declarações de direitos do século XVIII, incluindo considerações sobre as substâncias econômicas e políticas que têm coexistido em diversas sociedades a disputar a Constituição jurídica estatal. Daí a fórmula política denominada *Estado Democrático de Direito* a querer ser uma ordem jurídica preparada a atender a todas as demandas sociais, das maiorias e das minorias, dos indivíduos e das coletividades. E para arrematar esse capítulo, vemos estrutural compreender que a Constituição mesma passou a ter função diversa da que lhe foi reconhecida ao final do século XVIII. Além da séria disputa por seu conteúdo, isto é, além do que vimos ter sido objetivado nas revoluções socialistas e mesmo nas inovações do capitalismo, em que mais direitos às pessoas e mais deveres aos Estados passam a integrar a Constituição, houve também definitiva evolução na compreensão da normatividade da própria Constituição, enquanto documento jurídico – é o que veremos a seguir.

1.6. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

Vimos que no decorrer do século XX diversas prestações sociais foram inseridas nas Constituições como dever do Estado e este passou a reger e fiscalizar relações econômicas, conformando o Estado social – e também houve inovações na economia, sendo idealizado e

⁸⁰ GUERRA FILHO, Willis Santigago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 172/173.

praticado o neoliberalismo. O *constitucionalismo* também foi renovado, especialmente, após a Segunda Guerra Mundial. A Constituição se consolidou como documento jurídico na segunda metade do século XX, em Estados europeus e americanos, nos quais o tema da força normativa da Constituição passou a ter lugar de destaque.

Diversas posições doutrinárias foram desenvolvidas a partir do reconhecimento da normatividade jurídica da Constituição, de modo que, atualmente, há intenso debate sobre a consolidação de um movimento jurídico que é denominado *neoconstitucionalismo*, tendo como eixo a afirmação e o desenvolvimento da supremacia da Constituição no ordenamento jurídico, com força normativa para efetivar direitos fundamentais e transformar a realidade social. Por primeiro, é relevante conhecer doutrina fundamental sobre a força normativa da Constituição estatal.

KONRAD HESSE é apontado como jurista pioneiro a versar sobre a força normativa da Constituição, já na década de 1950, chamando a atenção para o Direito Constitucional enquanto “*ciência normativa*”, podendo-se “*admitir que a Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado*”. O autor sustentou haver um “*condicionamento recíproco*” entre a norma e a realidade, numa “*relação de coordenação*” entre a Constituição Jurídica e a Constituição Real, esta composta por elementos naturais, técnicos, econômicos, sociais, históricos. A força normativa da Constituição decorreria da pretensão de sua eficácia “*como elemento autônomo no campo das forças do qual resulta a realidade do Estado*” e tal normatividade se aperfeiçoaria na medida em que se realiza essa pretensão. Para o autor, “*embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas*” e, a partir de uma necessidade social e uma “*vontade de Constituição*”, esta se perfaz em “*ordem geral objetiva do complexo de relações da vida*”⁸¹.

LUÍS ROBERTO BARROSO leciona que até meados do século XIX “*a Constituição era vista como um documento essencialmente político*”, isto é, a ela não se atribuía vinculatividade jurídica sobre as atuações dos Poderes Públicos em relação à Sociedade, tendo sido somente após a Segunda Guerra Mundial que a força normativa do documento constitucional se consolidou como novo paradigma para o Direito. Referindo-se ao pioneirismo da doutrina alemã sobre o tema, BARROSO cita a repercussão em outros países europeus e aponta que no Brasil o debate

⁸¹ *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: SAFE, 1991. Texto base de aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959.

sobre esse novo paradigma chega, “*de maneira consistente, ao longo da década de 1980, tendo enfrentado algumas resistências*”. O autor pontua que o reconhecimento da força normativa da Constituição não eliminou as tensões entre “*as pretensões de normatividade do constituinte*” e “*as circunstâncias da realidade fática*”, havendo também “*eventuais resistências do status quo*”. Em todo caso, o novo paradigma determina que “*as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado*”⁸².

AGOSTIN GORDILLO detalha alguns elementos que formam a doutrina da força normativa da Constituição, marcando que uma vez aprovada em “*Convenção Constituinte especialmente convocada*”, ficarão condicionados a ela os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo esta a característica fundamental do “*Estado de Direito: a submissão de toda a organização estatal a um regime jurídico preestabelecido*”. Aí está caracterizada a transição do Estado de legalidade para o Estado de Constitucionalidade, neste em que a Administração está submetida à lei e a lei (o Poder Legislativo) está submetida à Constituição – a soberania do povo não fica representada diretamente pelo Parlamento, mas sim pela Constituição. O autor destaca que “*esta transição dá um papel muito importante ao Poder Judiciário, intérprete último do significado das normas constitucionais e portanto da validade das normas legislativa*”. Assim, a Constituição não servirá a frear a soberania do povo, mas sim a refrear e limitar o Estado, implicando no dever de realizar os direitos dos cidadãos como reconhecidos no plano constitucional, mesmo que ausente lei que regule ou mesmo que haja lei que o contradiga⁸³.

Afirmar a força normativa da Constituição significou, portanto, reconhecer que o texto constitucional é jurídico, então, vinculante e exigível. Estado e Sociedade ficam sujeitos diretamente à normatividade da Constituição, e ambos devem fazê-la efetiva. A efetividade da Constituição, isto é, fazer o Estado e a Sociedade se reproduzirem constitucionalmente adequados, tornou-se campo de amplos debates sobre diferentes graus de normatividade, seu conteúdo normativo, técnicas de interpretação, repartição de competências para aplicação definitiva da Constituição pelos Poderes constituídos, entre outros temas. Atualmente, sob a denominação de *neoconstitucionalismo*, importantes posições buscam aperfeiçoar o Direito,

⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 284/285.

⁸³ *Princípios Gerais de Direitos Público*; tradução de Marco Aurélio Grego. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 58/67.

firmando novos paradigmas de modo a merecer a identificação de algo inovador na dinâmica histórica do *constitucionalismo*.

ARAUJO e NUNES JUNIOR são pontuais sobre o neoconstitucionalismo, referindo-se como “*mecanismo ou técnica de efetividade do texto constitucional, especialmente dos direitos fundamentais*”, contexto em que se verifica a ascensão do Poder Judiciário na relação com demais poderes constituídos⁸⁴. BARROSO também destaca essas transformações no contexto do pós-positivismo, que inclui novos cânones hermenêuticos, com centralidade nos direitos fundamentais, com reinterpretação de princípios clássicos como o da separação dos poderes e incorporação ou redimensionamento de princípios como a dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e reserva de justiça⁸⁵.

Ocorre que o reconhecimento das referidas características no constitucionalismo atual não tem implicado, necessariamente, num avanço constante da doutrina e da jurisprudência brasileiras quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais. São identificados limites à exigibilidade judicial, sob o argumento de insuficiente definição de diversos direitos sociais na Constituição de 1988, bem como em razão da reafirmação do princípio da separação dos poderes e da denominada *reserva do possível* como fatores impeditivos de o Poder Judiciário decidir pela prestação estatal imediata de um determinado direito fundamental social demandado em juízo.

Há doutrina que sustenta forte divergência quando se fala nessas novas características do constitucionalismo, como vemos na posição de ELIVAL DA SILVA RAMOS, para quem o neoconstitucionalismo é uma “*tendência teórica*”, não “*um movimento ou escola, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados e propostas*”. Ao tratar sobre regras e princípios constitucionais, também é enfático ao sustentar haver “*limitação à atuação concretizadora da Constituição pelo Poder Judiciário*”, por tratar-se de atividade reservada ao Poder Legislativo. Ainda, especificamente sobre os direitos fundamentais sociais, sustenta, com referência à classificação das normas constitucionais quanto à eficácia proposta por José Afonso da Silva, que o “*intérprete-aplicador (...) deve concretizar a norma respectiva em termos que a situe como (...) norma de eficácia limitada programática*”, cujo “*âmbito material*” deve ser aferido a partir da “*categoria argumentativa da reserva do possível*,”

⁸⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 29.

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 327-329.

construída pela jurisprudência da Corte Constitucional Alemã”, que implica análise de “condicionantes jurídico-institucionais” e “econômico materiais”.⁸⁶

Pois bem, algumas das considerações feitas por RAMOS serão detalhadas ao longo desta dissertação, especialmente, sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais a partir da Constituição estatal e sobre a denominada reserva do possível como argumento válido a justificar restrições a direitos fundamentais no Brasil. O que devemos reforçar neste item é sobre o neoconstitucionalismo como movimento real que atinge sim caracterizações que marcam o estágio atual do constitucionalismo. Há diversas manifestações doutrinárias que não deixam de apresentar críticas, mas defendem a pertinência de se tratar o constitucionalismo atual como contendo elementos novos, identificando fenômenos específicos novos, e referindo-se, inclusive, a marco temporal em que se verifica o início das novidades no Brasil.

Sobre o neoconstitucionalismo, SARMENTO afirma que tal movimento tem influenciado o Poder Judiciário brasileiro desde o início da década de 1990 como “*novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais*”. As principais características do neoconstitucionalismo são resumidas pelo referido autor: o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização de sua importância no processo de aplicação do direito; rejeição ao formalismo e desenvolvimento de novas técnicas para o raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, teorias da argumentação; constitucionalização do direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; reaproximação do direito e da moral, com abertura à filosofia nos debates jurídicos; e judicialização da política e das relações sociais, “*com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário*”. Para o autor, a origem do neoconstitucionalismo está na superação, após a II Guerra Mundial, do legicentrismo como paradigma até então vigente no direito europeu, que implicava na realização da Constituição somente por iniciativa dos Parlamentos. A par disso, as novas constituições europeias da segunda metade do século XX foram analíticas, com previsão de direitos fundamentais individuais e sociais em textos abertos, o que exigiu do Poder Judiciário

⁸⁶ *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279 e seguintes.

maior atuação interpretativa para controle de validade das leis com objetivo de efetivar as normas da Constituição⁸⁷.

RICARDO MARCONDES MARTINS expõe que o neoconstitucionalismo consiste em uma reação “*contra a teoria hermenêutica própria do positivismo jurídico*”. Neste, o Direito é formado por regras que imputam uma consequência a uma hipótese, aplicando-as por subsunção; e o Direito está restringido ao que está positivado, estabelecido pelo agente competente, não havendo vinculação necessária entre Direito e Moral, esta sendo considerada somente se incorporada por normas editadas pelo agente competente. Nesse contexto, a interpretação realizada pelo magistrado, enquanto agente competente, se dá com “*um amplo poder discricionário, entendido como um espaço de decisão alicerçado numa escolha volitiva do julgador, e não na compreensão das normas vigentes*”. Já no neoconstitucionalismo considera-se o Direito formado por regras e princípios, estes também têm força normativa com pesos variados a serem sopesados à luz do caso concreto, sendo aplicado não por subsunção, mas por ponderação. Os princípios são considerados valores sociais, então, conformam uma ordem objetiva ao serem inseridos na Constituição estatal, cujo sentido jurídico “*independe da opinião do agente competente, daí ser ‘objetiva’, vinculantes para os agentes estatais e para os particulares*” e “*toda a realização do Direito dá-se em prol da concretização dessa ordem de valores*”. Nesse quadro, “*a vontade do agente competente possui um alargado âmbito de decisão, mas esse âmbito é limitado por uma série de restrições valorativas*”, extraindo-se dessa premissa “*uma vinculação necessária entre Direito e Moral*” – esta entendida no neoconstitucionalismo como sinônimo de Justiça⁸⁸.

Para o Poder Judiciário, como referido acima, o neoconstitucionalismo tem significado ampliação da atuação. Mas essa atuação não só é ampliada, mas também requalificada, determinada pela ordem objetiva de valores afirmada com força normativa jurídica

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. in LEITE, Jorge Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2009, p. 9-10. Neste artigo, o autor noticia que a expressão “neoconstitucionalismo” não é empregada entre os norte-americanos e os alemães, sendo conceito desenvolvido na Espanha e na Itália, tendo maior repercussão na doutrina brasileira a partir da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonel, publicada na Espanha em 2003. Embora sem emprego entre norte-americanos e alemães, o autor destaca que os defensores do neoconstitucionalismo apoiam-se em doutrinas bastante heterogêneas, indicando, dentre outros, o norte-americano Ronald Dworkin e os alemães Robert Alexy e Peter Häberle.

⁸⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. in Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. Et all. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2017.

na Constituição estatal. Nas palavras de LORA ALARCÓN, na quadra do “*constitucionalismo atual*” a decisão judicial não é uma decisão qualquer, mas, “*se trata de uma decisão fundada em pressupostos de justiça que a própria Constituição alberga*”. A decisão judicial deverá “*considerar as exigências atuais da democracia e o resultado – a norma de decisão – deve ser motivada com fundamento em princípios constitucionais*”⁸⁹.

Na atualidade, o constitucionalismo está embasado no reconhecimento da força normativa da Constituição de modo a vincular todos os poderes públicos, que deverão realizar suas funções de acordo com a ordem constitucional, para concretização desta ordem, cuja essência é a efetivação dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, enquanto intérprete da Constituição, assume papel político decisivo na medida em que as decisões passam a ser (devem ser) expressões da ordem objetiva de valores constitucionalizada. Uma vez que esta dissertação decorre de uma pesquisa sobre o direito fundamental social à moradia na ordem Constitucional brasileira e considerando a quadra atual do constitucionalismo, entendemos elementar que também sejam analisadas, além de doutrinas, algumas decisões recentes do Poder Judiciário brasileiro que resolvem sobre o direito à moradia – o que faremos no capítulo 6.

A seguir, trataremos sobre a teoria dos direitos fundamentais e, após, sobre o tratamento dado aos direitos fundamentais no contexto do perfil social do Estado brasileiro a partir da Constituição de 1988.

⁸⁹ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. *Constitucionalismo*. in Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. Et all. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2017.

2. TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trataremos neste capítulo de alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais que nos permitirão compreender o direito fundamental social à moradia. Traremos considerações sobre a dignidade da pessoa humana, alguns conceitos e características dos direitos fundamentais, falaremos sobre o princípio da proporcionalidade e, especialmente, sobre as dimensões objetiva e subjetiva de tais direitos. Com tal conteúdo, buscamos suporte para identificar o perfil social do Estado brasileiro; e também consideramos esse estudo indispensável para avaliar, no capítulo 6, o tratamento dado, em recentes decisões, pelo Poder Judiciário brasileiro ao direito à moradia. De início, há importante advertência da doutrina para se atentar a um modelo adequado para o estudo aqui tratado.

Ao se falar em teoria dos direitos fundamentais, GUERRA FILHO alerta que deve-se ter em mente tratar-se de uma teoria jurídica, ou melhor, própria da ciência dogmática jurídica, sendo adequado ter como referencial básico o “*modelo tridimensional*” trabalhado na literatura jurídica alemã que aborda o estudo dogmático do direito numa dimensão analítica, outra empírica e ainda uma dimensão dita normativa. A dimensão analítica reclama a “*construção e aperfeiçoamento de um sistema conceitual no âmbito jurídico, dotado dos atributos de clareza e coerência*”, com um “*trabalho de distinção entre as diversas figuras e institutos jurídicos*”. Já a dimensão empírica se ocupa do direito positivo, como um dado objetivo, embora sendo algo constituído pelo humano, incluindo “*soluções dadas por ordens jurídicas e doutrinas de outras épocas e países, aos problemas colocados em face do Direito positivo estudado, desde que se mostrem com ele compatível*”. A dimensão normativa, “*é aquela em que os estudos mais dependem do recurso à faculdade crítica*”, então, pode ser melhor denominada “*crítico-normativa*”, com avaliação da legislação, da jurisprudência e doutrina ressaltando o componente axiológico, imanente ao Direito, e realizando, inclusive, a crítica da ideologia subjacente ao que está em avaliação. Nessa dimensão normativa da teoria dos direitos fundamentais, “*ela se mostra também como uma doutrina*” ao complementar “*o conteúdo e o sentido das normas, extremamente vagas e abstratas, que tratam da matéria dos direitos fundamentais no plano constitucional, bem como uma fundamentação racional dos juízos necessários à sua aplicação*”,

compromissada, portanto, em “*complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada*”⁹⁰.

Para esta pesquisa mostra-se ideal a abordagem da teoria dos direitos fundamentais sob as citadas três dimensões. Cremos que algum aspecto de cada uma das citadas dimensões está presente de modo difuso no texto. E vale destacar que, ainda neste capítulo, trataremos sobre alguns conceitos da teoria dos direitos fundamentais que entendemos precisamente pertinentes ao trabalho aqui desenvolvido, enveredando-se, portanto, pela dimensão analítica. A dimensão empírica será mais trabalhada nos capítulos seguintes, incluindo análise da ordem constitucional brasileira e da ordem internacional dos direitos humanos sobre o direito à moradia. A dimensão normativa também é explorada, na medida em que formularemos críticas ao tratamento dispensado ao direito à moradia pela doutrina e também por recentes decisões judiciais, tendo como base a temática do Estado social e o dever constitucional de efetivação dos direitos fundamentais.

Então, em continuação, seguindo na dimensão analítica, é primordial relacionar *direitos fundamentais* e *direitos humanos* para entendermos o que os diferencia e o que há em comum. Em seguida, vamos tratar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando trazer referências suficientes à melhor compreensão do perfil social do Estado brasileiro e do direito à moradia – que serão objeto de detida atenção nos capítulos seguintes.

2.1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

A noção de Direitos Humanos na qual se baseia esta pesquisa está sedimentada, especialmente, no movimento decisivo, após da Segunda Guerra Mundial, promovido por Estados ao criarem a Organização das Nações Unidas (ONU) como entidade dotada de atribuições de deliberação, promoção, vigilância e sanção em matéria de direitos entendidos como comuns a todos os seres humanos unicamente pelo fato de serem humanos. Trataremos, no capítulo 4, sobre a institucionalização dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX. Neste item agora desenvolvido, é relevante brevíssima consideração sobre uma ideia original a

⁹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 35/42. O autor esclarece que esse modelo aplicado à teoria dos direitos fundamentais é identificado como “*modelo Dreier-Alexy*”, considerando as obras dos autores RALF DREIER e ROBERT ALEXY. No mesmo sentido: *Idem*. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 78.

respeito do que poderia ser considerado direito comum a toda a humanidade, bem como nos referimos ao que iguala e ao que diferencia os direitos humanos e os direitos fundamentais. Fazer esta relação é relevante nesta pesquisa, pois, veremos que o direito à moradia ingressou na pauta internacional dos direitos humanos desde o início da institucionalização destes no âmbito da ONU, influenciando o ordenamento jurídico e o Poder Judiciário no Brasil.

Para versar sobre os Direitos Humanos, COMPARATO trata do desenvolvimento histórico da noção de pessoa humana dotada de direitos. O autor, com recurso didático, narra sobre cinco fases que podem ser identificadas desde o século VI a.C. até a atualidade, de modo que versa, primeiramente, sobre a importância da relação entre “*leis escritas*” e “*leis não escritas*”, tanto entre os filósofos gregos clássicos como entre os profetas judaicos e cristãos. É destacado pelo referido autor a filosofia estoica, desenvolvida desde o ano 321 a.C., por Zenão de Cítio, em Atenas. Embora sem uma sistematização como praticada hoje, foram os estoicos que defenderam a “*unidade moral do ser humano e a dignidade do homem*”, que por ser filho de Zeus teria direitos inatos e iguais em todo o mundo, “*não obstante as inúmeras diferenças individuais e grupais*”. A evolução histórica é detalhada e COMPARATO destaca também a noção de dignidade da pessoa humana, desenvolvida por Immanuel Kant, já no século XVIII, firme na afirmação do *homem não relativo*, dotado de um fim em si mesmo. A última fase dessa evolução histórica se conformaria com o reconhecimento do homem situado no mundo, contextualizado e identificado somente como um ser humano entre outros seres humanos. COMPARATO ressalta que foram vinte e cinco séculos para que “*a quase-totalidade dos povos da Terra proclamasse, na abertura de uma Declaração Universal de Direitos Humanos, que “todos os homens nascem livres e iguais em direitos”*” e a par disso o direito de cada ser humano ser reconhecido como tal em todos os lugares do mundo^{91; 92}.

⁹¹ COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 11/36.

⁹² COSTAS DOUZINAS também trata sobre os fundamentos dos direitos humanos no pensamento estoico e no cristianismo: “*O racionalismo, o culto ao legislador e às regras, associado ao positivismo jurídico, a celebração dos direitos individuais que derivam da natureza humana, todos eles aparecem juntos pela primeira vez no pensamento estoico mais recente e em Cícero. Porém, a dimensão ontológica da lei também promove ideias de dignidade humana e igualdade social. A lei como razão que cria o mundo impele na direção de uma fraternidade de toda humanidade admitidamente abstrata. Nesse último aspecto, o Direito Natural estoico continua sendo um dos capítulos mais louváveis na história das ideias e está relacionado a teorias mais recentes dos direitos naturais e humanos. Contudo, a principal força a impulsionar o Direito em direção a uma teoria dos direitos naturais foi a sua gradual cristianização (...) as sementes do Direito Natural podiam ser encontradas talvez na afirmação de São Paulo, inspirada nos ensinamentos estoicos, de que Deus colocou a lei natural em nossos corações (Carta de São Paulo aos Romanos, II:15)*” – (*O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2009, p. 67).

Portanto, o que os direitos humanos visam é “a proteção do ser humano em todas as suas dimensões”, sendo aí identificado o que há em comum com os direitos fundamentais, isto é, “protegem o mesmo objeto, nascem com os mesmos propósitos e entre eles parece existir, a *prima facie*, uma relação de derivação”. A diferenciá-los, há “forte tendência doutrinária” que denomina direitos fundamentais aqueles assim reconhecidos numa ordem jurídica interna e direitos humanos os reconhecidos na ordem jurídica internacional, em declarações e tratados internacionais. Nesse quadro, os direitos fundamentais têm por função consagrar “um modelo de Estado”, com força normativa para prescrever direitos exigíveis por via judicial, inclusive. Já os direitos humanos são o resultado do esforço de que todos os Estados cumpram as normas protetivas da dignidade humana, tendo função “normogenética”. Isto significa que os direitos humanos servem de fundamento para consagração de direitos fundamentais ao serem incorporados na ordem interna ou pelo reconhecimento interno dos tratados e convenções internacionais, bem como têm função “translativa”, implicando no deslocamento de determinada questão do plano interno para o internacional se insuficiente a atuação “de um Estado no reconhecimento e na proteção dos direitos essenciais ao ser humano”⁹³.

Portanto, entre direitos humanos e direitos fundamentais são destacados como fatores a diferenciá-los tanto o âmbito de reconhecimento jurídico normativo quanto as funções normativas que lhes são próprias. O que há em comum, então, provocativo de um estudo que transita entre seus âmbitos e funções, é a proteção do ser humano, da dignidade da pessoa humana.

2.2. REGRAS E PRINCÍPIOS: O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do Estado brasileiro, nos termos do artigo 1º, III, da CF. Por estar na Constituição, é de rigor sua compreensão como norma jurídica, que vincula seus destinatários. Por ser fundamento do Estado, vincula a todos, sem exceção, que estiveram sujeitos à força normativa da Constituição. O entendimento sobre como se dá essa vinculação, isto é, como se impõe, é viabilizado com a compreensão da dignidade da pessoa humana como norma jurídica e detalhando que norma é gênero, enquanto

⁹³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatin, 2009, p. 22/24.

regras e princípios são espécies de normas. Como anunciado acima, a distinção entre *regras* e *princípios* – como espécies do gênero *norma jurídica* – é elementar no neoconstitucionalismo.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA trata sobre regras e princípios de forma concisa e clara, destacando fontes da doutrina alemã como respaldo, especialmente, a doutrina de Robert Alexy, e também a lição do norte-americano Ronald Dworkin. Em obra especializada sobre os direitos fundamentais, SILVA apresenta como ponto de partida na teoria dos princípios, notadamente, a distinção entre regras e princípios, referindo-se a possibilidade de várias classificações para tal distinção. O autor afirma que para discorrer sobre direitos fundamentais se mostra melhor a distinção que delimita que as regras impõem “*direitos definitivos*” e os princípios impõe “*direitos prima facie*”. Então, se um direito é previsto em uma regra, “*deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto*”. Se tratar-se de direito previsto em norma princípio, “*não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige*”, havendo “*uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) prima facie e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente*”. Mais especificamente sobre os princípios, aí referindo-se pontualmente à lição de Alexy, SILVA detalha que um princípio deve ser compreendido como “*mandamento de otimização*”, significando que “*a ideia regulativa é a realização máxima, mas esse grau de realização só pode ocorrer se as condições fáticas e jurídicas forem ideais*”, o que dificilmente se verificará, dado que outros princípios poderão incidir no caso, gerando o fenômeno da colisão de princípios⁹⁴.

BARROSO também trata sobre a matéria com bases semelhantes, referindo-se à doutrina de Alexy e à de Dworkin como referências que “*deflagraram uma verdadeira explosão de estudos sobre o tema, no Brasil e alhures*”. Após discorrer sobre as várias formas de classificação para diferenciar as espécies normativas, regras e princípios, BARROSO pontua que é no “*modo de aplicação que reside a principal distinção*”. As regras aplicam-se “*na modalidade tudo ou nada*”: se ocorrer o fato nela descrito, deverá incidir mediante subsunção, deduzindo-se “*uma conclusão objetiva*”, sendo, portanto, “*mandados ou comandos definitivos*”. Quanto aos princípios, “*estes indicam uma direção, um valor, um fim*”, e “*em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles*”, circunstância esta que se resolverá “*mediante ponderação dos princípios e fatos relevantes, e não a uma subsunção*”. Assim, “*somente à luz dos elementos do caso concreto*

⁹⁴ *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 44/46.

será possível atribuir maior importância a um do que a outro”. Em seguida, BARROSO fala sobre “*diferentes papéis desempenhados por cada espécie normativa no âmbito do sistema jurídico*”, cuja transcrição é importante:

O principal valor subjacente à regra é a segurança jurídica. Elas expressam decisões políticas tomadas pelo constituinte e pelo legislador, que procederam às valorações e ponderações que consideraram cabíveis, fazendo com que os juízos por eles formulados se materializassem em uma determinação objetiva de conduta. Não transferiram, portanto, competência valorativa ou ponderativa ao intérprete, cuja atuação, embora não seja mecânica – porque nunca é –, não envolverá maior criatividade ou subjetividade. Regras, portanto, tornam o Direito mais objetivo, mais previsível e, conseqüentemente, realizam melhor o valor segurança jurídica.

Princípios, por sua vez, desempenham papel diverso, tanto do ponto de vista jurídico como político-institucional. No plano jurídico, eles funcionam como referencial geral para o intérprete, como um farol que ilumina os caminhos a serem percorridos. De fato, são os princípios que dão identidade ideológica e ética ao sistema jurídico, apontando objetivos e caminhos. Em razão desses mesmos atributos, dão unidade ao ordenamento, permitindo articular suas diferentes partes – por vezes, aparentemente contraditórias – em torno de valores e fins comuns. Ademais, seu conteúdo aberto permite a atuação integrativa e construtiva do intérprete, capacitando-o a produzir a melhor solução para o caso concreto, assim realizando o ideal de justiça⁹⁵.

Tais lições que diferenciam regras e princípios se mostram suficientes neste item da pesquisa e ressaltamos antes da citação tratar-se de transcrição importante, pois, a dignidade da pessoa humana é um princípio, então, compõe a identidade ética e ideológica do sistema jurídico que a adota, como é o caso da Constituição brasileira. A dignidade da pessoa humana permitirá, ainda, conformar o sistema jurídico como uma unidade e necessariamente implicado na busca de um ideal de justiça.

SARLET, ao tratar do “*princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*”, assim se expressando considerando que nossa Constituição define seus *princípios fundamentais* no Título I, ressalta ser demais relevante que nossa Carta seja inaugurada com um artigo que traz tal norma, evidenciando a vinculação elementar do Estado com a realização dela, isto é, o Estado existe em função dela. O autor refere-se à doutrina portuguesa de Vieira de Andrade, que “*identifica os direitos fundamentais no seu conteúdo comum baseado na dignidade da pessoa humana*”. Tal posição repercutiu na doutrina brasileira, mas SARLET, embora admire tal

⁹⁵ *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226/232.

entendimento do jurista português, considera algo passível de discussões quando aplicado em nossa ordem, dado o extenso catálogo de direitos fundamentais, então, exigente de estudos específicos. Em todo caso, o autor elenca as diversas referências à dignidade da pessoa humana em nossa Constituição, ao versar sobre a ordem econômica orientada a assegurar uma existência digna a todos, quando fundamenta a ordem familiar, quando é garantida a dignidade às crianças e adolescentes⁹⁶.

Tratar sobre a dignidade da pessoa humana é algo demais atraente, mas é necessário trazer o que entendemos indispensável à presente pesquisa. Daí que cogitamos destacar que se trata de um princípio com função elementar em tema de direitos fundamentais, bem como sendo adotado como princípio fundamental no Estado brasileiro. Além dessas considerações gerais, cremos ser estrutural também apontar um conceito.

BARROSO registra que a dignidade da pessoa humana tem origem religiosa, de respeito ao próximo, tendo também desenvolvimento filosófico, especialmente, por Immanuel Kant, que defendeu ser ético que o indivíduo tenha uma conduta que possa torna-se lei universal e que deve ser tratado como um fim em si mesmo, não como meio de realizações coletivas ou mesmo de outros indivíduos. Daí ter afirmado que coisas têm preço, enquanto pessoas tem dignidade. A partir desses apontamentos, BARROSO afirma que *“o princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo”*, relacionando-se *“tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência”*. Para o referido autor, *“a dignidade da pessoa humana está no núcleo dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física quanto moral”*⁹⁷.

A consideração de que a dignidade da pessoa humana tem origem religiosa e desenvolvimento filosófico também é registrada por NUNES JUNIOR, quem traz um conceito cuja abrangência entendemos ser elementar para esta pesquisa, nos seguintes termos:

Destarte, podemos conceituar dignidade da pessoa humana como o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não

⁹⁶ A eficácia dos direitos fundamentais. 12ª ed. Porto Alegre: Libreria do Advogado Editora, 2015, p. 94/99.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 272/276.

como um meio, o que o faz dignatário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que apresenta uma feição negativa e uma positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito a sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra). A segunda consubstancia a exigência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por ex., relações de trabalho, consumo etc.)”⁹⁸.

Entendemos ser um conceito que melhor embasa esta pesquisa, pois, situa a dignidade da pessoa como princípio que conforma um regime jurídico ao ser humano perante o Estado e a Sociedade. Também é de grande importância a expressão como norma de feição negativa e positiva, abarcando a proteção do indivíduo, incluindo a incolumidade social, bem como a exigibilidade de prestações perante o Estado. É um conceito denso, cujo desenvolvimento de todos os elementos demandaria outro propósito para esta pesquisa, mas nos dispusemos a pesquisar com maior detalhamento, no que pertinente aos direitos fundamentais, as dimensões negativa e positiva (item 2.5., sobre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais), bem como o tema do direito ao mínimo vital (nos itens 3.3, 5.3 e no capítulo 6, quando analisaremos algumas decisões judiciais relevantes na tutela do direito fundamental social à moradia). A seguir, traremos conceitos de direitos fundamentais, aderindo a um deles, e elencaremos as características comuns a esses direitos. Após, trataremos do princípio da proporcionalidade como instrumental de solução para casos em que se dá colisão de princípios ou direitos fundamentais.

2.3. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há muitos conceitos de direitos fundamentais. São comuns alguns elementos e se verifica a intenção de cada autor em formular considerações sobre o aspecto formal ou material da *fundamentalidade* desses direitos. O que há de comum é a referência a serem direitos que relacionam pessoas e Estado, com a finalidade de limitar este para preservar aquelas e, para isso, entendidos como integrantes da Constituição por se tratar de diploma jurídico dotado de supremacia no ordenamento.

⁹⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 114 e 219.

Um conceito que ressalta o aspecto formal dos direitos fundamentais pode ser encontrado na doutrina de DIMOULIS e MARTINS. Os autores ressaltam que “*a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal*”, caracterizada “*somente mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional*”. Apresentam o seguinte conceito:

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual⁹⁹.

Outro conceito é proposto por SARLET, a trabalhar os aspectos material e formal. O referido autor ressalta que uma conceituação descritiva, com referências ao conteúdo dos direitos fundamentais, seria viável apenas conhecendo o direito positivo, isto é, um determinado ordenamento. Com tal observação, é apresentado o seguinte conceito:

“Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo)”¹⁰⁰.

Os conceitos citados são acompanhados de fundamentos e esclarecimentos judiciosos. Ocorre que, com o objetivo da presente dissertação em mente, buscamos um conceito que evidenciasse melhor o conteúdo dos direitos fundamentais, o que significa não ressaltar vocabulário clássico a uma categoria de tais direitos (como vemos no primeiro conceito citado) e que não se mantivesse em termos abstratos (como vemos no segundo conceito citado). Daí, aderirmos ao conceito apresentado por NUNES JUNIOR, formulado nos seguintes termos:

“Destarte, podemos conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos

⁹⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. São Paulo, Atlas, 2014, p. 41.

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 78/79.

sociais, econômicos e culturais) e em relação a sua preservação (solidariedade)”¹⁰¹.

Entendemos que o conceito de NUNES JUNIOR melhor embasa nossa dissertação, pois, os direitos fundamentais podem estar positivados não apenas na forma de direito público subjetivo, pois, conforme diferenciado no conceito comentado, também a forma de ser e atuar do Estado conforma direito fundamental. Tal se dá pelo fato de que algumas normas conformadoras do Estado implicam no dever deste em respeitar posições dos indivíduos, cidadãos, grupos, enfim, das pessoas sujeitas à autoridade estatal. Veremos no capítulo 5 que o direito à moradia está positivado na Constituição brasileira por meio de várias estratégias de positivação e mesmo quando positivado por meio de norma programática fica caracterizada normatividade suficiente a exigir do Estado a tutela do direito. Ademais, conforme veremos adiante, no item 2.5., há uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais que implica em força normativa determinante do âmbito de proteção da norma de direito fundamental e o modo de ser do Estado. Portanto, o conceito de NUNES JUNIOR mostra-se mais adequado a esta dissertação e com base no conceito destacado podemos sustentar algumas características comuns aos direitos fundamentais.

A *historicidade* é uma característica que ressalta o surgimento e a permanência de um direito fundamental em razão de circunstâncias próprias de uma determinada época e realidade social, conformando “*um processo dinâmico, imprescindível para que possam acomodar as demandas sociais que, ao largo do tempo, comportam novas interpretações*”¹⁰². O surgimento mesmo de tais direitos é relacionado a momentos críticos, de abusos e agressões contra o ser humano, que reage reivindicando direitos, bem como surge em razão do estágio civilizatório de conscientização e crítica das relações sociais¹⁰³. Ademais, importante marcar que a base histórica da atual compreensão sobre os direitos fundamentais é conformada pelo cristianismo e pelas declarações de direitos do final do século XVIII¹⁰⁴.

Outra característica é a *universalidade*, que implica em reconhecer que todo ser humano é destinatário dos direitos fundamentais, isto é, tais direitos são “*destinados ao ser humano enquanto gênero, portanto, não podem ficar restritos a um grupo, categoria ou classe de*

¹⁰¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 15.

¹⁰² SOUZA, Motaui Ciocchetti. *O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade – ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007. p. 40.

¹⁰³ Nesse sentido: NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 35/36.

¹⁰⁴ Nesse sentido: SOUZA, Motaui Ciocchetti. *Op. cit.*, p. 39/40; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 36/37.

pessoas”¹⁰⁵. Em outras palavras, “os direitos fundamentais não podem ser segmentados ou fragmentários”¹⁰⁶, mas poderão ser específicos a todos os idosos, todas as crianças, todas as mulheres.

Também é identificada como característica dos direitos fundamentais a *limitabilidade*, o que quer significar não se cogitar em direitos absolutos. Embora já se tenha defendido tal hipótese (de direitos absolutos) em doutrina, o constitucionalismo atual “repudia a existência de direitos fundamentais de natureza absoluta, mormente tendo em vista que a dinâmica social culmina por gerar a colisão entre direitos de mesma magnitude”¹⁰⁷. Reconhece-se nessa matéria dois fenômenos: um, possível, a colisão de direitos; outro, então, necessário, a limitabilidade. Se ocorrer a colisão entre direitos fundamentais, isto é, num caso concreto o exercício de um direito se chocar com o exercício de outro, dever-se-á reconhecer a limitabilidade entre ambos. Nesse ponto, NUNES JUNIOR leciona que “os direitos envolvidos na colisão vão reciprocamente se impor limites, para que ambos subsistam aplicáveis e efetivos na situação concreta”, ocorrerá, portanto, uma “cedência recíproca”, mas se envolver direito fundamental e outro valor constitucional, se resolverá pela “maximização do direito fundamental”¹⁰⁸.

Mais uma característica é a possibilidade de *concorrência* de direitos fundamentais. Tal característica reclama atenção para se verificar que em uma situação concreta pode-se estar em exercício mais de um direito fundamental, por um único titular (indivíduo titular; grupo titular), o que repercute em “verificar o conteúdo e o alcance da proteção constitucional”¹⁰⁹. Portanto, vislumbra-se que numa dada situação concreta, caso um indivíduo ou um grupo esteja no exercício de mais de um direito fundamental, haverá aí um conjunto de direitos fundamentais a serem protegidos e garantidos, potencializando a incidência da Constituição, isto é, das normas de direitos fundamentais.

Também é característica dos direitos fundamentais a *irrenunciabilidade*. Nesse ponto, sustenta-se que os direitos fundamentais são intransferíveis, inegociáveis, indisponíveis e

¹⁰⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 37.

¹⁰⁶ SOUZA, Motaui Ciocchetti. *O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade – ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007, p. 40.

¹⁰⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 41.

¹⁰⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 39/41.

¹⁰⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 41/42.

imprescritíveis¹¹⁰. Por conformarem a “*densificação do princípio da dignidade humana*” e serem entendidos como “*inatos aos seres humanos*”, estes não podem renunciar a eles, pois a condição humana implica em ser “*dignatário de direitos mínimos*”. Então, a caracterização dos direitos fundamentais como irrenunciáveis aproveita a afirmação mesma da sua “*categoria jurídica*”, isto é, de ser um direito fundamental¹¹¹.

Por fim, NUNES JUNIOR afirma a *autogeneratividade* como característica dos direitos fundamentais. O referido autor considera o caráter histórico dos direitos fundamentais e a relação destes com os direitos humanos para afirmar que “*os direitos fundamentais contribuem para o desenvolvimento de uma supraconstitucionalidade autogenerativa*”. Tal característica se evidencia com a constatação de que “*os direitos fundamentais, de um lado, assim o são por se consubstanciarem em normas constitucionais, mas, por outro, constituem o alicerce de legitimação da própria ordem constitucional*”. Nesse quadro, os direitos fundamentais, mesmo incorporados na ordem constitucional positiva, mantêm traços dos momentos anteriores na história, quando mais identificados com o jusnaturalismo ou divinizados, preservando, então, noções de “*uma concepção de justiça desenraizada da ideia de Estados soberanos ou de ordens jurídicas específicas*”¹¹².

O elenco de características evidencia a complexidade da proteção jurídica aos direitos fundamentais. Cada qual poderia ser melhor explorada, como se vê com a historicidade, convidando ao estudo do surgimento e evolução de reivindicações sociais que culminaram com inovações ou mesmo revoluções nas relação entre Estado e Sociedade, algo que fizemos no capítulo 1, ainda que de forma genérica, sem foco em um direito específico. Tal característica, a historicidade, pode ser verificada no caso do direito à moradia ao considerarmos que já no século XIX, em razão das mazelas causadas pelo capitalismo liberal, a questão da moradia – da escassez e da inadequação – ganhou campo, como citado no item 1.4. Mas uma das características comentadas, a limitabilidade, é que será mais desenvolvida, isto é, em dois momentos da dissertação trataremos sobre quais parâmetros o Direito tem para resolver determinados casos em que a limitabilidade se evidencia. Isso será tratado ao falarmos do direito ao mínimo vital (nos itens 3.3. e 5.3) e, no item a seguir, no qual trataremos do princípio da proporcionalidade.

¹¹⁰ SOUZA, Motaui Ciocchetti. *O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade – ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007, p. 42/43.

¹¹¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 38/39.

¹¹² *Idem, ibidem*, p. 38.

2.4. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE APLICADO EM CASO DE COLISÃO DE DIREITOS

Citamos acima que a limitabilidade é uma das características dos direitos fundamentais, pois, é possível que ocorra colisão entre direitos fundamentais, exigindo que a solução não sacrifique qualquer dos direitos envolvidos, para que permaneçam efetivos e aplicáveis, em alguma medida. Será o princípio da proporcionalidade a norma que viabilizará a solução de um caso em que ocorra a colisão de princípios e de direitos fundamentais.

GUERRA FILHO leciona que o princípio da proporcionalidade é uma necessidade do ordenamento jurídico que institui um Estado Democrático de Direito por meio de uma Constituição que emprega muitos princípios. Ademais, o princípio da proporcionalidade deve ser “*entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental, em situação de conflito com outro(s), na medida do jurídico e faticamente possível*”. Para cumprir tal função, entende-se que é composto por “*três princípios parciais*” denominados proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. O primeiro “*determina que se estabeleça uma correspondência*” entre a finalidade da norma jurídica com o meio que se emprega para atingir tal fim, devendo ser “*juridicamente a melhor possível*” para não ferir o “*conteúdo essencial de um direito fundamental, com desrespeito intolerável da dignidade humana*”, devendo ser apuradas mais vantagens do que desvantagens no atendimento dos “*interesses de pessoas, individual e coletivamente consideradas*”. Já a adequação e a exigibilidade são pertinentes a aspectos fáticos do caso, havendo adequação quando “*o meio escolhido se preste para atingir o fim estabelecido*”; e exigibilidade quando outro meio não for eficaz para atingir o fim¹¹³.

Encontramos na doutrina a relação entre o princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade. BARROSO narra que o princípio da razoabilidade tem origem e desenvolvimento no direito norte-americano, pertinente ao devido processo legal substancial, servindo ao Poder Judiciário para controlar o exercício da discricionariedade pelo Poder Legislativo em matéria de direitos fundamentais. Por sua vez, o princípio da proporcionalidade surge no direito administrativo alemão, onde o Poder Judiciário dele se utilizou para controle da discricionariedade do Poder Executivo, valendo-se do “*desenvolvimento dogmático mais*

¹¹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noções fundamentais sobre o princípio da proporcionalidade*. in Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. NOVELINO, Marcelo (organizador). 2ª ed. Salvador/Ba: Editora JusPodium, 2008, p. 52/53.

analítico e ordenado” próprio ao direito romano-germânico. Para BARROSO, “*um e outro abrigam os mesmos valores subjacentes: racionalidade, justiça, medida adequada, senso comum, rejeição aos atos arbitrários ou caprichosos*”. Por isso, “*são conceitos próximos o suficiente para serem intercambiáveis, não havendo maior proveito metodológico ou prático na distinção*”¹¹⁴. Nesse sentido, também é a lição de BASTOS¹¹⁵. E também já nos manifestamos com apoio nessa concepção¹¹⁶, mas aqui devemos revisar nossa posição.

O princípio da proporcionalidade, especialmente por trazer desenvolvidos seus três princípios parciais, não deve ser considerado como equivalente ao princípio da razoabilidade quando empregados. Nesse sentido, GUERRA FILHO pontua que o princípio da razoabilidade “*é uma vedação de que se perpetre abusos com o direito*”. Já o princípio da proporcionalidade “*é uma exigência de racionalidade, pressupondo já a razoabilidade*”, e, quando aplicado, servirá a alcançar solução “*racionalmente proporcional, por ser além de necessária e exigível, a que melhor promove os direitos (garantias e princípios constitucionais) fundamentais em seu conjunto*”, de modo que “*o trabalho com a proporcionalidade começa quando termina aquele com base na aplicação do princípio da razoabilidade*”¹¹⁷.

Em um caso de colisão de princípios ou de direitos fundamentais, considerando o contexto atual do neoconstitucionalismo, o método para a solução será a ponderação. Como vimos, os princípios são entendidos como mandamentos de otimização e os direitos fundamentais devem ser realizados em sua máxima eficácia no caso concreto, mas, se houver colisão, onde a eficácia de um implica na restrição de outro, dever-se-á resolver como serão efetivadas as normas pertinentes, sem aniquilar o núcleo essencial de nenhuma. A ponderação deve ser feita pelo agente competente ao formular uma norma. A ponderação ocorrerá no momento legislativo, para ter eficácia abstrata, mas também poderá ter eficácia concreta, em um caso concreto, quando há uma decisão judicial, um ato da administração pública ou em um contrato privado.

¹¹⁴ BARROSO, LUÍS ROBERTO. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 277/280.

¹¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 166/167.

¹¹⁶ BASILI, Hugo O. V. *Improbidade administrativa por ato culposo: inconstitucionalidades e possibilidades de controle*. In *Controle da Administração Pública – Temas atuais*. CAMMAROSANO, Marcio (coordenador). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda., 2016, p. 99/114.

¹¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Noções fundamentais sobre o princípio da proporcionalidade*. in *Leituras Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. NOVELINO, Marcelo (organizador). 2ª ed. Salvador/Ba: Editora JusPodium, 2008, p. 65.

RICARDO MARCONDES MARTINS resume o método da ponderação nos seguintes termos:

O método proposto pelo neoconstitucionalismo é o da ponderação. Divide-se, basicamente, em três etapas: primeiro, a identificação dos valores (princípios) incidentes no caso concreto e a(s) pretensa(s) medida(s) de concretização; a apuração do peso dos respectivos valores (princípios), o balanceamento desses pesos, tendo em vista o grau de satisfação e não satisfação dos valores (princípios) caso a medida seja implementada; e a enunciação de uma regra, a partir da ponderação efetuada, que determine a implementação da medida¹¹⁸.

O mesmo autor afirma que *“toda norma jurídica é fruto de uma ponderação, ainda que implícita”*, levada a efeito pelo agente competente, sendo que o Poder Judiciário deve verificar se a ponderação realizada pelo agente competente foi correta *“e, caso tenha ocorrido um déficit – não consideração dos princípios e meios de concretização relevantes – ou desproporção – atribuição equivocada de pesos – na ponderação, deverá invalidar a norma abstrata ou concreta editadas”*. Por ser esse o método, o autor ressalta que mesmo uma regra abstrata poderá ter afastada sua incidência no caso concreto, então, *“a regra do tudo ou nada, formulada por Dworkin, é válida apenas prima facie (no plano abstrato), quer dizer, ressalvada a possibilidade de razões contrárias, à luz do caso concreto, justificarem seu afastamento”*¹¹⁹.

Enfim, conhecendo o princípio da proporcionalidade e o método da ponderação, podemos avançar, agora, para tratar sobre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Como veremos a seguir, cada dimensão tem uma eficácia negativa e positiva, o que gera proteção normativa abrangente. Ademais, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais compõe o ordenamento jurídico de modo a conformar o perfil do Estado, que muito a nós aproveitará também para tratar do perfil social do Estado brasileiro, no capítulo 3. Como nossa pesquisa busca a compreensão do direito fundamental social à moradia na ordem constitucional brasileira, é de rigor conhecer sobre o duplo caráter dos direitos fundamentais para, após, apurar como tal se manifesta quanto ao direito à moradia.

¹¹⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. in Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. Et all. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2017, p. 20/22.

¹¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 22.

2.5. DIMENSÃO SUBJETIVA E DIMENSÃO OBJETIVA: O DUPLO CARÁTER DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

Uma abordagem no âmbito da teoria dos direitos fundamentais é o reconhecimento de duas dimensões normativas presentes numa ordem constitucional que os reconhece. Daí, diz-se que há uma dimensão subjetiva, a significar que é reconhecido à pessoa um direito subjetivo, então, passível de exigibilidade e defesa contra o obrigado perante o Poder Judiciário. E também há uma dimensão objetiva, esta com variadas implicações jurídicas, especialmente vinculativas dos entes estatais e de toda interpretação das normas jurídicas do respectivo ordenamento. A doutrina de referência nesse tema é a de KONRAD HESSE¹²⁰, quem expressa que os direitos fundamentais têm “*várias camadas de significados*”, podendo ser identificado o “*duplo caráter dos direitos fundamentais*”, configurando as referidas dimensão subjetiva e dimensão objetiva.

Chama a atenção o fato de a doutrina ressaltar que estamos diante de “*uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais*”¹²¹. A evolução da teoria dos direitos fundamentais nesse ponto (a identificar uma dimensão subjetiva e outra objetiva) ganha forma definitiva a partir da década de 1960 e é associada à superação do modelo de Estado liberal, já que “*tornou-se historicamente evidente que o simples reconhecimento de liberdades era insuficiente para garantir as promessas do Estado constitucional*”, daí emergindo a necessidade de intervenção estatal “*nos processos econômicos com o fim de garantir a liberdade possível para todos por meio da criação de pressupostos materiais para o exercício das liberdades*”¹²². Também importante mencionar que as doutrinas embrionárias para a identificação de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais foram as de Carl Schmitt, ao desenvolver o tema das garantias institucionais e institutos¹²³, e a de Rudolf Smend, ao versar sobre a dimensão axiológica da

¹²⁰ Vemos, por exemplos, a referência à doutrina de HESSE, nesse ponto, em: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 147 e segs.; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 45; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 78.

¹²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 147.

¹²² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. São Paulo, Atlas, 2014, p. 116.

¹²³ Nesse sentido: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFe, 1998, p. 229, nota 4.

Constituição, com função integrativa apoiada nos valores fundamentais de uma determinada comunidade baseada nos direitos fundamentais¹²⁴.

Pois bem. A dimensão subjetiva, segundo HESSE, conforma “*direitos básicos jurídico-constitucionais do particular, como homem e cidadão*”. Podem ser direitos de defesa contra atos estatais que prejudiquem o particular e podem configurar garantias à liberdade e à igualdade. Direito à liberdade como direito de não sofrer intervenção na vida particular e de cooperar na vida coletiva, podendo ser identificado um aspecto positivo, sendo as liberdades de manifestação, de associação, de confessar uma fé etc., e um aspecto negativo, sendo a liberdade de não fazer nada disso. Direito à igualdade de prestações sociais que já estiverem concretizadas por ato do legislador, pois, tratando-se especificamente da Lei Fundamental alemã, HESSE ressalta que não há direitos a prestações sociais com fundamento originário daquela ordem constitucional, havendo sim a previsão expressa da fórmula geral de Estado de direito social, sem previsão de prestações individualmente exigíveis. Contudo, anota o jurista alemão, “*uma tal conversão é sugerida pelo desenvolvimento estatal-social moderno, no qual liberdade real, em grande medida, tornou-se dependente da criação e garantia de seus pressupostos pelo Estado*”, tendo o Tribunal Constitucional Federal alemão já decidido nesse sentido¹²⁵.

Sobre a dimensão subjetiva, SARLET pontua que ao se identificar um direito fundamental como direito subjetivo quer significar “*que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)*”¹²⁶. DIMOULIS e MARTINS reforçam que na dimensão subjetiva encontram-se os direitos de “*resistir à intervenção estatal*” na esfera de liberdade individual, daí decorrendo que “*o Estado possui a obrigação negativa de não fazer alguma coisa, não intervindo na esfera individual, salvo se houver legitimação ou justificação constitucional para tanto*”; bem como encontram-se os direitos sociais, “*que pressupõem a ação estatal*”, decorrendo “*como efeito a proibição de omissão por parte do Estado*”; ainda, encontram-se os direitos

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 149, nota 425.

¹²⁵ *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAE, 1998, p. 232/238. Hesse refere-se ao caso *Numerus-clausus*, em que se discutiu a exigibilidade de vaga em universidade, oportunidade em que “*a questão de uma pretensão individual concreta a vagas para estudos em universidade foi deixada aberta*” (p. 237, nota 22). O caso citado é precedente relevante e repercutiu na doutrina, tendo em vista abordar o tema da *reserva do possível*, tratada mais adiante nesta dissertação.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 158.

políticos e as garantias processuais¹²⁷. E GUERRA FILHO esclarece que ao se falar em direito fundamental como direito subjetivo, não se deve restringir o entendimento a ‘direito subjetivo público’, pois, “*nem todo direito subjetivo público é direito com estatuta constitucional de um direito fundamental*”¹²⁸.

A dimensão subjetiva, portanto, refere-se aos direitos fundamentais individuais e sociais exigíveis do obrigado, seja o Estado ou um particular. Especialmente quanto aos direitos sociais, considerando que nesta pesquisa avançaremos a detalhar sobre o direito à moradia no Brasil a partir da Constituição de 1988, importa já registrar que há séria diferença entre a ordem constitucional alemã e a brasileira nesta matéria, a justificar a posição de HESSE, mencionada acima, quem ressalta não haver direito subjetivo a prestação social originário na constituição alemã. Nos capítulos seguintes, ao debruçarmos sobre a Constituição brasileira de 1988, veremos que traz elenco de direitos fundamentais sociais e, em vários dispositivos, tutela o direito à moradia, o que exige explorar a normatividade de tal direito no Brasil considerando o contexto normativo constitucional em que inserido.

Tratemos, agora, sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que procuraremos fazer de forma articulada, considerando os vários aspectos que a doutrina desenvolve.

Por primeiro, cabe discorrer sobre o julgamento do caso *Lüth*, em janeiro de 1958, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, quando, considerando arestos anteriores, ficou consignado que além de direitos subjetivos, os direitos fundamentais “*constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos*”¹²⁹. DIMOULIS e MARTINS detalham o caso concreto, que foi uma campanha, promovida por Erich Lüth, no início da década de 1950, para boicote a um filme de autoria de Veit Harlan, “*uma antiga celebridade do cinema nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu*”, quem exigiu em juízo fosse Lüth obrigado a não fazer tal campanha de boicote. Os autores referem-se ao contexto histórico e à série de questões teóricas desenvolvidas

¹²⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. São Paulo, Atlas, 2014, p. 116/117.

¹²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 45.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 149.

na fundamentação do julgado, colacionando trecho muito pertinente ao ponto aqui desenvolvido, quando restou anotado sobre a Lei Fundamental alemã de 1949:

Da mesma forma é correto, entretanto, que a *Grundgesetz*, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico (BVerfGE 2, 1[13]; 5, 85 [134 et seq., 197 et seq.]; 6, 32 [40s]), estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais [...]. Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. (...) ¹³⁰.

DIMOULIS e MARTINS registram que a expressão “*ordem axiológica objetiva*” se justificava à época da decisão, ano 1958, na busca de afirmar novas referência doutrinárias, com aspectos ligados ao direito natural ou mais democráticos, afastando-se de doutrinas positivistas de algum modo ligadas ao passado-recente nazista. Tal expressão foi criticada na doutrina alemã, mas também “*fez escola, influenciando decisivamente a jurisprudência (...) ao mesmo tempo que possibilitou o desenvolvimento não somente da liberdade de expressão como de toda a teoria geral dos direitos fundamentais*”¹³¹.

Alguns aspectos que são notados na dimensão objetiva dos direitos fundamentais são apresentados por HESSE. Há uma relação entre a dimensão subjetiva e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, resultando em “*complemento e fortalecimento recíprocos*” das respectivas normatividades. Por si, a dimensão objetiva conforma “*competências positivas e negativas*” ao Estado, normatizando de qual modo está “*autorizado para exercício do poder jurídico*”, e determina “*o objetivo, os limites e o modo de cumprimento das tarefas estatal-sociais*”, conformando “*princípios da estatalidade jurídica*” e “*vinculativos para todos os poderes estatais*”. Ainda, os “*direitos fundamentais como elementos da ordem objetiva*” ganham repercussão normativa diante “*da tarefa do Estado social moderno de produzir ou de garantir os pressupostos da liberdade jurídico-fundamental*” e contêm “*diretrizes e critérios (objetivos) para a planificação e produção daqueles pressupostos, que os órgãos de formação da vontade*

¹³⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. São Paulo, Atlas, 2014, p. 265. Nesta obra, nas páginas 259/274, os autores contextualizam, trazem longo trecho do julgamento e fazem análise crítica do caso.

¹³¹ *Idem, ibidem*, p. 274.

*política, apesar de toda a liberdade para a configuração em particular, não devem deixar desatendidos”*¹³².

Para melhor definir a dimensão objetiva é necessário compreender que não se trata de outra face da dimensão subjetiva, mas sim as normas de direitos fundamentais têm a função de estabelecer direitos subjetivos e têm outras funções normativas, daí constituírem a dimensão objetiva “*com função autônoma*”. E é algo diverso do reflexo objetivo que gera ao Estado uma competência negativa quando há o reconhecimento de um direito subjetivo à pessoa, então, objetivamente subtrai do Estado a competência de dispor sobre a matéria jurídica sem observar os limites já traçados pela previsão do direito subjetivo¹³³.

Atribui-se à “*dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais*” a implicação de que todo direito fundamental subjetivo será valorado não só por um ângulo individualista, “*mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar*”. Daí que “*o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado*” ao seu reconhecimento na comunidade em que é inserido, então, se diz que “*todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais*”. Mais ainda: com tal reconhecimento funcional, a dimensão objetiva “*legítima restrições aos direitos subjetivos individuais*” e “*contribui para a limitação do conteúdo e do alcance*” destes, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial¹³⁴. Contudo, nesse último ponto, há divergência a sustentar que “*limitações de direitos fundamentais são medidas onerosas que só podem ocorrer no âmbito dos conflitos entre direitos fundamentais*”, sendo descabido identificar limitação a partir da dimensão objetiva¹³⁵.

A reforçar a vinculação estatal decorrente da dimensão objetiva, diz-se que esta é “*onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar*”¹³⁶, revelando-se como “*pautas objetivas de*

¹³² *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFe, 1998, p. 239/244.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 150/151.

¹³⁴ *Idem, ibidem*, p. 151/153.

¹³⁵ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. São Paulo, Atlas, 2014, p. 119/120.

¹³⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 45.

valor e de conformação político institucional do Estado”¹³⁷. Trata-se, portanto, de reconhecer à dimensão objetiva uma normatividade com “*eficácia dirigente*” em relação aos órgãos do Estado, “no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”, ao lado de outras normas específicas que determinam tarefas, fins e programas para efetivação dos direitos fundamentais¹³⁸. Tal obrigação permanente impõe “*deveres de proteção*”, preventivamente, inclusive, contra agressões efetivadas por entes estatais, particulares ou outros Estados, o que “*desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza (por exemplo, por meio de proibições, autorizações, medidas legislativas de natureza penal etc.), com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais*”¹³⁹.

Outra função atribuída à dimensão objetiva dos direitos fundamentais é no campo da interpretação do direito. Associado ao dever de agir do Estado, está o dever de promover o controle abstrato de constitucionalidade, assim “*realiza uma espécie de autocontrole em função dos direitos fundamentais, podendo (e devendo) uma série de autoridades estatais provocar seu exercício*”, o que significa dever de proteção aos direitos fundamentais pelas autoridades e o Poder Judiciário, independente do cidadão demandar a proteção judicial num caso concreto¹⁴⁰. Ainda no campo da interpretação, é reconhecida como efeito da dimensão objetiva uma “*eficácia irradiante*”¹⁴¹ ou “*efeito de irradiação*”¹⁴² dos direitos fundamentais sobre o ordenamento jurídico infraconstitucional a exigir uma “*interpretação conforme os direitos fundamentais*”. Enfim, reconhece-se aos direitos fundamentais, em razão da dimensão objetiva, “*um indubitável sentido epistemológico, pois são igualmente critérios de aferição do grau de correção de uma dada interpretação ou solução dada a problemas jurídicos mais complexos*”¹⁴³.

Por derradeiro, atribui-se também à dimensão objetiva dos direitos fundamentais uma função que repercute na eficácia material da dimensão subjetiva, pois, reconhece-se força normativa com “*parâmetros para criação e constituição de organizações (ou instituições) e para*

¹³⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007, p. 80.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 152/153.

¹³⁹ *Idem, ibidem*, p. 154/155.

¹⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. São Paulo, Atlas, 2014, p. 118. No mesmo sentido, referindo-se à dimensão objetiva como parâmetro de controle de constitucionalidade: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 153.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 153/154.

¹⁴² DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 118/119.

¹⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Op. cit.*, p. 80.

o procedimento”. Uma vez que os direitos fundamentais têm seus conteúdos materiais, deve-se cuidar para que órgãos atuem e procedimentos não se desenvolvam de modo prejudicial aos direitos fundamentais. Mais ainda, devem as normas de organização e procedimentais servirem à “*efetivação da proteção dos direitos fundamentais, de modo a se evitarem riscos de uma redução do significado do conteúdo material deles*”¹⁴⁴.

O que vemos com o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é um enorme campo de desenvolvimento de tais direitos e de aperfeiçoamento do entendimento da relação entre Estado e Sociedade. Os direitos fundamentais reconhecidos a indivíduos, grupos e toda a coletividade quando considerados em conjunto conformam algo demais complexos que deve ser, necessariamente, obedecido enquanto norma jurídica. Nesse contexto, explorar a dimensão objetiva no que conformadora do modo de atuar do Estado, no que determinante da interpretação do ordenamento infraconstitucional e com potencial para delimitar os direitos subjetivos, amplia a densidade normativa de todo e qualquer direito fundamental, o que se mostra essencial para o Brasil, onde direitos fundamentais são violados pelo Estado, sistematicamente.

Avancemos, a seguir, para conhecer sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1988 e como estes conformam o perfil social do Estado brasileiro.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 156/157.

3. O PERFIL SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Realizamos no capítulo 1 um percurso histórico para demonstrar a repercussão jurídica de acontecimentos sociais, econômicos e políticos que foram determinantes das características do constitucionalismo. No capítulo 2, conhecemos alguns aspectos da teoria dos direitos fundamentais. O que até aqui estudado será aproveitado para compreendermos a Constituição brasileira atual, especialmente, seus elementos normativos que nos permitem identificar um perfil social ao Estado, o qual contextualiza a proteção constitucional do direito à moradia.

A Constituição de 1988 é expressa ao definir o Brasil como um Estado Democrático de Direito e tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, nos termos do artigo 1º, *caput*, III e IV. É objetivo do Estado brasileiro erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme expresso no artigo 3º, III. Também estão reconhecidos direitos fundamentais sociais nos artigos 6º ao 11 e em outros dispositivos, especialmente, a partir do artigo 193, que inaugura no texto constitucional o título VIII, Da Ordem Social. São muitas as tarefas atribuídas ao Estado para atender as necessidades da população, como vemos ao prever amplo sistema de seguridade social, ensino gratuito, entre outros serviços, o que é próprio do modelo de Estado social, como vimos nos itens 1.3 e 1.4.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO afirma haver na Constituição de 1988 diversos dispositivos que atestam um ordenamento próprio do Estado social¹⁴⁵. BONAVIDES ensina que “a Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado social” e que esta “modalidade de ordenamento” contém “valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder”. Este autor é incisivo ao afirmar algo fundamental para nossa pesquisa: “os problemas constitucionais referentes a relação de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento”, o Estado social¹⁴⁶.

¹⁴⁵ O autor cita “exemplar e exemplificativamente” os seguintes artigos: 1º, III e IV; 3º, I, III e IV; 7º, II e IV; 170, *caput* e incisos III, VII e VIII; 184; 186, IV; 191; 193; e 194. (*Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 50).

¹⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 371/373.

Aí está o propósito desta pesquisa: estudar questões essenciais à formação histórica do modelo de Estado social e compreender, ainda que de modo sucinto, a normatividade de seus institutos no ordenamento constitucional brasileiro de 1988 para, então, pesquisar neste nível normativo o direito à moradia, na atualidade.

3.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO E SOCIAL DE DIREITO BRASILEIRO E A CONFORMAÇÃO DE UMA ORDEM CAPITALISTA PECULIAR.

Os direitos fundamentais compõem “*a essência do Estado constitucional*”, merecendo previsão ao lado de outros temas essenciais como a forma de Estado, o sistema de governo e a organização do poder, o que pode ser verificado desde a fundação do Estado de matriz liberal-burguesa. Enquanto “*expressões de valores e necessidades consensualmente reconhecidos pela comunidade histórica e espacialmente situada*”, atualmente, no contexto do Estado Democrático de Direito, “*as ideias de direitos fundamentais (e direitos humanos) e da soberania popular (que se encontra na base e forma a gênese do próprio pacto constituinte)*” continuam sendo a medida da legitimidade da ordem jurídica estatal. A partir dessa compreensão, deve-se ressaltar que os direitos fundamentais, além de instrumento de defesa da liberdade individual, conformam “*elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico*”. No caso brasileiro, a partir de 1988, com reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho, do dever de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e com a previsão de grande quantidade de direitos fundamentais sociais e prestações sociais devidas pelo Estado, há de se reconhecer que os direitos sociais “*constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito*”¹⁴⁷.

O reconhecimento de um Estado Democrático e Social de Direito pode ser alcançado também a partir da compreensão da força normativa da Constituição e, em consequência, da efetividade de suas disposições, por meio do estudo das estratégias de positivação verificadas no texto constitucional sobre os direitos fundamentais sociais. Além de evidenciar o que há de cogente na Constituição sobre a matéria, então, passível de cumprimento

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 59/63.

forçado, exigível em juízo, as estratégias de positivação também implicam em identificar um perfil do Estado.

VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR destaca que o estudo das estratégias de positivação se difere do estudo da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, pois, “*as estratégias de positivação dizem respeito aos meios de institucionalização dos respectivos direitos no interior da Constituição*”, havendo um diálogo entre os dois estudos, mas os mesmos não se confundem. Ao lançar a atenção sobre direitos sociais, o autor sustenta que a partir de “*arquetipos jurídicos*” o constituinte de 1988 tratou sobre direitos sociais de modo a implicar numa “*opção socioideológica*” a demarcar o perfil do próprio Estado¹⁴⁸. Em passagem repleta de conceitos elementares à matéria, NUNES JUNIOR situa a temática das estratégias de positivação de direitos em torno da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹⁴⁹, realçando esse aspecto da normatividade de tais direitos na estrutura da Constituição como forma de proteção do cidadão:

Envolvendo obrigações do Estado, direitos do cidadão e, ao mesmo tempo, disciplina da relação entre particulares, a problemática das formas de positivação dos direitos sociais, a nosso juízo, assume peculiar importância, visto que, em verdade, enunciam a estratégia de proteção que o constituinte encampou à busca de concretização desses direitos.

Não se pode descurar que os direitos fundamentais apresentam uma dimensão objetiva, concorrendo para demarcar o perfil do Estado que os reconhece e protege. Desse modo a arquitetura dos direitos fundamentais sociais prenuncia o tipo de Estado e de estrutura socioeconômica que se pretende realizar. São depositários de importante opção ideológica do constituinte, o que realça, evidentemente, a relevância da adequada compreensão das estratégias de proteção utilizadas pela Constituição¹⁵⁰.

Cabe aqui observar que no Brasil “*o posicionamento econômico da Constituição é capitalista*” dada a “*legitimidade de apropriação privada dos meios de produção e de seu produto, bem como pela declaração do postulado da liberdade e, em especial, da livre iniciativa privada*”, havendo traços neoliberais, pois, “*a presença direta do Estado, atuando em regime de concorrência com os agentes privados, em diversos setores econômicos*”, não tem mais lugar, como já tivera no regime constitucional anterior¹⁵¹. Mesmo que consideremos a Carta de 1988 como uma Constituição dirigente, dado “*o conjunto de diretrizes, programas e fins que*

¹⁴⁸ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 97/98.

¹⁴⁹ Conferir sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais: item 2.5 desta dissertação.

¹⁵⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Op. cit.*, p. 74.

¹⁵¹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, p. 118/120.

enuncia, a serem pelo Estado e pela Sociedade realizados”, vinculando-os como “plano global normativo” para “implantar uma nova ordem econômica”¹⁵², a opção do constituinte é por um sistema econômico capitalista, apontado no sentido de um Estado de Direito Social, podendo-se concluir que “a ordem econômica na Constituição de 1988 postula um modelo de bem-estar”, visando a consolidação da democracia¹⁵³.

Com essas primeiras lições, temos apresentados elementos que estão presentes em nossa Constituição. Enquanto prenuncia proteção a diversos direitos sociais, fazendo-os fundamentais na ordem jurídica brasileira, também assegura os fundamentos do capitalismo, incluindo traços do neoliberalismo. Com isso, devemos concluir, pontualmente, que a Constituição foi elaborada tendo o conjunto dos parlamentares da Assembleia Constituinte pleno entendimento da necessidade de princípios do Estado social estarem presentes na Constituição. E esta deveria trazer em seu texto a expressão protetiva a direitos sociais, impondo tarefas ao Estado para satisfação das necessidades sociais, já que optava-se por uma ordem econômica capitalista, geradora de desigualdade social, como a história vinha ensinando.

Para NUNES JUNIOR, dois princípios constitucionais acrescentam ao Estado Democrático de Direito brasileiro um “perfil social” a conformar “o Estado Democrático Social de Direito”, especialmente relacionados às normas cuja técnica de positivação as caracteriza como *programáticas*, sendo o princípio da dignidade humana e o princípio da justiça social, determinantes da juridicidade das normas que definem fins, tarefas e programas ao Estado. Quanto à dignidade humana, aproveita-se como definitiva do perfil social do Estado, pois, influi na interpretação de todo e qualquer direito social a indicar “um mínimo irredutível dos direitos sociais” e eleva a condição humana acima de “interesses secundários da administração pública”, de modo que as “atividades consideradas essenciais à preservação deste núcleo irredutível dos

¹⁵² GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 173.

¹⁵³ GRAU, Eros. *Op. cit.*, p. 307/310. Interessante registrar os conceitos trazidos pelo citado autor para sistema econômico: “O sistema econômico compreende um conjunto coerente de instituições jurídicas e sociais, de conformidade com as quais se realiza o modo de produção – propriedade privada, propriedade estatal ou propriedade coletiva dos bens de produção – e a forma de repartição do produto econômico – há rendimentos da propriedade? ou só rendimento do trabalho? ou de ambos? – em uma determinada sociedade” (ob. cit. p. 80); para modelo econômico: “modelo econômico como configuração peculiar assumida pela ordem econômica (mundo do ser), afetada por determinado regime econômico” (ob. cit., p. 192/193, nota 14); e para regime econômico: “...pode ser definido, na dicção de A. L. Souza Franco, qual a forma como – no âmbito de cada sistema – “o poder (máxime, o poder político) se articula com a realidade econômica. A caracterização do regime econômico é uma moldura explicativa dos princípios da intervenção do Estado e da sua actuação financeira, tanto no plano das ideologias inspiradoras como no das instituições de enquadramento... A noção de regime não se esgota – quer-nos parecer – na forma política do poder, mas inclui as demais formas de poder: os poderes sociais (sindicais, patronais), os próprios poderes econômicos...” (Op. cit., p. 80).

direitos fundamentais sociais” precedem demais elementos da discricionariedade do administrador, sendo cogente realizar o que essencial à preservação da dignidade da pessoa humana. Quanto ao princípio da justiça social, embora “os elementos sócio-ideológicos de nossa Constituição, especialmente os artigos 5º, XXII e 170, demonstram que o constituinte teve o propósito claro de adotar o capitalismo como modelo de organização socioeconômica”, a ordem econômica brasileira deve propiciar dignidade a todos, conforme os ditames da justiça social, evidenciando que os “fatores históricos que impulsionaram o chamado modelo do welfare state” influíram para conformar a ordem brasileira, implicando ao Estado a proteção dos economicamente vulneráveis¹⁵⁴.

Essa vocação do Estado brasileiro também pode ser apurada considerando os objetivos fundamentais expressos no artigo 3º da Constituição, os quais podem ser compreendidos como aperfeiçoamento ou detalhamento do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio da justiça social. Dentre os objetivos fundamentais lá expressos, encontramos o de *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, o que significa que tal sociedade ainda não existe, então, deve ser construída. Ainda, como objetivo fundamental, encontramos o de *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*, no inciso III, o que significa que pobreza e marginalização são fenômenos sociais

¹⁵⁴ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 107/117. Nunes Junior detalha que além dos dois princípios analisados, também há muitos outros dispositivos que compõem o programa constitucional do Estado Democrático Social de Direito brasileiro, nos seguintes termos: “É de se sublinhar que o Estado Democrático Social de Direito não viceja exclusivamente dos já citados princípios, uma vez que permeia toda nossa Constituição. Em abono deste ponto de vista, passemos em revista algumas das disposições constitucionais pertinentes. O art. 1º da Constituição Federal aponta como fundamento da República a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. O art. 3º, indicando os objetivos fundamentais da República, arrola, dentre outros, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalidade; a redução das desigualdades regionais e sociais; e, finalmente, a promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito. Considerando as relações internacionais, o art. 4º aponta a prevalência dos direitos humanos. O caput do art. 5º prescreve que, no país, estão garantidos, dentre outros, o direito à vida e o direito à igualdade, sendo que em seu inciso III proíbe-se o tratamento desumano ou degradante e seu inciso XXXIII indica que toda propriedade privada deve cumprir a sua função social. O art. 6º enumera como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Do art. 7º ao 11, encontram-se os direitos e as garantias dos trabalhadores urbanos e rurais. Os arts. 34, VII, ‘e’, e 35, III, respectivamente, prescrevem como motivo para intervenção federal nos Estados e intervenção estadual nos Municípios a não aplicação dos percentuais constitucionalmente previstos nas áreas de educação e saúde. O art. 134 dispõe sobre a criação da Defensoria Pública, atribuindo-lhe a orientação e a defesa dos necessitados. O art. 145, §1º, hospedou o assim chamado princípio da capacidade contributiva. O art. 170 aponta como princípios da ordem econômica, no inciso III, a função social da propriedade; no inciso VII, a redução das desigualdade sociais e regionais e, no inciso VIII, a busca do pleno emprego. Do art. 193 ao 232 encontramos as disposições atinentes à Ordem Social, somando, portanto, quarenta dispositivos relacionados especificamente ao tema. Diante de tal quadro normativo, é inegável que a Constituição de 1988 concebeu um Estado Democrático e Social de Direito...” (Op. cit., p. 108/109).

presentes que, então, devem ser erradicados, enquanto as desigualdades, reduzidas. Tratam-se de dispositivos de hierarquia constitucional, então, com força normativa que vincula a atuação do Estado em relação à Sociedade, vinculando, à evidência, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

EROS GRAU faz interpretação sistemática da Constituição, relacionando os objetivos fundamentais com os princípios da ordem econômica para ressaltar a ordenação de um capitalismo peculiar sob a regência da Constituição de 1988, um capitalismo em que o Estado atua para reverter resultados de tal sistema econômico que violam direitos constitucionais. O citado autor ressalta que temos princípios normativos, juridicamente vinculantes, enunciados no artigo 3º, definindo objetivos fundamentais do Estado, que são também enunciados no artigo 170, definindo a ordem econômica brasileira. Vale a transcrição longa, dado que se mostra fundamental para evidenciar o raciocínio jurídico necessário nessa matéria:

Erradicação da pobreza e da marginalização, bem assim redução das desigualdades sociais e regionais, são objetivos afins e complementares daquele atinente à promoção (= garantir) do desenvolvimento econômico. Considera-se também o princípio positivado no inciso IV deste art. 3º: promover o bem de todos; e a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, mais o assegurar a todos existência digna como fim da ordem econômica.

O enunciado do princípio expressa, de uma banda, o reconhecimento explícito de marcas que caracterizam a realidade nacional: pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais. Eis um quadro de subdesenvolvimento, incontestado, que, todavia, se pretende reverter. Essa reversão nada tem, porém, em relação aos padrões do capitalismo, de subversiva. É revolucionária apenas enquanto voltada à modernização do próprio capitalismo. Dir-se-á que a Constituição, aí, nada mais postula, no seu caráter de Constituição dirigente, senão rompimento do processo de subdesenvolvimento no qual estamos imersos e, em cujo bojo, pobreza, marginalização e desigualdades, sociais e regionais, atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprias. (...)

O princípio inscrito no art. 3º, III, e parcialmente reafirmado no art. 170, IV prospera, assim – ainda que isso não seja compreensível para muitos – no sentido de, superadas as desuniformidades entre os flancos moderno e arcaico do capitalismo brasileiro, atualizá-lo. Aqui também atua como fundamento constitucional de reivindicação, da sociedade, pela realização de políticas públicas. Suas potencialidades são transformadoras, por outro lado, são, no entanto, evidentes¹⁵⁵.

¹⁵⁵ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 218/220.

Portanto, o Estado brasileiro tem seus objetivos fundamentais diretamente determinantes da ordem econômica constitucionalmente conformada. Como vimos no item 1.4. e reforçado pela citação acima colacionada, capitalismo como sistema econômico e Estado social como modelo estatal não são incompatíveis. Por outro lado, uma vez decidido pelos cidadãos conviverem no capitalismo, ordenar a economia na Constituição e vincular tal ordem econômica aos objetivos fundamentais do Estado (este com evidentes obrigações de transformação da sociedade, especialmente, da realidade determinada pelo sistema capitalista), é de rigor afirmar vigor um sistema capitalista peculiar entre nós.

A caracterização do Estado social combinado com a democracia também pode ser verificado considerando os deveres prestacionais largamente reconhecidos na Constituição de 1988, impondo ao Estado a obrigação de prestar serviços públicos a quem deles necessitar, o que se evidencia diretamente relacionado ao objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, fraterna. PIRES afirma que “*o Estado de Direito Social e Democrático – inequivocamente acolhido em nosso país por meio da Constituição de 1988 –, é então a oportunidade de rever e reconquistar, de reafirmar a liberdade e a igualdade, e pela primeira vez realmente se comprometer com a fraternidade*”. O referido autor traz reflexão que enlaça a técnica de repartição de competência na Constituição de 1988 (ao atribuir a prestação de serviços públicos pelos entes federativos e seus órgãos) com o objetivo constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária, como prescrito no artigo 3º, I, fazendo dessas prestações deveres inerentes ao Estado brasileiro para “*assegurar a dignidade da pessoa humana*”, sendo verdadeiras “*missões públicas*”¹⁵⁶.

Novamente nos atentamos às lições de NUNES JUNIOR sobre as estratégias de positivação de direitos sociais na Constituição e podemos tratar aqui sobre as denominadas “*normas projectivas*”, por implicarem na configuração jurídica de institutos fundantes da ordem econômica capitalista. Exemplos de tais normas são encontradas na Carta, sendo os mais eloquentes os que definem os fins da ordem econômica e a previsão da função social da propriedade privada. Como prescrito que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, há de ser entendida como inconstitucional “*toda e qualquer atividade econômica que vulnere a dignidade da pessoa*

¹⁵⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado Social e Democrático e o serviço público – um breve ensaio sobre Liberdade, Igualdade e Fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117/119.

humana”. Já a propriedade privada tem em sua própria configuração jurídica o elemento social, pois, a função social “*constitui um elemento estrutural do instituto jurídico ao qual se refere*”, assim, “*propriedade privada e função social constituem elementos cognatos de um mesmo instituto jurídico*”, protegido pela Constituição quando conforme esta¹⁵⁷.

Uma vez normatizada em vários dispositivos constitucionais, como vemos no rol de direitos e deveres individuais e coletivos, art. 5º, XXII (é garantido o direito de propriedade) e XXIII (a propriedade atenderá sua função social), no rol de princípios da ordem econômica, no artigo 170, II (a propriedade privada) e III (a função social da propriedade), entre outros, há de se realizar interpretação sistemática e buscar concordância prática na aplicação dessas normas. Interessante colocação é feita por GRAU, ao salientar que há também uma função individual da propriedade privada, como direito individual, “*enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana*”. Por outro lado, quanto às propriedades privadas aplicadas às atividades econômicas (os bens de produção) e as que excedem o necessário à função individual, tais estão sujeitas à normatividade da função social da propriedade. Daí, “*a função social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de não fazer – ao detentor do poder que deflui da propriedade*” e “*passa a integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade*”. E uma vez que propriedade privada e função social da propriedade integram os princípios da ordem econômica, ficam vinculados aos fins desta, o que implica em “*subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna*”.¹⁵⁸

Tal constitucionalização da propriedade privada como direito individual, como princípio da ordem econômica e dotada de uma função social não exclui de definição de conteúdo na legislação civil infraconstitucional, mas passa “*a sofrer a interpretação conforme a Constituição, ou seja, este conteúdo legal há de ser compreendido à luz do impositivo constitucional de que a propriedade cumpra sua função social*”. Com a constitucionalização nos termos como vemos o direito de propriedade na ordem brasileira, “*seriam, pois, exigíveis dentro do conceito de função social todas as condições que visam a satisfazer um interesse público no uso da propriedade, sem, contudo, transformá-la em bem comum ou desconstruir a noção de*

¹⁵⁷ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 161/163.

¹⁵⁸ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 232/248.

titularidade dominial”. Então, ainda como essencial no modelo capitalista de produção, o conteúdo do direito de propriedade foi alterado “*com a declaração expressa de que também a propriedade é alcançada pela concepção social do Direito*”, devendo cumprir uma função social e estar harmonizada “*com a busca da dignidade para todo cidadão*”¹⁵⁹.

Enfim, há no plano constitucional normas de direitos sociais que são projectivas sobre normas que tratam de institutos fundantes da ordem capitalista, então, “*acabam por emprestar um forte significado social a institutos jurídicos essenciais à configuração de nossa ordem econômica*”, tendo, portanto, importância prática, que, no entanto, é “*frequentemente olvidada pelos exegetas da Constituição*”. Com destaque, geram “*situação subjetiva de vínculo negativo*”, vedando que “*qualquer atividade econômica se desenvolva validamente em desconformidade com suas disposições*”, isto é, que flua sem cumprir a função social da propriedade ou que viole a dignidade humana¹⁶⁰.

Portanto, o Estado brasileiro está constituído para nele a sociedade produzir e reproduzir no modo econômico capitalista, mas com peculiaridades. A Constituição impõe uma ordem econômica que assegure uma existência digna, que reduza as desigualdades, então, um capitalismo que não poderá se realizar como já se conheceu que realiza se não houver conformação jurídica aos princípios do Estado social. Uma ordem econômica imediatamente vinculada aos princípios fundamentais do Estado, como é a dignidade da pessoa humana, matriz comum aos direitos fundamentais.

Passemos a seguir à compreensão de dois aspectos dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira.

3.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CLÁUSULAS PÉTREAS E DE APLICAÇÃO IMEDIATA

Há na Constituição de 1988 dois dispositivos que merecem especiais considerações por estruturarem o regime jurídico e evidenciarem a maior relevância no ordenamento pátrio dos direitos e garantias fundamentais. No artigo 5º, §1º, está previsto que “*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”, revelando-se dispositivo voltado à efetivação dos direitos e garantias. Já o artigo 60, §4º, IV, dispõe que “*não será objeto de*

¹⁵⁹ TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 152/153.

¹⁶⁰ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 167.

deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”. Ambos os dispositivos suscitam debates fundamentados em suas respectivas expressões textuais, mas a normatividade no plano constitucional é complexa, merecendo as seguintes anotações nesta pesquisa.

Quanto ao disposto no artigo 60, §4º, identificamos uma limitação material ao poder de reforma da Constituição atribuído aos poderes constituídos, que não poderão deliberar matéria tendente a abolir bem protegido por tal dispositivo. A primeira observação a ser feita é que por se tratar de um dispositivo que limita alteração nas matérias que especifica, é certo que este dispositivo mesmo não pode ser alterado, diminuindo sua abrangência normativa para, por consequência, diminuir a proteção constitucional aos bens ali elencados. Tal expediente é denominado “*dupla revisão*” e deve ser considerado vedado por nosso ordenamento constitucional¹⁶¹. Por isso, há de se entender que “*a proteção é mais extensa que os próprios bens, vedando a deliberação de qualquer matéria tendente a abolir as cláusulas petrificadas*”¹⁶².

Outra observação devida, pertinente ao inciso IV do dispositivo em comento, é sobre a interpretação que lhe é dada, reconhecendo proteger todos os direitos e garantias fundamentais, não só os individuais. SARLET relata algumas interpretações literais e restritivas que concluem por determinar a abrangência normativa de tal dispositivo somente aos direitos e garantias individuais. O autor ressalta que tal conclusão excluiria da proteção contra reforma constitucional os direitos do trabalhador, de nacionalidade, políticos, sociais entre outros que não sejam caracterizados como individuais. Contudo, o autor defende que esse entendimento contraria a Constituição quando se dedica a uma interpretação sistemática de toda a Carta, que evidencia, desde o preâmbulo, expressamente, sua essência em proteger também direitos sociais, bem como prevendo, entre os princípios fundamentais e os objetivos estatais, normas que consagram um Estado Democrático e Social de Direito. O autor também ressalta que “*não é possível extrair da Constituição Federal um regime diferenciado – no sentido de um regime jurídico próprio – entre os direitos de liberdade (direitos individuais) e os direitos sociais*”. Uma vez que o

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 142: “*Em síntese, importa sublinhar que a assim chamada dupla revisão encontra-se vedada no Brasil, no sentido de que o poder de reforma não pode: (a) mediante alteração das regras sobre os limites formais e procedimentais, afastar a rigidez constitucional; dito de outro modo, por meio de uma emenda à Constituição não se pode tornar o processo de alteração do texto constitucional igual ao processo de alteração da legislação ordinária ou complementar; (b) os limites materiais expressos (no caso, elencados nos incisos I a IV do art. 60, §4º, da CF) não poderão ser suprimidos no todo ou em parte; (...)*”.

¹⁶² ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 455.

estabelecimento de cláusulas pétreas visa preservar o que essencial na Constituição, deve-se concluir “*que os direitos fundamentais, expressa e/ou implicitamente reconhecidos pelo constituinte de 1988, estejam situados no título II ou em outras partes do texto constitucional, constituem sempre limites materiais expressos ou implícitos à reforma constitucional*”, cabendo deliberar sobre “*ajustes ou restrições*”, mas não sobre proposta tendente a abolir direito ou garantia fundamental. Ainda, também devem ser consideradas cláusulas pétreas os direitos inseridos na Constituição, por meio de emenda, com a qualidade de direito fundamental, pois, injustificável reconhecer a fundamentalidade de um direito sem o entender protegido como os demais direitos fundamentais¹⁶³.

Sem dúvidas a melhor interpretação sobre a abrangência normativa da restrição material à reforma da Constituição, prevista no artigo 60, §4º, IV, deve passar pelo questionamento do que seja essencial na ordem constitucional e não ficar presa ao texto do dispositivo. Como visto acima, a Constituição de 1988 conforma um Estado Democrático e Social de Direito, então, o que essencial nesta fórmula política deve ser entendido como protegido pelo constituinte originário contra possíveis oscilações políticas nos órgãos constituídos. Os direitos sociais, portando, enquanto direitos fundamentais, também estão protegidos como cláusulas pétreas, limitando o Poder Legislativo nas intenções de reforma da Constituição.

Outra questão relevante gira em torno do disposto no artigo 5º, §1º, da Constituição de 1988, que traz a seguinte redação: “*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Por primeiro, deve-se marcar que, embora localizado no artigo 5º, é equivocado interpretar tal dispositivo como pertinente somente aos direitos e garantias previstos no referido artigo, sendo também pertinente aos direitos e garantias previstos em toda a Constituição¹⁶⁴, conclusão esta que parte, inclusive, do próprio texto que repete a expressão contida no enunciado do Título II da Constituição, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, que inclui cinco capítulos sobre direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 143/152.

¹⁶⁴ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 270/271. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5ª. São Paulo, Atlas, 2014, p. 95. GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 324.

Interessante para estudar a normatividade do artigo 5º, §1º, da Constituição brasileira, que trata sobre a aplicabilidade de todos os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, é comparar com dispositivo da Constituição Portuguesa que é expresso ao diferenciar o regime jurídico dos “direitos, liberdades e garantias” em relação ao dos “direitos econômicos, sociais e culturais”, conforme salientado por QUEIROZ¹⁶⁵. Na Constituição brasileira inexistente diferenciação expressa sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais, daí o posicionamento de SARLET, que refere-se à distinção entre os textos constitucionais brasileiro e lusitano para afirmar que a força normativa do art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental sustenta a aplicabilidade imediata “de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Título II da Constituição (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais”¹⁶⁶.

Ademais, muito é discutido sobre o significado da expressão *aplicação imediata* e qual a normatividade de tal dispositivo. Algumas posições doutrinárias ressaltam aspectos textuais para chegar a conclusões. FERREIRA FILHO diz que é “compreensível e louvável” a intenção do constituinte que se mostra voltada a “evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação”. Mas o referido autor considera que somente se pode reconhecer aplicabilidade imediata se as normas forem “completas na sua hipótese e no seu dispositivo”, se “seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado”. Sem tais requisitos, a norma constitucional sobre direitos e garantias fundamentais “não é executável pela natureza das coisas”. O autor é enfático: “ora, de duas uma, ou a norma definidora de direito e garantia fundamental é completa, e, portanto, autoexecutável, ou não o é, caso em que não poderá ser aplicada”¹⁶⁷.

Outra posição que também considera os elementos textuais, melhor dizendo, insuficiência textual, em linha de raciocínio jurídico semelhante à trazida acima, é a de DIMOULIS e MARTINS, para quem o artigo 5º, §1º, da Constituição é expresso ao reconhecer aplicabilidade imediata às “normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”, então, as normas que não são “definidoras”, isto é, que forem insuficientes ao delimitar um direito, estas “não são

¹⁶⁵ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Portugal, Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 15.

¹⁶⁶ Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. Coordenação LEITE, GEORGE SALOMÃO; SARLET, INGO WOLFGANG. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 226.

¹⁶⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

imediatamente aplicáveis na realidade social”, pois, “impossível aplicar um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício”¹⁶⁸.

Mas outras considerações são feitas por EROS GRAU para atribuir ao art. 5º, §1º, e em especial à expressão *aplicação imediata*, maior importância no ordenamento constitucional, ressaltando que o Poder Judiciário deverá, em cada caso concreto, dar efetividade ao direito. O autor lembra que a Constituição, por si só, não transforma e encontra limites na realidade, mas que cabe ao Poder Judiciário, considerando um caso concreto, torná-la efetiva quando houver violações praticadas pelo Poder Executivo (se não realizar uma política pública devida) ou pelo Poder Legislativo (se deixar de integrar o ordenamento com novas leis). Especificamente quanto à expressão *aplicação imediata*, o autor pontua que “*aplicar o direito é torná-lo efetivo*”, de modo que “*dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é auto-suficiente*”. Por ser o Poder Judiciário “*o aplicador último do direito*”, então, “*preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário*”, de modo que “*estará autorizado a inovar o ordenamento jurídico suprimindo, em cada decisão que tomar, eventuais lacunas que, não estivesse o preceito dotado de aplicabilidade imediata, atuariam como obstáculo à sua exeqüibilidade*”. Tal atuação inovadora para suprir lacunas não poderá ser recebida com surpresa, pois, “*a atribuição dessa autorização ao Judiciário não se vai além do que desde há muito determina o art. 4º da LICC*”, assim expresse: quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. GRAU sustenta ainda que, “*se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exeqüível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir o direito*”, limitado pelos princípios jurídicos e sob o manto da supremacia da Constituição¹⁶⁹.

Também reconhecendo normatividade importante ao artigo 5º, §1º, da Constituição, SARLET sustenta “*que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais*”. Dada a clareza do texto da Constituição, há de se reconhecer “*o efeito de*

¹⁶⁸ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, LEONARDO. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96-97.

¹⁶⁹ GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 312/316. A referência ao “art. 4º da LICC” é referência ao artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Lei n. 4.657/42 com redação dada pela Lei n. 12.376/2010.

gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”, o que significa que eventual recusa em aplicação deverá ser fundamentada com “*convincente justificação a luz do caso concreto*”. Para o autor, “*os direitos fundamentais possuem, relativamente às demais normas constitucionais, maior aplicabilidade e eficácia*”, podendo existir, entre as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, “*distinções no que concernente à graduação desta aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada preceito desempenha*”¹⁷⁰.

Formular considerações sobre as formas (ou estratégias) de positivação e o objeto do direito implicaria em adentrar detalhadamente em muitas variantes, o que só será possível especificamente sobre o direito à moradia, no próximo capítulo. O que aqui ainda cabe abordar – para aperfeiçoar o entendimento sobre a expressão “*aplicação imediata*” e sua normatividade – é sobre a função do preceito constitucional, se aplicado como direito de defesa ou direito à prestação. Como já ventilado, ao se falar em *função* dos direitos fundamentais, há relevante diferenciação sobre direitos de *status* positivo (relacionados aos direitos sociais) e direitos de *status* negativo (relacionados aos direitos de liberdades). Enquanto os primeiros conformariam ao titular o direito a uma prestação oponível ao Estado (um *fazer* – direito à prestação), os direitos de *status* negativo conformariam ao titular o direito de exigir do Estado que não intervenha em determinada posição jurídica (um *não-fazer* – direito de defesa)¹⁷¹.

Sustenta-se sobre a plena eficácia dos direitos de defesa, que tal se realiza por uma conduta de abstenção dos destinatários da norma, sejam os poderes estatais ou os particulares, pressupondo que “*as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, suficiente normatividade e independente de concretização legislativa*”. A partir disso, é assegurada “*plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em juízo*”. E mesmo se forem positivados com “*expressões vagas e abertas, que reclamam o preenchimento por meio do recurso à hermenêutica*”, será dever do órgão estatal, especialmente do Poder Judiciário, se acionado, interpretar o dispositivo em nível constitucional para realizar a aplicação imediata¹⁷².

Já quanto aos direitos a prestações, reforça-se que as variantes decorrentes da estratégia de positivação e as peculiaridades de cada objeto específico do preceito constitucional

¹⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 278/280.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 560 e seguintes.

¹⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.*, p. 283/284.

serão determinantes das possibilidades da aplicação imediata. Em regra, tais direitos são dependentes de intervenção do legislador e de disponibilidade de recursos para serem realizados, questões que conformam fatores problemáticos, mas não impedem alguns pontos seguros.

É certo que, de modo geral, o objeto dos direitos prestacionais, enquanto direitos sociais, “*consiste precisamente em realizar e garantir os pressupostos materiais para uma efetiva fruição das liberdades*” e “*encontram-se intimamente vinculados às tarefas de melhorias, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos os que deles necessitam*”. Quando positivado na Constituição de forma a configurar direito subjetivo, como se vê, sem dúvida, quanto ao direito à saúde e ao direito à educação, a aplicabilidade imediata viabiliza a fruição do direito como definido no plano constitucional. Se a positivação vier por outra forma, como normas programáticas, ter-se-á uma indeterminação do que é exigível, mas uma certeza de que se trata de bem jurídico tutelado pela Constituição. Com tal constatação em mente, a aplicabilidade imediata será realizada (1) para acarretar a “*revogação dos atos normativos anteriores e contrários*” ou uma “*reinterpretação*” dos atos normativos anteriores não incompatíveis atribuindo-lhes nova significação adequada à nova ordem; (2) para reconhecer a vinculação do legislador em concretizar o direito (criando leis que viabilizem seu pleno gozo) e respeitar os limites constitucionalmente assegurados; (3) como parâmetro de controle de constitucionalidade dos atos normativos posteriores; (4) como parâmetro de interpretação, integração e aplicação de todas as normas do ordenamento constitucional e infraconstitucional, vinculando também o Poder Executivo e o Poder Judiciário; (5) para reconhecer uma dimensão negativa, pois, mesmo os direitos prestacionais “*geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva*”, “*no mínimo, direito subjetivo no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da norma que consagra o direito fundamental*”; e, por fim, (6) para reconhecer a denominada “*proibição de retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas*”¹⁷³.

Portanto, o que se deve compreender sobre o dispositivo previsto no art. 5º, §1º, da Constituição brasileira é tratar-se de norma principiológica, impositiva de se aplicar normas constitucionais sobre direitos e garantias fundamentais para lhes reconhecer a máxima

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 289/292 e p. 300/307.

efetividade. Tal pressuposto implica em não ser adequado buscar exclusivamente no texto constitucional o pleno entendimento sobre o direito e a garantia, devendo-se também atentar-se à realidade do caso concreto pertinente ao bem constitucionalmente protegido. Especialmente quanto aos direitos sociais, como visto acima, a tais deve-se reconhecer aplicação imediata condicionada a variantes decorrentes da forma de positivação, do objeto específico e sua função. Em todo caso, considerando a determinação constitucional para aplicação imediata, uma série de efeitos jurídicos será própria às normas definidoras de direitos fundamentais sociais, notadamente, para controle de constitucionalidade, para interpretação e integração do ordenamento e, sempre, para reconhecer uma dimensão negativa que vincula os poderes estatais a não praticarem condutas, ativas ou omissivas, isto é, que se abstenham de praticar condutas de modo a prejudicar a realização do conteúdo do preceito constitucional.

3.3. O MÍNIMO VITAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

Conhecido o perfil social do Estado brasileiro e vistas algumas questões que envolvem o regime jurídico constitucional para os direitos fundamentais, em especial, sobre a aplicabilidade das normas definidoras desses direitos, cumpre ainda detalhar sobre o que a doutrina desenvolveu denominando *mínimo vital*¹⁷⁴, relacionado, por sua vez, com a denominada *reserva do possível*. Tal se mostra adequado para podermos nos debruçar sobre o direito fundamental social à moradia nos próximos capítulos, vez que a doutrina mais abalizada e algumas decisões judiciais entendem tal direito como integrante do mínimo vital.

Em relação ao *quanto* de direito fundamental social que deve ser assegurado, foi desenvolvida a teoria do *mínimo vital*. O denominado *mínimo vital* não se confunde com o *conteúdo mínimo* do direito fundamental, este “*que enuncia a essência do direito cogitado, que não pode ser objeto de supressão ante qualquer panorama histórico ou ante quaisquer eventuais limites*”. Já o *mínimo vital* é paradigma que sustenta haver um piso material para o ser humano preservar a própria vida e se integrar à sociedade, de modo que qualquer que seja a “*forma de organização socioeconômica*” do Estado, deve haver um comprometimento “*com a preservação*

¹⁷⁴ Fala-se em *mínimo vital* e *mínimo existencial*, sendo que a diferença nas expressões não é relevante, já que adotando uma ou outra, os autores destacam que importa compreender que não se tratar de um mínimo para manter-se vivo, mas sim para viver com dignidade material e inclusão social, dispondo para si de um patamar suficiente para uma vida digna e para participação na vida social. Para esta pesquisa, adotamos a expressão *mínimo vital*.

da dignidade material de todas as pessoas”¹⁷⁵. Não se deve entender por *mínimo vital* direito “a um objeto fixo, muito menos a um valor pecuniário”, mas sim direito a um “conjunto de prestações indispensáveis” para assegurar uma vida digna com satisfação material mínima e para exercício das liberdades¹⁷⁶. Então, trata-se de parâmetro que viabiliza verificação da satisfação constitucionalmente adequada do patamar mínimo dos direitos fundamentais sociais.

Trata-se de criação judicial promovida na Alemanha, a partir da década de 1950, sob influência da doutrina, tendo sido reconhecida “a existência de um direito fundamental subjetivo não escrito à garantia dos recursos materiais mínimos necessários para uma existência digna”. O fundamento para tal direito encontra-se mesmo na dignidade da pessoa humana como fundamental na ordem constitucional daquele país, cuja realização somente se dá com o exercício das liberdades e a disponibilidade de condições materiais mínimas, o que decorre do princípio de Estado social. No Brasil, o mínimo vital tem fundamento na normatividade do direito à dignidade e no direito à vida¹⁷⁷.

CRISTINA QUEIROZ discorre sobre a Constituição de Portugal e refere-se a julgamento proferido pelo Tribunal Constitucional daquele país, em que, ainda em voto vencido, opinou-se pela equiparação da tutela constitucional dos direitos de liberdade (direitos de *status* negativo) à tutela do “conteúdo mínimo de satisfação” dos direitos sociais (direitos de *status* positivo)¹⁷⁸. Ao tratar sobre o mínimo vital, SARLET refere-se à dupla dimensão (positiva e negativa) própria aos direitos fundamentais (individuais e sociais). Nesse sentido, há um *conjunto* de direitos que cumpre ao Estado assegurar mediante prestações de natureza material (dimensão positiva) e, por outro lado, é vedado ao Estado subtrair do indivíduo (dimensão negativa) “o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna”¹⁷⁹. Em outras palavras, sobre a dimensão negativa, pode-se dizer tratar-se de uma “cláusula de barreira contra qualquer ação ou omissão estatal ou

¹⁷⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 70-71.

¹⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 317 e 330/331.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 317 e 326/329.

¹⁷⁸ *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Portugal, Coimbra: Editora Coimbra, 2006, p. 25/27.

¹⁷⁹ Anote-se que o autor utiliza-se da expressão *mínimo existencial*, mas no sentido acima referido, com conteúdo sociocultural, abarcando uma vida “saudável” e com “certa qualidade” – *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 620/622

induzida pelo Estado que impeça a adequada concretização ou efetivação dos direitos fundamentais e de seu conteúdo mínimo”¹⁸⁰.

Assim, partindo da classificação que compartimenta direitos de *status* positivo (direitos a prestações) e direitos de *status* negativo (direitos de defesa), e considerando o duplo caráter dos direitos fundamentais, evolui-se com a identificação de um piso referente aos direitos a prestações. E quando se afirma que no *mínimo vital* os direitos a prestações estão equiparados aos direitos de liberdade, quer-se firmar, basicamente, que a legitimação do Estado como tal só se aperfeiçoa com a garantia das liberdades e do mínimo vital, sem interferência de modo a impedir ou subtrair dos cidadãos o exercício de tais direitos. Menos do que esta composição conforma um quadro de inconstitucionalidade.

Contudo, há doutrina que relativiza a previsão constitucional de um direito fundamental social mesmo posto em questão o *mínimo vital*, afirmando haver pelo menos em tese a possibilidade de justificação constitucional para não efetivação do direito. Para VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “o *mínimo existencial* é aquilo que é possível realizar diante das condições fáticas e jurídicas, que, por sua vez, expressam a noção, utilizada às vezes de forma extremamente vaga, de reserva do possível”¹⁸¹. Para o referido autor, a “*não-realização de direitos que exigem uma intervenção estatal*”, sendo uma forma de “*restrição ao âmbito de proteção desses direitos*”, seria possível se caracterizada uma omissão constitucionalmente fundamentada¹⁸².

O exercício proposto pela doutrina acima citada, em que se cogita ser válido desatender ao mínimo vital se houver amparo na Constituição, é interessante para que analisemos se há tal possibilidade na ordem constitucional brasileira vigente. Nesse sentido, NUNES JUNIOR formula análise que parte do caso paradigma nessa matéria, conhecido por *Numerus Clausus*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, na década de 1950, sob vigência da Constituição de 1949, a qual não traz um rol de direitos sociais, mas sim o princípio expresso do Estado social. O autor registra que o direito reclamado não estava incluso no mínimo vital, versando sobre vaga em instituição de ensino superior, tendo sido expresso na fundamentação

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 332/333. O autor refere-se, nessa passagem, à doutrina de CALIENDO, Paulo.

¹⁸¹ *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204/205.

¹⁸² *Ibidem*, p. 250/251.

que haveria de se perquirir a razoabilidade da demanda e da atribuição do ônus à sociedade se demandado o que extrapola o mínimo vital. Então, a teoria da reserva do possível, enquanto limitação a um direito social, foi concebida não em relação ao que contido no mínimo vital. Além do mais, o autor anota que a ordem constitucional brasileira “*apresenta parâmetros notoriamente distintos*” da alemã, já que traz expressos muitos direitos sociais por meio de várias estratégias de positivação. Por isso, a teoria da reserva do possível “*é de aplicação excepcional*”, no Brasil, “*circunscrita a discussões atinentes à realização de direitos sociais que extrapolem o conceito de mínimo vital e que não estejam incorporados por normas constitucionais atributivas de direitos públicos subjetivos a seus destinatários*”¹⁸³.

Sem dúvidas, há condicionamento ao mínimo vital que será apurado com um “*diálogo com o padrão socioeconômico vigente*”¹⁸⁴. Mas, ao considerar as características da Constituição brasileira, com ampla normatividade sobre as relações sociais a partir de extenso rol de direitos fundamentais, fica prejudicada a proposta de se falar em *não satisfação* do mínimo vital *constitucionalmente adequada*. Quanto ao mínimo vital, sendo uma imposição do dever de “*preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade*”, sua satisfação deve ser entendida como “*questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal*”, o que não fica sujeito à “*forma de organização socioeconômica*” prevista na Constituição, ou seja, a ordem constitucional está “*comprometida, em primeiro lugar, com a preservação da dignidade material de todas as pessoas*”¹⁸⁵.

Ainda que haja respeitável divergência sobre o conteúdo e a tutela constitucional do mínimo vital, mostra-se mais adequada ao ordenamento Constitucional brasileiro a interpretação que ressalta o *status* positivo dos direitos sociais, enquanto exigentes de atuação do Estado, associando a tal o dever de satisfação material mínima. Ademais, há de se ressaltar que o direito ao mínimo vital refere-se a um piso, ou seja, um limite mínimo, por isso, a tutela jurídica deve ser a mais segura, equivalendo à dedicada aos direitos de liberdades, de *status* negativo. Assim, conforma-se, quanto ao mínimo vital, o dever jurídico estatal de promover a satisfação e não

¹⁸³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 173/196.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 619.

¹⁸⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Op. cit., p. 70/71.

interromper o exercício ou inviabilizar a continuidade do exercício de um direito fundamental social no que abrangido pelo mínimo vital.

E para prosseguir com nossa dissertação, visando situar a proteção constitucional ao direito à moradia, é preciso que trabalhemos a outra vertente normativa em que se especifica a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste capítulo vimos aspectos sobre os direitos fundamentais na Constituição de 1988 e se mostra fundamental que também compreendamos a proteção da dignidade da pessoa humana em nível global, isto é, como direito humano protegido em um sistema internacional. Veremos, a seguir, sobre a formação desse sistema internacional, a inserção do Brasil e, dada a precedência histórica em relação ao ordenamento brasileiro e detalhamento da proteção, trataremos sobre os diplomas internacionais para proteção do direito à moradia.

4. DIREITOS HUMANOS, DIREITO À MORADIA E A VINCULAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NO SISTEMA INTERNACIONAL, NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 afirma que o Brasil tem como princípio em suas relações internacionais a prevalência dos direitos humanos, sendo membro da ONU e signatário de diplomas normativos que visam a proteção do ser humano, proteção esta fundada na dignidade da pessoa humana. Por meio de diversos órgãos, a ONU especifica como se deve realizar tal proteção, tendo deliberado pactos que protegem as liberdades individuais e os direitos sociais, pactos estes com natureza jurídica, vinculativa da atuação do Estado que adere. O Brasil é parte no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no qual o direito à moradia é declarado como direito humano, havendo interpretações oficiais que detalham o âmbito de proteção em razão dessa norma.

Por primeiro, faremos breve percurso histórico sobre a formação desse sistema internacional. Após, situaremos o Estado brasileiro nesse sistema, considerando o que disciplina a nossa Constituição de 1988. Em seguida, conheceremos os atos normativos e interpretativos sobre o direito à moradia, no âmbito da ONU, que têm influenciado o ordenamento constitucional brasileiro e também algumas decisões judiciais, que analisaremos mais adiante nesta dissertação.

4.1. A FORMAÇÃO DO SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Guerras anteriores as do século XX já haviam provocado o surgimento do que se denominou Direito Humanitário, voltado a reger sobre direitos das pessoas atingidas por conflitos entre Estados. Já a Primeira Guerra Mundial teve entre suas consequências a formação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho. Estas podem ser consideradas as primeiras experiências de institucionalização dos direitos humanos, isto é, conformaram-se instituições interestatais visando um regramento de temas comuns a diversos Estados e sobre os quais firmara-se o consenso da necessidade de se buscar um entendimento. Inicia-se com tais instituições um processo de relativização da soberania, pois, cada Estado que aderiria também consentia com um nível de controle externo promovido por outros Estados, enquanto participantes da instituição, sobre o atendimento de parâmetros e ficava sujeito a sanções internacionais.

Quanto ao Direito Humanitário, serviu à “*regulamentação jurídica do emprego da violência no âmbito internacional*”, visando tutelar militares fora de combate e populações civis, significando, portanto, limites aos Estados nas relações internacionais. A Liga das Nações se propôs a “*promover a cooperação, a paz e a segurança internacional*”, bem como buscava o comprometimento dos Estados em assegurarem “*condições justas e dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças*”. Já aí foram previstas sanções econômicas e militares aos Estados que violassem as regras da Liga, representando nova concepção sobre soberania. Quanto a Organização Internacional do Trabalho “*tinha por finalidade promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem-estar*”. Essas três experiências históricas registram a superação da noção do direito internacional com vocação exclusiva para reger “*arranjos e concessões recíprocas entre Estados*”, sendo inovado para voltar atenção “*à salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados*”, prenunciando, assim, também reformulação da noção de que os Estados tinham plena jurisdição sobre como tratavam seus nacionais¹⁸⁶.

Houve pouco espaço para as organizações internacionais nas décadas de 1920 e 1930, dadas a crise econômica mundial e a política armamentista praticada por vários Estados. Já em meados da década de 1930, uma nova guerra se mostrava inevitável, dada a instabilidade causada pelos governos alemão, italiano e soviético. O que se viu evoluir foi uma guerra que devastou a Europa, envolvendo Estados de todos os continentes, com batalhas nos oceanos Atlântico e Pacífico, e com uso de armas de destruição em massa.

Interessante a evidenciar o empenho na realização de um ideal, consistente em constituir uma organização internacional global, é que as tratativas para criação da ONU se deram em plena Segunda Guerra Mundial. No ano 1941, em Londres, nove governos lá estavam exilados em razão da guerra, o que favoreceu a realização de reuniões entre nações, resultando, em 12 de junho de 1941, na Declaração do Palácio de St. James, e, em 14 de agosto de 1941, na Carta do Atlântico, como manifestações em busca de consenso pela união mundial. Em 1943, as Conferências de Moscou e Teerã também foram importantes nesse processo de formação. Em 1945, a Carta das Nações Unidas foi elaborada na Conferência sobre Organização Internacional, em São Francisco, Estados Unidos, entre 25 de abril a 26 de junho, neste último dia sendo assinada por 50 países. As Nações Unidas começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de

¹⁸⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169/175.

1945, após ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética¹⁸⁷. O Brasil ratificou a Carta em 21 de setembro de 1945. A Carta, um tratado internacional, definiu, em seu artigo 1º, os propósitos da ONU, nos seguintes termos:

Os propósitos das Nações Unidas são:

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns.¹⁸⁸

O marco histórico do fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, é destacado em razão de ser reconhecido como consequência direta da extrema violência aplicada nessa guerra, por vários povos e em várias partes do mundo, o “*ressurgimento de uma perspectiva ética nas relações humanas, baseada na revigoração dos direitos humanos*”. A ONU, criada como entidade internacional legitimada a deliberar com força vinculante em relação aos Estados, editou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), em 10 de dezembro de 1948, que versou a preocupação em “*colocar o homem a salvo da necessidade, bem como promover o progresso social e melhores condições de vida*”, sendo “*de observância necessária por todos os Estados do mundo*”¹⁸⁹.

Nas considerações lançadas na DUDH, lemos, dentre outras, que a “*dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o*

¹⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A Carta das Nações Unidas*, disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/>, acesso em 11/08/2017.

¹⁸⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A Carta das Nações Unidas*, disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>, acesso em 11/08/2017.

¹⁸⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 54.

fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Também foi reconhecido que a história comprova profundo desprezo e desrespeito aos direitos humanos, caracterizados em “*atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade*”, resultando no entendimento consensual de que “*um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade*” é “*a mais alta aspiração do ser humano comum*”. Ainda, afirmou-se a relevância normativa jurídica, considerando que “*os direitos humanos sejam protegidos pelo império da lei, para que o ser humano não seja compelido, como último recurso, à rebelião contra a tirania e a opressão*”¹⁹⁰.

PIOVESAN esclarece que a ONU foi resultado da necessidade de uma sistematização normativa para responsabilização dos Estados no âmbito internacional. A instituição foi criada com órgãos especializados dados seus três propósitos principais: manter a paz, viabilizar a cooperação internacional e promover os direitos humanos. Inicialmente, criou-se o Conselho Econômico e Social, ao qual esteve vinculada à Comissão de Direitos Humanos, desde 1946, sendo esta extinta com a formação do Conselho de Direitos Humanos, em 2006. A DUDH objetivou delinear uma “*ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais*”, sendo “*a condição humana o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos*”. E ao elencar em seu catálogo duas categorias de direitos, os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais, aliou “*o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade*”, perfazendo duas inovações consistentes em “*parificar, em igualdade de importância*” e “*afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência*” de todos os direitos humanos¹⁹¹.

A DUDH não é um tratado internacional, mas sim uma resolução editada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, sendo sua normatividade afirmada sob dois aspectos. Entende-se ser a “*interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, constante da Carta das Nações Unidas*”, esta sim um tratado internacional, sendo somente na Declaração Universal que consta a definição dos direitos humanos. Além disso, tornou-se parte integrante do direito costumeiro internacional, então, com força normativa, na medida em que outros atos

¹⁹⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948, disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>, acesso em 11.08.2017.

¹⁹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 184/200.

oficiais da ONU e de vários Estados, incluindo Constituições, legislações e decisões judiciais, apoiam-se na Declaração para reconhecer e fundamentar medidas protetivas dos direitos humanos. Já a integração das categorias de direitos humanos de liberdade e de igualdade, cuja conclusão decorria da interpretação da Declaração de 1948, foi formalmente assinada na Resolução 32/130 editada pela Assembleia Geral, em 1977, e reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena, em 1993, expressando serem indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados¹⁹².

Embora haja desde a DUDH a afirmação da integração de todos os direitos humanos, diferenças ideológicas entre os Estados integrantes da ONU resultaram na edição de dois tratados, em 1966: (1) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e (2) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ambos marcaram a “juridicização” da Declaração de 1948, tendo ambos entrado em vigor em 1976, quando atingiram o número de ratificações necessárias. Mas foi marcante no processo de elaboração desses tratados a iniciativa dos países ocidentais, anunciada em 1951, para que, ao invés de único tratado, fossem elaborados dois, dadas as diferenças inerentes a efetivação dos direitos civis e políticos, que seriam autoaplicáveis, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais seriam programáticos, demandando outros meios de efetivação e apuração do cumprimento do tratado. Mesmo com a elaboração de dois tratados, a ONU manteve firme a afirmação da integração dos direitos humanos¹⁹³.

O que cabe destacar é que foi criado um sistema normativo internacional de proteção dos direitos humanos, baseado na “*pessoa humana como principal sujeito a ser protegido nas relações internacionais*”. Os tratados de direitos humanos que compõem esse sistema “*têm como princípio basilar a universalidade dos direitos humanos preconizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*”. E uma vez que tais tratados, inseridos no ramo do direito internacional público, criam relações jurídicas entre Estados, organismos internacionais e indivíduos, conclui-se que “*a proteção destes direitos já não se restringe apenas ao direito interno ou à jurisdição doméstica dos Estados*”. Tal sistema é formado por “*normas internacionais, procedimentos e organismos desenvolvidos para implementar e promover, no âmbito mundial, o respeito dos direitos humanos em todos os países*”, podendo “*ocorrer*

¹⁹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201/206.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 218/219.

intervenções no plano nacional por organismos internacionais”, bem como “processos de monitoramento e responsabilização internacional, quando os direitos humanos forem violados”. Isso significa “que a soberania do Estado se torna relativa e limitada à observância das normas internacionais dos tratados de direitos humanos”, estes ajustados entre os Estados com “o propósito da convergência de proteção dos direitos da pessoa humana”, podendo implicar, inclusive, na obrigação para cada Estado de promover “medidas legislativas, judiciais e administrativas para a realização de seu objeto e de seus objetivos”¹⁹⁴.

Especificamente sobre os direitos sociais, é essencial compreender que com a Declaração de 1948, nos dizeres de NUNES JUNIOR, consolida-se *“a noção de direitos sociais como direitos intrínsecos à natureza humana”*, e, embora marcado pela divergência entre os países do bloco capitalista, liderados pelos Estados Unidos, e países do bloco socialistas, liderados pela antiga União Soviética, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, conformou desdobramento e complementação dos princípios adotados pela DUDH. Foi afirmado em seu preâmbulo a interdependência e a unidade de todos os direitos humanos, ideia esta que *“implica uma perspectiva multidimensional de proteção da dignidade humana, em que cada direito declarado e protegido pressupõe a existência e o respeito aos demais”*, e:

Por outro lado, porém, o Pacto de 1966 acaba por possibilitar uma espécie de lapidação conceitual dos direitos sociais, acenando com a ideia de que os direitos sociais dizem respeito com a proteção material do ser humano, mas segundo uma perspectiva mais ampla, que se inicia com a interferência estatal nas relações de trabalho, passa por uma atuação na prestação de serviços públicos – como saúde e educação – e caminha até a ressignificação de antigos direitos de liberdade, como a propriedade, emprestando-lhes uma dimensão social¹⁹⁵.

Com a institucionalização dos direitos humanos, especialmente a partir da criação da ONU, o que se vê é um redimensionamento do Estado, que se compromete perante outros Estados a proteger e promover os direitos humanos, qualquer que seja a orientação econômica e social que adotar em sua ordem interna. Há a requalificação da soberania do Estado para potencializar a proteção da dignidade da pessoa humana. Tanto cada Estado deve proteger seus cidadãos quanto a relação entre os Estados deve ser para proteção do ser humano.

¹⁹⁴ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 62/66.

¹⁹⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 55/56.

Essa novidade do século XX mostra-se robusta e em constante aperfeiçoamento para cada vez mais ampliar sua eficácia e ser compreendida como fator de legitimação do Estado. Vimos no capítulo 1 que ao final do século XVIII, a Declaração francesa revolveu a legitimação do Estado pela exigência de uma Constituição que assegurasse direitos individuais e determinasse a separação de poderes. Já ao final do século XIX, a legitimação do Estado se dava com legislações protetivas contra as mazelas do capitalismo liberal, culminando com as Constituições sociais no México, em 1917, e na Alemanha, em 1919, chegando ao Brasil em 1934. Já a partir de meados do século XX, com as relações internacionais capitaneadas pela ONU, o Estado estará legitimado também se comprometido com os direitos humanos, o que exige ser protetor e promotor de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

A seguir, vamos analisar a Constituição de 1988 em busca de entendimento sobre como o Brasil está inserido na ordem internacional e sobre a relevância dos direitos humanos na ordem interna.

4.2. A PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Como comentado acima, o Brasil ratificou a Carta da ONU em 21 de setembro de 1945, aderindo à organização internacional. Já em relação ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estes foram ratificados pelo Brasil, em 1992¹⁹⁶.

A Constituição de 1988 é marco divisório na história do Brasil no que pertinente ao posicionamento na ordem internacional dos direitos humanos. A soberania é fundamento do Estado, como preceitua o art. 1º, I, e a independência nacional é um princípio das relações internacionais, nos termos do artigo 4º, I, isso a par do princípio da prevalência dos direitos humanos, firmado no artigo 4º, II, e da abertura constitucional a direitos e garantias previstos em tratados internacionais, como prescreve o artigo 5º, §2º – dispositivos estes que constam desde o texto original. Ademais, com a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, passou a constar a hierarquia constitucional dos tratados e convenções de direitos humanos quando incorporados nos termos do art. 5º, §3º. Considerando a força normativa desses dispositivos e a necessidade de

¹⁹⁶ O Brasil ratificou os dois tratados somente em 24 de janeiro 1992. Em reportagem divulgada pela ONU, em 10 de dezembro de 2015, foi destacado pelo Alto Comissariado para os Direitos Humanos que 27 Estados ainda não ratificaram nenhum dos dois pactos, e foi ressaltado que ambos “*constituem o fundamento do que atualmente reconhecemos como direito internacional dos direitos humanos*” (disponível em <https://nacoesunidas.org/no-dia-dos-direitos-humanos-alto-comissario-da-onu-pede-ratificacao-de-tratados-fundamentais/>, acesso em 28.01.2017).

concordância prática, o que se deve entender é que se flexibiliza a soberania para ampliar a proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido é a análise feita por PIOVESAN ao realçar que a afirmação do princípio da prevalência dos direitos humanos, associado aos demais princípios constantes do artigo 4º da Constituição de 1988, marcam “*uma orientação internacionalista jamais vista na história constitucional brasileira*”. A autora especifica o ponto ao afirmar que o dispositivo evidencia o primado dos direitos humanos e conforma uma “*abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos*”, o que significa reconhecer “*limites e condicionamentos à soberania estatal*”. A “*flexibilização e relativização*” da soberania no contexto da proteção dos direitos humanos é “*condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito*” e “*compõe a tônica do constitucionalismo contemporâneo*”¹⁹⁷.

Uma vez previsto na constituição, no art. 4º, II, o princípio da prevalência dos direitos humanos consagra a relevância dos direitos humanos como critério material da legitimidade da ordem constitucional brasileira perante os demais Estados e também no plano doméstico. Com isso, o dispositivo tem efeitos para “*interpretação e aplicação do direito interno, no sentido de uma interpretação conforme os direitos humanos e de uma abertura da ordem nacional ao sistema internacional de reconhecimento e proteção dos direitos humanos*”¹⁹⁸.

São demais relevantes as considerações doutrinárias trazidas acima, pois, esclarecem os efeitos jurídicos da inserção do Brasil no sistema internacional dos direitos humanos. Enquanto se verifica a relativização da soberania, isto é, um efeito em relação a outros Estados, também há efeitos internos. Com a afirmação da prevalência dos direitos humanos e a participação do Brasil em tratados internacionais nessa matéria, dada a normatividade jurídica desses diplomas e a relevância dos direitos humanos como afirmada na Constituição de 1988, toda a ordem jurídica brasileira, incluindo as ações estatais, claro, deverão ser interpretadas e realizadas conforme os direitos humanos.

¹⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 91/93.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 296/297.

Enquanto tratado internacional, o tratado de direitos humanos segue o procedimento previsto na Constituição brasileira para integrar ao ordenamento nacional. Há uma série de atos com concurso de competências do Presidente da República e do Congresso Nacional, nos termos dos artigos 84, VII e VIII, e 49, I¹⁹⁹. O poder Executivo celebra o tratado, que, em seguida, deve ser referendado pelo poder Legislativo, submetendo-o a aprovação por Decreto Legislativo. Após, o Presidente da República deverá ratificar o tratado perante o organismo internacional, oportunidade em que “*sedimenta a adesão do País ao tratado*”, e, após, no plano interno, o tratado é “*promulgado por Decreto*” do Presidente²⁰⁰. O instrumento de ratificação “*há de ser depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento*”: se um tratado das Nações Unidas, depositado na própria ONU²⁰¹.

Importante aqui é se posicionar sobre a hierarquia jurídica dos tratados de direitos humanos, considerando os dispositivos originários da Constituição e seu artigo 5º, §3º, este introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004. O princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no artigo 4º, II, é original no texto constitucional, assim como o artigo 5º, §2º, este que dispõe:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Este dispositivo, embora claro no reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados internacionais em razão do conteúdo material, é interpretado pelo Supremo Tribunal Federal a afirmar que os tratados sobre direitos humanos têm hierarquia paritária à lei federal²⁰². Com a emenda constitucional referida, criou-se uma via para os tratados de direitos humanos terem hierarquia constitucional formal, nos termos do artigo 5º, §3º, com a seguinte redação:

¹⁹⁹ Constituição Federal: “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VI – manter relações com os Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 11/08/2017.

²⁰⁰ ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014, p. 147.

²⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.100.

²⁰² PIOVESAN, sobre esse ponto, relata que desde 1977 o STF tem jurisprudência nesse sentido e a reafirma em julgamentos recentes, citando os seguintes casos: RE 80.004, de 1977; HC 72.131-RJ, de 22.11.1995; RE 206.482-SP; HC 76.561-SP, Plenário, 27.5.1998; ADI 1480-3-DF, 4.9.1997; e RE 243.613, 27.4.1999 (*Op. cit.*, p. 113 e seguintes e p. 116, nota 42).

Os tratados e convenções 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.

A doutrina brasileira enfrenta o tema e apresenta posições divergentes. A acolher a formalidade do disposto no art. 5º, §3º, como via à aceitação da hierarquia constitucional dos tratados sobre direito humanos, com uma observação sobre o *direito* e o *regime do direito*, está o entendimento de FERREIRA FILHO, nos seguintes termos:

A referência a direitos advindos de tratados suscita uma polêmica sobre o valor dos direitos explicitados nesses documentos. Para muitos, teriam esses direitos valor constitucional, o que é em parte verdadeiro e, portanto, em parte falso.

É óbvio que um tratado que declare um direito fundamental por natureza tem força constitucional, pois esta advém dessa natureza, como ocorre com os direitos implícitos. Mas é preciso distinguir o direito e o regime do direito (os seus condicionamentos, limitações, requisitos de exercício etc.). Esse regime, definido pelo tratado, não tem valor constitucional, salvo a hipótese prevista no art. 5º, §3º, da Constituição²⁰³.

Por outro lado, há entendimentos que ressaltam a finalidade dos direitos humanos e a especialidade dos tratados sobre tais direitos como fatores relevantes a somarem com as normas originárias da Constituição de 1988, especialmente, o art. 4º, II, e o art. 5º, §2º, para afirmar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Nesse sentido a doutrina de SAULE JUNIOR, a partir da interpretação do art. 5º, §2º, reclamando a necessidade de equivaler a hierarquia das normas de direitos humanos:

Existe nitidamente um tratamento constitucional específico para essa categoria de tratados com o intuito de ampliar o bloco dos direitos que devem obrigatoriamente ser protegidos pelo Estado brasileiro.

A possibilidade de conferir o *status* constitucional para normas internacionais é dirigida especificamente para as normas dos tratados que versem sobre direitos da pessoa humana, não abrangendo, de forma alguma, normas de tratados que versem sobre relações econômicas e comerciais. (...)

Atribuir uma hierarquia diferenciada quanto ao valor jurídico de um direito da pessoa humana incorporado ao direito brasileiro, pelo fato de ser oriundo de um tratado internacional, não condiz com os princípios fundamentais do Estado brasileiro de garantir e respeitar a dignidade da pessoa humana e a cidadania. (...)

²⁰³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 120/121.

A característica dos tratados internacionais de direito humanos, como já foi abordada, também é um componente diferencial para justificar que o valor jurídico de suas normas seja equiparado ao valor jurídico das normas constitucionais. Os tratados de direitos humanos têm por objetivo a proteção dos direitos da pessoa humana e não a conferência de prerrogativas para os Estados. A sua posição hierárquica superior aos demais tratados internacionais decorre dos compromissos e obrigações assumidos com os indivíduos para fins de proteção de seus direitos²⁰⁴.

A polêmica é sempre tratada na doutrina sobre direitos humanos e direitos fundamentais, valendo registrar também a posição de SARLET, que ressalta ser imperativo considerar que o dispositivo constante do art. 5º, §2º, “*outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos*”, estejam previstos em tratados, convenções ou pactos internacionais. Tal dispositivo evidencia a adoção do “*princípio da não tipicidade na esfera dos direitos fundamentais*”, o que aproveita à ordem jurídica brasileira para “*ampliar e complementar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional*”, o que é coerente, inclusive, com o aperfeiçoamento da interdependência entre os Estados e a relativização da soberania, ambos os fenômenos próprios à proteção dos direitos humanos. Assim, os direitos humanos previstos nos tratados em que o Brasil seja parte são direitos materialmente fundamentais e se aglutinam à Constituição material, sendo esta a interpretação que “*mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos*”²⁰⁵.

A reforçar o entendimento sobre a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos, com respaldo no texto originário da constituição e no princípio da dignidade humana, temos a doutrina de PIOVESAN:

Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a este garantia de privilégio hierárquico, reconhecendo-lhe natureza de norma constitucional. Esse tratamento jurídico diferenciado, conferido pelo art. 5º, §2º, da Carta de 1988,

²⁰⁴ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 76/81.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 121/125.

justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre os Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos entre Estados pactuantes. Os tratados de direitos humanos objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano, e não das prerrogativas dos Estados. (...)

Em suma, a hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, §2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana²⁰⁶.

Aderimos ao entendimento que reconhece hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos. O Estado Democrático e Social de Direito constituído em 1988 está baseado numa evolução histórica que tem como constante o aperfeiçoamento da proteção do ser humano, especialmente, contra ações do Estado, mesmo as ações amparadas na lei interna. Aliás, a ordem internacional dos direitos humanos deve, necessariamente, proteger o ser humano contra violações baseadas na lei interna. Ademais, o texto constitucional originário brasileiro dispôs de forma clara sobre a prevalência dos direitos humanos e sobre a hierarquia constitucional dos tratados sobre tais direitos, conforme vemos no artigo 5º, §2º, sendo problemática a criação de via formal como feito com a inserção do §3º no mesmo artigo, já que cria distinções hierárquicas entre direitos humanos na ordem interna²⁰⁷.

Nesses termos, a partir de 1988, o Brasil está comprometido com a prevalência dos direitos humanos, tanto no âmbito do direito internacional quanto no direito interno, especialmente para interpretação e aplicação do direito. E, uma vez vigente na ordem interna, o tratado sobre direitos humanos tem força jurídica como as normas constitucionais. Vejamos, a seguir, as normativas de direitos humanos sobre o direito à moradia.

4.3. O DIREITO À MORADIA NO SISTEMA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O direito à moradia foi declarado no artigo XXV.1 da DUDH, de 1948, relacionado a uma série de direitos que conformam o direito a um padrão de vida adequado, afirmando,

²⁰⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117/120.

²⁰⁷ Até 13 de maio de 2017, somente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados de 30 de março de 2007, perante a ONU, foram aprovados pelo Congresso Nacional, em 9 de julho de 2008, pelo Decreto Legislativo n. 186/2008, observando o rito previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição, seguindo a promulgação pelo Decreto 6.949/2009.

pontualmente, a universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação de tais direitos²⁰⁸, com seguinte texto:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle²⁰⁹.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao qual o Brasil aderiu em 1992²¹⁰, traz em seu artigo 11 o reconhecimento pelos Estados do direito à moradia conjugado aos direitos de vestimenta e alimentação, destinados ao ser humano e sua família, com o seguinte texto:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento²¹¹.

A importância do dispositivo é ressaltada por SAULE JUNIOR como “o *principal fundamento do reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, do qual gera, para os Estado-partes signatários, a obrigação legal de promover e proteger esse direito, sendo este o principal fundamento para o Estado brasileiro ter essa obrigação e responsabilidade*”. O mesmo autor também discorre sobre outros tratados internacionais que, na linha da especificidade da proteção, também versam sobre o direito à moradia²¹².

²⁰⁸ Nesse sentido: SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 90.

²⁰⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>, acesso em 11/08/2017.

²¹⁰ Por meio do Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, o Congresso Nacional aprovou o texto do Pacto, sendo a carta de adesão depositada em 24 de janeiro de 1992, e, por meio do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992, o Pacto foi promulgado. Informações no preâmbulo do Decreto n. 591/92, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm, acesso em 11/08/2017.

²¹¹ BRASIL. Decreto n. 591/92. Anexo ao decreto que promulga o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais/MRE. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm, acesso em 11/08/2017, com link disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>, acesso em 11/08/2017.

²¹² SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 90/91. O autor cita os seguintes tratados como outras referências normativas que também tutelam o direito à moradia: Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de 1966; Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966; Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de

A partir da década de 1980, vê-se maior enfrentamento do tema pela ONU, tendo sido editada a Resolução 1986/36, em 12 de março de 1986, pela Comissão de Direitos Humanos. Tal resolução foi intitulada “*A realização do direito à moradia adequada*” e afirmou “*a reiteração da Comissão de Direitos Humanos na garantia do direito de toda pessoa humana a um adequado padrão de vida para si e seus familiares, inclusive o direito a uma moradia adequada*”. Notou-se a partir dessa resolução, uma tendência de o direito à moradia ser tratado de forma ampla nas atividades pertinentes aos direitos humanos, além da relação com os assentamentos humanos, desenvolvimento econômico e progresso social. Em 1988, por meio de Resolução n. 43/191, adotou-se a Estratégia Mundial para Moradia, sendo destaque deste documento a afirmação de que “*todo cidadão de todo Estado, quão pobre ele possa ser, tem o direito de evocar seu governo para satisfação de suas necessidades habitacionais e exigir-lhe a obrigação fundamental de proteger e melhorar casas e vizinhanças, em vez de danificá-las ou destruí-las*”²¹³.

Além dessas resoluções, também deve-se destacar o Comentário Geral n. 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 12 de dezembro de 1991, o qual representa “*a interpretação mais impositiva quanto ao que o direito à moradia digna significa atualmente, em termo legais, depois das leis internacionais de direitos humanos*”, e fornece:

[...] uma definição clara do direito à moradia adequada e dos princípios e também normas por ele criados e reiterados. De um modo ou de outro, tais normas são relevantes para todos os países signatários do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Além disto, o conteúdo do Comentário Geral pode ser utilizado como base para os atos de desenvolvimento nacional do direito à moradia, para a política habitacional e como base para incorporação do direito à moradia dentro do sistema de proteção dos direitos humanos nacionais²¹⁴.

O referido Comentário Geral n. 4 traz detalhamento que expõe a complexidade das questões que envolvem o direito à moradia enquanto direito humano. É identificado como direito interdependente especialmente com os direitos ao trabalho e acesso a serviços públicos (de saúde e educação, por exemplo), além de ser essencial à privacidade, à intimidade e à família. Destacamos dois pontos que foram tratados no Comentário, nas Seções 8.a e 10, pois, ressaltam a

Discriminação contra a Mulher, de 1979; Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; Convenção Internacional de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de sua Família, de 1977; Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951 (ob. cit., p. 91/94).

²¹³ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 99/100.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 100.

necessidade de segurança jurídica da posse para fins de moradia e afirma-se que em certas situações a abstenção dos governos já pode significar uma proteção ou não violação desse direito:

“Seção 8.a: Segurança jurídica da posse. A posse pode se dar de variadas formas, com o aluguel (público ou privado), a moradia em cooperativa, o arrendamento, a ocupação pelo próprio proprietário, a moradia de emergência e os assentamentos informais, incluindo a ocupação da terra ou da propriedade. Seja qual for o tipo de posse, todas as pessoas devem possuir um grau de segurança de posse que lhes garanta a proteção legal contra despejo forçado, perturbação e qualquer tipo de outras ameaças. Consequentemente, os Estados-partes devem adotar imediatamente medidas destinadas a conferir segurança legal da posse às pessoas e propriedades que careçam atualmente de tal proteção, em consulta genuína a pessoas e grupos afetados.

(...)

Seção 10: Medidas imediatas de proteção do Direito à Moradia: 10. Independentemente do estado de desenvolvimento de tal ou qual país, há certas medidas que devem ser tomadas imediatamente. Como reconheceu a Estratégia Mundial de Moradia, assim como outras análises internacionais, muitas medidas para promoverem o direito à moradia requerem somente a abstenção do governo de determinadas práticas e um compromisso que facilite a autoajuda dos grupos afetados (...)”²¹⁵.

Ainda no âmbito da ONU, no ano 1997, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais editou o “*Comentário Geral n. 7 sobre o Direito à Moradia Adequada: Despejos Forçados*”, representando maior avanço na proteção do direito à moradia e expandindo a adoção de normas de proteção contra despejos forçados. Pontuou-se que falar em despejos forçados serve para referir-se à arbitrariedade e à ilegalidade que caracterizam tais ocorrência, bem como para ressaltar que ocorrem violações de outros direitos humanos como a vida, a segurança pessoal, a não-interferência na vida privada, na família e no domicílio e o direito de desfrutar dos próprios bens. Por isso, os Estados-partes do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais devem evitar tais práticas, especialmente, porque geram maiores danos a grupos vulneráveis como crianças, mulheres e idosos. E caso ocorram os despejos forçados, não poderão resultar em indivíduos desabrigados e vulneráveis a mais violações de direitos humanos, devendo ser

²¹⁵ Conferir a citação ao texto do Comentário Geral n. 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU em: SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 103 e 106.

disponibilizadas pelos Estados moradias alternativas e remédios legais para os afetados defenderem seus direitos²¹⁶.

Demos destaque a esses pontos dos referidos *Comentários* exarados pela ONU, pois, a violação ao direito à moradia pela prática de despejo forçado tem evidenciado que muitos outros direitos humanos são violados em ações em que participam instituições estatais para retirada de grupos de pessoas de determinada área. Como referido na apresentação desta dissertação, justamente um caso de despejo forçado que atingiu milhares de pessoas do bairro Pinheirinho, no município de São José dos Campos/SP, no ano 2012, chamou a atenção para o início da pesquisa aqui registrada, pois, realizado por ordem judicial e com atuação da polícia militar. Tão graves foram as violações praticadas naquela oportunidade que o caso repercutiu e marcou a história dos despejos forçados de populações urbanas no Brasil. Veremos a repercussão desse caso no Poder Judiciário brasileiro, no capítulo 6, já que decisões recentes o consideram para proibir o despejo forçado sem garantias de respeito aos direitos humanos.

Ainda no âmbito dos direitos humanos, há de se registrar a atenção ao direito à moradia em mais frentes nas Nações Unidas. Na linha da especificação e aperfeiçoamento dos direitos humanos, destaca-se a denominada *ONU-Habitat*, tratando-se de programa no âmbito das Nações Unidas, iniciado a partir da Declaração de Vancouver Sobre Assentamentos Humanos, de 1976, tendo como tarefa “*promover cidades social e ambientalmente sustentáveis com o objetivo de proporcionar moradia adequada para todos*”²¹⁷. A partir do primeiro evento, a cada vinte anos, ocorre uma conferência especializada. Em 1996, sobreveio a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, denominada *Habitat II*, e, em 2016, foi realizada a Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Moradia e Desenvolvimento Urbano Sustentável, denominada *Habitat III*, em Quito, no Equador, resultando na Declaração de Quito Sobre Cidades Sustentáveis e Assentamentos Urbanos para Todos²¹⁸. São referências normativas detalhadas que orientam a proteção e realização do direito à moradia em vários aspectos, como o comunitário, o familiar, entre outros que mereceriam um estudo maior.

²¹⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 113/117.

²¹⁷ Sobre a ONU-Habitat há sítio virtual oficial, conferir em <https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>, acesso em 11/08/2017.

²¹⁸ Sobre a *Habitat III*, conferir recente notícia com resumo da produção da Conferência: <https://nacoesunidas.org/habitat-iii-paises-adotam-nova-agenda-para-urbanizacao-sustentavel/>, acesso em 11/08/2017.

Também é de rigor registrar outra iniciativa da ONU em que o direito à moradia foi tratado. No ano 2015, foi declarada a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, tratando-se de uma exortação universal para atenção e dedicação a direitos que garantem o desenvolvimento sustentável em seus três planos: econômico, social e ambiental. Foi declarada a determinação em *“acabar com a pobreza e a fome, em todas as suas formas e dimensões, e garantir que todos os seres humanos possam realizar o seu potencial em dignidade e igualdade, em um ambiente saudável”*. Neste documento foram definidos os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, sendo o objetivo 11 *“tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”*. Ao especificar este objetivo, ficou definido o objetivo 11.1., com a seguintes redação: *“até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas”*²¹⁹. O que vemos, portanto, é mais um empenho, mais uma abordagem realizada no plano internacional em busca da efetivar o direito à moradia.

Enfim, neste item tratamos de diversos documentos internacionais para proteção do direito à moradia, editados no âmbito da ONU. Para esta dissertação, devemos destacar que, principalmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, especialmente, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os Estados parte, incluindo, portanto, o Brasil, assumiram o dever jurídico de promover o direito à moradia. Tal dever inclui prestações legislativas e de serviços no contexto de políticas públicas que garantam moradia adequada a todos os seres humanos.

Avançamos na dissertação para nos debruçar sobre a Constituição brasileira de 1988 no que pertinente ao direito à moradia. Para nós é fundamental o aprofundamento a seguir, na medida em que encontramos na Constituição de 1988 normas que perfazem o Brasil um Estado Democrático e Social de Direito, como vimos no capítulo 3, constitucionalmente preparado e obrigado a promover e proteger os direitos sociais, dentre os quais o direito à moradia.

²¹⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>, acesso em 14/10/2017.

5. A PROTEÇÃO DO DIREITO À MORADIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 é analítica, dispondo aos detalhes sobre várias matérias, dentre as quais está um rol de direitos fundamentais, incluindo no artigo 6º, dentre outros direitos sociais, o direito à moradia, este desde a Emenda Constitucional n.º 26, de 15 de fevereiro de 2000. O texto original da Constituição Federal já dispôs expressamente sobre o direito à moradia nos artigos 7º, IV, art. 23, IX, 182, *caput*, 183, *caput* e §1º, e 191, *caput*. O que se denota desses dispositivos é que foram positivados por meio de estratégias diferentes, a delinear as respectivas normatividades, sendo que em conjunto compõem a proteção constitucional do direito à moradia.

A seguir, trazemos à dissertação breves comentários sobre a origem da emenda constitucional que inseriu na Constituição de 1988 o direito à moradia no rol dos direitos sociais do artigo 6º. Após, detalharemos sobre as várias estratégias de positivação encontradas na Carta constitucional brasileira sobre o direito à moradia, desde o texto original, o que permitirá avaliar a densidade normativa da proteção de tal direito. Basicamente, o que é imperioso pontuar, desde já, é que o direito à moradia não foi inserido na Constituição de 1988 somente com a EC n.º 26/2000, pois, já estava protegido em alguns aspectos desde o texto constituinte originário.

5.1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 26/2000: INFLUÊNCIA DA ONU-HABITAT II

Tratar pontualmente sobre a Emenda Constitucional n.º 26 se justifica nesta dissertação a partir de duas perspectivas que impulsionaram a pesquisa. A primeira, a partir do constitucionalismo; a segunda, a partir do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Em 1988, a Constituição é promulgada com um rol de direitos fundamentais expressamente afirmados como direitos sociais, no artigo 6º, com a seguinte redação: “*são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”. No ano 2000, com a referida emenda constitucional, foi inserida a expressão ‘*a moradia*’ entre *o trabalho* e *o lazer*²²⁰.

²²⁰ O texto original do artigo 6º da Constituição não previa os direitos à moradia (inserido pela EC n. 26/2000), à alimentação (inserido pela EC n. 64/2010) e ao transporte (inserido pela EC n. 90/2015).

Falamos no constitucionalismo, pois, como vimos no capítulo 1, trata-se de movimento social, político e jurídico que se desenvolve há séculos e não só nos momentos constituintes, isto é, não só durante as assembleias constituintes. O constitucionalismo é permanente na relação entre Sociedade e Estado e por meio das emendas constitucionais é que se atualiza, formalmente, a regência jurídica dessa relação. A inserção expressa do direito social fundamental à moradia no artigo 6º da Constituição de 1988 deve ser compreendida, portanto, como evidência do constitucionalismo constante, vivo, e da historicidade como característica dos direitos fundamentais, isto é, são reivindicações históricas presentes na Sociedade que implicam na proteção do direito como direito fundamental na ordem constitucional do Estado.

Outra perspectiva é a partir do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, pois, o processo legislativo que resultou na emenda constitucional comentada foi ativado considerando o que o Brasil experimentou durante a Conferência *Habitat II*, convocada pela ONU, ocorrida em Istanbul, de 3 a 14 de junho de 1996. Com início no Senado Federal, a proposta de emenda à Constituição foi autuada sob n. 28/96, trazendo justificativa assinada em 18 de junho daquele ano, constando expresso que, na condição de relator da Conferência em matéria de direito à moradia, o Brasil ficou em posição delicada. Era necessário convencer países como Estados Unidos, Japão e Coréia, contrários ao reconhecimento desse direito social na Agenda Habitat, ao mesmo tempo em que no ordenamento interno brasileiro não continha expresso reconhecimento do mesmo direito, embora fosse alarmante a questão da moradia no país. Vejamos trecho da justificativa à proposta de emenda à Constituição:

Para esse evento, o Brasil foi indicado relator da parte da Agenda do Habitat (carta de intenções da Conferência) que trata do ‘direito à moradia’. Coube-lhe assim a difícil tarefa de justificar, frente a países como Japão, Estados Unidos e Coréia (que se posicionam contra a inclusão desse termo na Agenda), a urgente necessidade de se reconhecer a moradia como um direito social.

A participação ativa brasileira em tão importante evento, de caráter mundial, coloca-nos em posição delicada, principalmente quando se verifica, em meio de uma situação eminentemente crítica das áreas urbanas brasileiras, uma lacuna na própria Constituição Federal, que não reconhece a moradia como um direito real, como a saúde, o lazer, o trabalho etc. Mais delicada, ainda, fica a situação do Brasil quando, sabedores da realização da Conferência, os ‘sem-teto’ de todo o País, já bastante organizados, ameaçam ‘pipocar ocupações de terrenos’ na periferia das grandes cidades – conforme se lê nos mais renomados jornais do País.

As atuais condições de moradia de milhões de brasileiros chegam a ser deprimentes e configuram verdadeira ‘chaga social’ para grande parte das metrópoles do País. (...).²²¹

Então, alguns dias após retornarem da Conferência *Habitat II*, parlamentares brasileiros deram início ao processo legislativo pertinente. Com a citação acima, vemos que, de fato, a experiência do Governo brasileiro, à época da *Habitat II*, foi impactante. Caracterizou um aspecto negativo, pois, foi considerado um atraso a ausência de expresse reconhecimento do direito à moradia na ordem interna, enquanto no plano internacional os debates estavam muito avançados. Também caracterizou um movimento positivo, pois, imediatamente, os legisladores agiram para abrir os debates com a proposta de emenda à Constituição. Ainda, há expressa referência ao fato de se ter uma demanda social, organizada, exigente de moradia. Tal evidencia um aspecto da historicidade do direito à moradia, pois, tratava-se de reivindicação social, organizada a partir da real necessidade de moradia, sendo pertinente registrar que diversos movimentos atuais continuam a reivindicação, reforçando a historicidade do direito²²².

Já na Câmara dos Deputados, tendo sido autuado em 29 de maio de 1998, sobre n. 601/1998, a proposta de emenda à Constituição recebeu voto favorável, com considerações mais esclarecedoras da evolução do reconhecimento do direito à moradia no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Registrou-se a expressão do direito no artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a especificidade da Agenda *Habitat*, desde 1976, com a Declaração de Vancouver. Também são listados dezenas de Estados em que o direito já estava reconhecido. Ainda, discorre-se sobre dispositivos originários da Constituição de 1988 que protegem o direito à moradia, com referências aos artigos 7º, IV, 23, IX, e 183. Vale citar trecho exemplar do voto de relatoria para identificar os fundamentos do direito à moradia como direito humano que impulsionaram a proposta de emenda à Constituição:

A Agenda Habitat coloca, como princípios e objetivos essenciais, a moradia adequada para todos, como um direito que deve ser progressivamente assegurado, e o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos. Afirma que, desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o direito à moradia adequada tem sido reconhecido como um importante elemento do direito a um padrão de vida adequado. Os governos signatários reconhecem sua responsabilidade no setor habitacional e sua obrigação de

²²¹ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Dossiê PEC 601-1998*, p. 10. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/pesquisa/avancada>, acesso em 01/10/2017.

²²² Na atualidade, sobre um dos movimentos reivindicativos de moradia: BOULOS, Guilherme. *Porque Ocupamos? Uma introdução à luta dos sem-teto*. 3ª ed. São Paulo: Autonomia literária, 2015.

proporcionar à população o suporte necessário para conseguir moradia, bem como de proteger e melhorar as condições habitacionais. A provisão de moradia adequada, segundo o documento, exige medidas não apenas dos governos, mas também da comunidade internacional e de todos os setores da sociedade, como o setor privado, as organizações não-governamentais e as autoridades locais. O documento entende moradia adequada, vale notar, em um sentido amplo, englobando não apenas a habitação em si, mas também a infra-estrutura e o acesso aos serviços públicos essenciais.²²³

Em fevereiro do ano 2000, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 26, o que pode ser considerado representativo de uma função dos direitos humanos que nos referimos no item 2.1., ao relacionarmos estes e os direitos fundamentais. É própria dos direitos humanos a função *normogenética*, a significar que são fundamentos para o reconhecimento de direitos fundamentais na ordem interna. Claramente, temos tal função realizada no caso da inserção do direito à moradia, expressamente, no artigo 6º da Constituição brasileira, em decorrência direta da experiência de representantes do Estado brasileiro na Conferência Habitat II, promovida pela ONU, em 1996.

Passemos adiante ao estudo das estratégias de positivação do direito à moradia na Constituição de 1988. Como já adiantamos acima, são vários os dispositivos originários da Carta constitucional que protegem o direito em estudo. Vejamos.

5.2. AS ESTRATÉGIAS DE POSITIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Neste item trataremos sobre as estratégias de positivação aplicadas aos dispositivos constitucionais expressa e pontualmente pertinentes ao direito em foco. Delimitamos nestes termos este ponto, pois, há dispositivos expressos na Constituição que são pertinentes a todos os direitos fundamentais, sejam individuais ou sociais, como é o artigo 1º, III, que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado, sobre o qual já expusemos nos itens 2.2. e 3.3. E há dispositivos que se aplicam a vários direitos fundamentais, como o disposto no artigo 170, VII, que prevê o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais como regente na ordem econômica, sobre o qual apresentamos algumas considerações no *item 3.1*. Também há dispositivos que fundamentam a tutela da moradia de populações indígenas e quilombolas, aí

²²³ CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Dossiê PEC 601-1998*, p. 26. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/pesquisa/avancada>, acesso em 01/10/2017.

envolvendo aspectos próprios às tradições, costumes etc. de cada população a caracterizar a moradia, o que não é objeto desta pesquisa²²⁴. Muitos outros dispositivos poderiam ser identificados como pertinentes, por isso fizemos este corte para versar sobre os que são expressos e pontuais quanto ao direito à moradia. Da leitura da Constituição verificamos os seguintes dispositivos que nos interessam, sendo os artigos 6º, *caput*; 7º, IV; 23, IX; 182, *caput*; 183, *caput* e §1º; e 191, *caput*. Nossa exposição seguirá a ordem apresentada no texto da Constituição e faremos breves referências à legislação infraconstitucional que pode ser identificada como concretizadora da disposição constitucional comentada.

O artigo 6º inaugura o Capítulo II, Dos Direitos Sociais, este contido no Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e traz o seguinte texto, atualmente²²⁵:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nos termos como posto neste artigo 6º a moradia como direito social, se diz que há positivação por meio de *norma programática*. Tal estratégia pode ser caracterizada por levar ao ordenamento jurídico uma prescrição de baixa densidade normativa, conforme pontua NUNES JUNIOR, mas suficiente para se identificar que veicula “*um fim, criando, para o Estado, um dever de agir, sem contudo precisar como, quando e o que deve exatamente ser feito*”²²⁶. O que é certo é o dever de realização do princípio adotado pela norma. Em outros termos, é vedada conduta que contradiga a normatividade de tal dispositivo.

Conforme tratado acima, a inserção do direito à moradia no elenco de direitos sociais do artigo 6º se deu por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 15 de fevereiro de 2000. E, conforme ressalta SAULE JUNIOR, restou eliminada qualquer dúvida quanto a proteção do direito à moradia com a inclusão no texto constitucional, o que “*impõe sua observância no mesmo patamar dos demais direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico*”. O referido autor afirma que a “*eficácia jurídica do artigo 6º e demais normas da Constituição reconhecem o direito à moradia como um direito social*”, devendo ser entendida a eficácia jurídica como implicativa da “*realização efetiva dos resultados buscados pelas normas que*

²²⁴ Sobre o direito à moradia das populações indígenas e quilombolas: SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 172/175.

²²⁵ Redação dada pela Emenda Constitucional n. 90/2015.

²²⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 98.

tratam do significado, abrangência e forma de exercício do direito à moradia”. Sobre a eficácia normativa, embora o referido autor entenda que não cabe utilizar a denominação *normas programáticas* no direito brasileiro, sustenta o seguinte:

O direito à moradia como preceito constitucional, mesmo que fosse entendido como uma norma programática, é norma jurídica, portanto emite comandos jurídicos impondo o dever aos agentes públicos e todos os membros da sociedade de ter condutas e ações que não criem impedimentos e violações a este direito²²⁷.

Com a expressa inserção do direito à moradia entre os direitos sociais previstos no artigo 6º, *caput*, é de rigor, como ressaltado pela doutrina citada acima, compreender tal direito no regime dos direitos fundamentais. Isso quer dizer que o direito à moradia, enquanto direito fundamental social, passa a integrar o núcleo do ordenamento constitucional, compondo a definição elementar da relação entre Sociedade e Estado regida pela Constituição. Nessa qualidade, fica protegido como cláusula pétrea na ordem constitucional brasileira e sua aplicabilidade é imediata.

Importante anotar que ao qualificarmos o dispositivo do artigo 6º como norma programática, estamos reconhecendo uma normatividade específica, que embora *não evidencie como, o que e quando deve exatamente ser feito*, reconhece direito fundamental, então, implica em limites e obrigações ao Estado. Além do mais, como já desenvolvemos no item 3.2., as normas programáticas são normas jurídicas e têm muitas funções no ordenamento. Como princípio, devemos compreender o direito à moradia, previsto no artigo 6º, em sua máxima eficácia²²⁸, com repercussão interpretativa a determinar o conteúdo de outras normas, a utilidade como paradigma de controle de constitucionalidade, a imposição do dever de editar leis para concretizar o direito fundamental no nível infraconstitucional e, muito importante, tem eficácia negativa, isto é, impõe abstenção de ações que contradigam o fim que busca e o direito fundamental que protege. Nesse quadro, mesmo com enunciado característico de norma programática, há de se considerar todo o potencial de sua normatividade, o que afasta, a nosso

²²⁷ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 167, 175 e 179. O autor traz histórico das classificações das normas constitucionais em autoexecutáveis e não-autoexecutáveis, registra a evolução doutrinária após a 2ª Guerra Mundial com a denominação como *normas programáticas* às normas sobre direitos econômicos, culturais e sociais, e afirma posição pessoal: “O nosso entendimento é da inexistência de normas constitucionais programáticas, principalmente no que diz respeito às normas que definem direitos e às medidas necessárias para o pleno exercício deste” (p. 175/179).

²²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do Direito à Moradia na Constituição de 1988*. in Cadernos de Direito. Piracicaba: Unimep, jul/dez.2003, p. 6.

juízo, a adjetivação como sendo norma de baixa densidade o direito fundamental social à moradia como previsto no artigo 6º.

Nessa toada, um dos efeitos que podemos verificar a partir da Emenda Constitucional n. 26/2000 é o dever do Estado brasileiro em garantir moradia a todos que necessitarem. No ordenamento infraconstitucional, já encontrávamos o direito das pessoas em situação de vulnerabilidade social à prestação na forma do aluguel social, como benefício eventual, previsto no artigo 22 da Lei n. 8.742/93²²⁹, a Lei Orgânica da Assistência Social, e regulamentado pelo Decreto n. 6.307/07²³⁰. O benefício é previsto em lei como de caráter temporário e destinados a pessoas desabrigadas atingidas por desastres, calamidade pública entre outras situações sociais que comprometam a sobrevivência. Também há leis municipais e estaduais que regulamentam esse benefício como temporário. Mas, com o direito à moradia expressamente previsto no artigo 6º, a interpretação da legislação infraconstitucional deve ser renovada e há de se entender que o Estado passou a ter mais obrigações no que pertinente à matéria, devendo salvaguardar quem necessitar, não de modo transitório. Então, a pessoa ou a família que for inserida no programa como beneficiário do aluguel social deverá ter garantida a moradia enquanto necessitar.

Já no artigo 7º, IV, da Constituição que, assim como o artigo 6º, também está no Capítulo II do Título II da Constituição, encontramos o seguinte enunciado sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais:

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

Nesse dispositivo a moradia compõe um conjunto que remete às condições sociais do trabalhador e vincula, com base em norma que unifica o valor do salário mínimo no território nacional, diretamente quem o emprega e remunera. Apesar de o texto ordenar que o salário mínimo seja capaz de atender determinadas *necessidades vitais básicas*, de modo a viabilizar um cálculo para se identificar o valor nominal suficiente, a realidade econômico-social, interfere

²²⁹ BRASIL. Lei n. 8.742/93. Dispõe sobre a Organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm, acesso em 15/10/2017.

²³⁰ BRASIL. Decreto n. 6.307/07. Dispõe sobre os benefícios eventuais de que trata o artigo 22 da Lei n. 8.742/93. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6307.htm, acesso em 15/10/2017.

diretamente na compreensão da força normativa deste dispositivo, sendo notório que o salário mínimo nunca esteve em patamar que atendesse às necessidades referidas²³¹. Ou seja, não se reconhece normatividade tal que repercuta diretamente no quanto salarial mínimo. Também aqui se caracteriza uma norma programática.

Importa anotar que tal dispositivo tem como fontes o artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, e o artigo 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1969, os quais ressaltam os direitos humanos como “*indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, não sendo possível, por exemplo, desvincular o direito de a pessoa humana ter um local para morar do seu direito de ter alimentação e saúde*”. Essas características significam que a violação de um direito humano pode resultar na violação de outros, isto é, “*a violação de determinados direitos acarreta, como consequência, a violação do direito à moradia*”²³².

O artigo 23, IX, da Constituição, inserido no Capítulo II, Da União, do Título III, Da Organização do Estado, traz o seguinte texto:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Caracteriza-se como norma programática e merece algumas observações. O artigo 23 traz uma série de competências comuns aos entes federativos, sendo adequado denominar como *competências materiais*, cuja expressão *material* refere-se à atribuição de determinada tarefa ou programa a ser executado. Ademais, esta série de competências tem expressivo conteúdo social, abarcando matérias como saúde e assistência pública (inciso II), acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (inciso V), fomento da produção agropecuária e organização do abastecimento alimentar (inciso VIII) entre outras. Então, “*percebe-se que o concurso de todos os Poderes é reclamado em função do interesse público existente na preservação de certos bens (alguns particularmente ameaçados) e no cumprimento de certas*

²³¹ Sobre o tema, o DIEESE (Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos) publica mensalmente pesquisa que aponta a diferença entre o *salário mínimo nominal* e o *salário mínimo necessário*, considerando as necessidades básicas vitais previstas no dispositivo constitucional aqui comentado. Em maio de 2016, apurou-se o valor do salário mínimo necessário em R\$ 3.777,93 (três mil setecentos e setecentos e setenta e sete reais e noventa e três centavos), sendo o valor nominal legislado em R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais) – conferir em <http://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>, acesso em 12 de junho de 2016..

²³² SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 167.

metas de alcance social”. Com tal envergadura de conteúdo, é seguro que é dever dos Poderes Públicos “*uma ação conjunta e permanente*”²³³.

Essa ação conjunta e permanente terá como objetivo o que expresso justamente no parágrafo único do artigo 23, que impõe a cooperação, coordenada por leis complementares, entre os entes federativos visando “*o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional*”. A definição de competências comuns em matérias de direitos sociais deve ser entendida como expressão do princípio de Estado social. Está constituído um sistema federativo em que os entes públicos têm autonomia em determinadas áreas e matérias ao mesmo tempo em que lhes são atribuídas responsabilidades comuns em outras áreas e matérias, como as que estão descritas no artigo 23 da Constituição Federal.

A organização de competências comuns em matérias de direitos sociais evidencia a constituição do Estado brasileiro “*para assegurar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana por meio de implementação de políticas públicas*”. Tais políticas estarão vinculadas aos objetivos do Estado como “*promover a justiça social, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, assegurar a cidadania e a dignidade da pessoa humana*”²³⁴.

No artigo 23, IX, há mandamento impositivo de política pública para “*promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*”. Neste caso, a norma programática é de espécie diversa da que veicula fins ou princípios que orientam a atuação do Estado. Há algo mais concreto com expressa atribuição da obrigação de se realizar um programa social. De normas programáticas como tais, o programa e a tarefa estão impostos, ordenados; há um mandamento constitucional de execução de uma política pública para construção de moradias e realização de melhorias nas condições habitacionais e de saneamento básico.

Nesses casos em que normas programáticas são “*dotadas de um maior nível de especificação, atribuem tarefas ou programas ao Estado*”, ainda não se identifica um direito subjetivo do cidadão, mas “*havendo suficiente definição do conteúdo, a norma e o direito que a projeta são claramente exigíveis*”. E mesmo que os meios e as formas de realização sejam objeto

²³³ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 112 e seguintes.

²³⁴ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 185.

da discricionariedade, “*pode-se, sob o crivo da razoabilidade e da moralidade, extrair-se a obrigatoriedade de certas condutas públicas, ainda que em patamares mínimos*”. Tal afirmação é juridicamente válida na medida em que a discricionariedade não abarca deixar de realizar a obrigação que a norma seguramente impõe, “*competindo ao agente público a persecução desses resultados, ainda que em patamares modestos, por meios razoavelmente idôneos aos propósitos colimados*”²³⁵.

SAULE JUNIOR expõe em detalhes uma série de efeitos jurídicos decorrentes da força normativa do artigo 23, IX, destacando a necessidade de criação de órgãos e procedimentos para efetivação do direito à moradia:

Com relação à política habitacional, nos termos do artigo 23, inciso IX, a União, Estados e Municípios devem promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico. Essa norma emite a obrigação das entidades federativas implementarem uma política habitacional voltada a atender aos grupos sociais marginalizados e excluídos do mercado habitacional, mediante a realização de programas de habitação de interesse social como, por exemplo, o de urbanização e regularização fundiária de loteamentos populares, favelas e demais assentamentos informais ocupados por estes grupos sociais.

Desta obrigação resulta também que os entes federativos devem criar organismos (Secretarias, Fundações, Institutos, Empresas) e instrumentos para o desenvolvimento da política habitacional como, por exemplo, Fundos de Habitação ou de Desenvolvimento Urbano. Desta obrigação devem ser realizadas ações integradas entre os setores de habitação e de saneamento para promover as melhorias das condições habitacionais de um bairro popular, de um conjunto habitacional, de uma favela²³⁶.

Portanto, carregando norma programática, o dispositivo do artigo 23, IX, da Constituição Federal se mostra como fundamento de validade para que União, Estados, Distrito Federal e Municípios promovam, por estarem obrigados a tanto, programas para construção de moradias, bem como melhorias habitacionais e em saneamento básico, devendo para tanto criarem órgãos e procedimentos eficazes. Dada a ordem expressa na referida norma, havendo necessidade de determinada população pelas prestações impostas, a ausência de tais programas caracteriza omissão inconstitucional. O preceito constitucional é suficientemente detalhado para

²³⁵ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 98/106.

²³⁶ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 191.

se identificar o dever estatal, descabendo estribar-se em alegações como tratar-se de política pública sujeita à discricionariedade, se a população do ente tiver necessidade de tais prestações. Além disso, o programa habitacional deverá ser permanente, ainda que em patamares modestos por invencíveis limitações econômicas, mas a ausência de programas habitacionais não é tolerada pela Constituição. Ademais, há expressa interdependência com o direito ao saneamento básico, o que deverá ser cumprido pelo Poder Público.

Em nível infraconstitucional encontramos algumas leis que devem ser compreendidas como concretização do artigo 23, IX, da Constituição. A Lei n. 11.124/2005²³⁷, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS, tem entre seus princípios a *“compatibilidade e integração das políticas habitacionais federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, bem como das demais políticas setoriais de desenvolvimento urbano, ambientais e de inclusão social”* e *“moradia digna como direito e vetor de inclusão social”*. Também a Lei n. 11.977/2009²³⁸, a qual instituiu o programa “Minha Casa, Minha Vida”, *“tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais”*. E, mais recente, para melhoria das condições habitacionais, a Lei n. 13.439/2017²³⁹, a qual criou o programa “Cartão Reforma” para conceder subvenção econômica *“para aquisição de materiais de construção, destinada à reforma, à ampliação ou à conclusão de unidades habitacionais dos grupos familiares contemplados, incluídos o fornecimento de assistência técnica e os custos operacionais do Programa que estejam a cargo da União”*.

Outro dispositivo da Constituição de 1988 que compõe a proteção constitucional ao direito à moradia é o artigo 182, *caput*, que consta do Capítulo II, Da Ordem Urbana, do Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, traz o seguinte texto:

²³⁷ BRASIL. Lei n. 11.124/05. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111124.htm, acesso em 15/10/2017.

²³⁸ BRASIL. Lei n. 11.977/09. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111977.htm, aceso em 15/10/2017.

²³⁹ BRASIL. Lei n. 13.439/17. Cria o Programa Cartão Reforma e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13439.htm, acesso em 15/10/2017.

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Ao referir-se às *funções sociais da cidade*, o texto constitucional refere-se a atividades humanas como trabalho, moradia, lazer, transporte entre outras para as quais as cidades, isto é, as áreas urbanas, devem ser adequadas, garantindo o bem-estar de quem nela habita. O direito à moradia é, portanto, tutelado por este dispositivo, que se caracteriza como norma programática, dirigida diretamente ao Poder Legislativo ordinário federal, ao impor a tarefa de legislar com diretrizes gerais, e ao Poder Público municipal, nas esferas legislativa e executiva. Afirma-se tratar de norma programática, pois, não se sabe a partir do texto constitucional o que exatamente será exigível, mesmo porque cada cidade terá suas particularidades a serem consideradas, mas é certo, sem margem para discricionariedade, ser exigível judicialmente que as leis anunciadas sejam editadas e que a atuação dos poderes públicos deverá ser no sentido de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, incluindo a moradia, e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Este dispositivo foi concretizado com a edição do Estatuto das Cidades, a Lei 10.257/01²⁴⁰, que prevê entre suas diretrizes, no artigo 2º, I, a garantia do direito à moradia, enquanto componente do direito à cidade sustentável, que também inclui o direito ao saneamento ambiental, ao transporte entre outros. Trata-se da legislação que estabelece os princípios estruturantes da política urbana no Brasil, sendo que traz regras que reforçam o dever do Estado em prestações que satisfaçam o direito à moradia. Por exemplo, em seu artigo 3º, III, afirma a competência da União em promover, por iniciativa própria e em conjunto com demais entes federativos, programas de construção de moradia e melhorias das condições habitacionais, de saneamento básico e de outros elementos que integram o espaço público das cidades. O Estatuto das Cidades também trata da usucapião especial de imóvel urbano e da concessão de uso especial para fins de moradia, sobre as quais trataremos adiante.

Já o artigo 183, *caput*, da Constituição que, assim como o artigo 182, consta do Capítulo II, Da Ordem Urbana, do Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, traz o seguinte texto:

²⁴⁰ BRASIL. Lei n. 10.257/01. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm, acesso em 15/10/2017.

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Com a primeira leitura se constata tratar de dispositivo com elementos jurídicos e fáticos que permitem com clareza delimitar o conteúdo normativo e o âmbito de incidência. Há a atribuição de direito subjetivo ao possuidor de uma área urbana para fim de moradia própria ou da sua família, direito este a ser oposto contra o proprietário da área.

Os direitos públicos subjetivos estão expressos em dispositivos com “*estrutura normativa*” qualificada que investe o beneficiário da norma em “*prerrogativa subjetiva, imediatamente usufruível*”. Define-se o sujeito que pode exercer a prerrogativa, seu objeto e quem está submetido à força normativa. Nestes casos em que o poder constituinte define o direito de modo a prescindir de legislação ordinária para satisfação, revela-se o propósito claro “*de deixar a posse de alguns direitos, tidos como essenciais à dignidade, fora dos debates políticos e de pendengas partidárias*”. São direitos dotados de “*justicialidade*”, ou seja, exigíveis via ação judicial, então, “*instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública e o Judiciário, quando provocados, devem garantir sua aplicação*”²⁴¹.

Neste dispositivo está instituído o usucapião urbano, o qual se mostra fundamental à realidade brasileira, com cidades em que milhares de pessoas vivem na pobreza. E não é novidade na história constitucional do Estado brasileiro, pois, dispositivo semelhante já compôs a Constituição de 1934²⁴². Tal dado histórico e jurídico evidencia que a questão da moradia, especialmente, a questão da segurança da posse de área para fins de moradia, já exigiu atenção imediata do constituinte originário em outra época, visando satisfação das necessidades sociais do povo.

Sobre o dispositivo da Constituição atual, importa anotar que se trata de previsão “*dirigida especialmente para o reconhecimento do direito à moradia da população moradora em*

²⁴¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 123.

²⁴² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Título IV, Da Ordem Econômica e Social. Artigo 125: Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra até dez hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nele a sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita. (disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acesso em 13/10/2017).

favelas situadas em áreas particulares, sem prejuízo de ser aplicado para outras situações de assentamentos ou habitações coletivas irregulares ou informais, como os loteamentos e conjuntos habitacionais populares e os cortiços”. Assim, a segurança jurídica da posse para fins de moradia fica tutelada no plano constitucional, devendo ser aplicado este dispositivo pelo Poder Judiciário, quando assim reclamado pelo titular do direito, para evitar despejos e remoções coletivas em sede de ações de reintegração de posse movida por proprietários particulares²⁴³.

O Estatuto das Cidades²⁴⁴ também regulamentou este dispositivo constitucional, praticamente repetindo o texto no artigo 9º, inserindo que também o prédio urbano, não só a área urbana, poderá ser objeto de usucapião. Também foi previsto no artigo 10 da mesma lei o usucapião coletivo de núcleos urbanos informais, viabilizando a aquisição do domínio como garantia da posse a quem exerce o direito à moradia em favelas ou outra formação urbana informal.

Importante ressaltar que o direito à usucapião para fins de moradia tem fundamento na Constituição de 1988, como direito público subjetivo. Então, tal direito fundamental social, embora também previsto em lei ordinária, não fica sujeito a restrições neste nível normativo. Não poderia e não poderá o legislador ordinário criar mais critérios para aquisição do domínio para fins de moradia além dos que já previsto no plano constitucional.

Ao seguirmos nossa análise das estratégias de positivação do direito à moradia na Constituição de 1988, encontramos o artigo 183, §1º, com o seguinte texto:

O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

Aqui a Constituição institui a concessão de uso para proteção do direito à moradia em áreas públicas, estas que não poderão ser adquiridas por usucapião, nos termos do §3º do mesmo artigo. Assim, *“o direito à moradia também é reconhecido para as pessoas e famílias que estão*

²⁴³ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 376/381.

²⁴⁴ BRASIL. Lei n. 10.257/01. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm, acesso em 15/10/2017.

na posse de áreas urbanas públicas que atendam os requisitos constitucionais do artigo 183, conferindo neste caso não o domínio, mas a concessão de uso especial para fins de moradia”²⁴⁵.

A função social da propriedade, neste dispositivo, determina uma função social também à propriedade pública e garante igualdade de tratamento às populações que exercem o direito à moradia, seja em área pública ou privada, já que nestas há o direito à usucapião e naquelas, à concessão. A concessão gera, a quem mora, segurança na posse e, ao poder público, assegura a destinação da área à moradia. Portanto, o artigo 183, §1º, impõe dever aos entes públicos de não violar a posse para fins de moradia e gera direito público subjetivo de concessão de uso aos que exercem a moradia em áreas públicas urbanas, na qualidade de direito fundamental, passível de ser reconhecido pelo Poder Judiciário²⁴⁶.

Este dispositivo também foi regulamentado na legislação infraconstitucional. O Estatuto das Cidades²⁴⁷ trouxe a previsão genérica no artigo 4º, V, ‘h’, e, no texto da lei aprovada pelo Congresso Nacional, detalhava o instituto nos artigos 15 a 20. Estes dispositivos foram vetados e o Presidente da República editou a Medida Provisória n. 2.220/01, regulamentando o instituto. Aqui também ressaltamos que trata-se de direito fundamental com previsão expressa no texto originário da Constituição de 1988, ficando livre de restrição ou criação de critérios mais dificultosos no nível normativo infraconstitucional para exercício do direito.

Por fim, o artigo 191, da Constituição, constante do Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, Capítulo III, Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, traz a seguinte redação:

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Mais uma vez, o constituinte tutela o direito à moradia por meio da instituição de direito público subjetivo, delineando os elementos fáticos e jurídicos que atribuem prerrogativa subjetiva ao sujeito de direito na situação descrita. Como visto acima, já na Constituição de 1934,

²⁴⁵ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 171.

²⁴⁶ *Idibem*, p. 399/406.

²⁴⁷ BRASIL. Lei n. 10.257/01. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm, acesso em 15/10/2017.

encontrávamos dispositivo semelhante. Trata-se de regra destinada à tutela do direito à moradia das populações rurais, prevendo os requisitos que acarretam “a aquisição da propriedade pela usucapião rural”²⁴⁸.

Importa ressaltar que os dispositivos constantes dos artigos 183, *caput*, e 191, *caput*, tutelam a moradia, essa é a finalidade das normas constitucionais referidas. Embora atribuam à posse o efeito de gerar o domínio sobre a área, isto é, o possuidor adquire a propriedade, nestas normas não se tutela a propriedade. Esta servirá como garantia de permanência da moradia, trará segurança jurídica no exercício do direito à moradia. A moradia, enquanto finalidade da posse, é que está tutelada, de modo que outra finalidade, ainda que adequada à função social da propriedade, como a exclusiva finalidade comercial ou agrícola, não estará protegida pelas normas veiculadas nos artigos 183, *caput*, ou 191, *caput*.

Enfim, verificados os dispositivos constitucionais expressamente pertinentes ao direito à moradia e identificadas as estratégias de positivação utilizadas para a constitucionalização, avançamos para conhecer melhor o conteúdo jurídico de tal direito.

5.3. CONTEÚDO JURÍDICO DO DIREITO À MORADIA E O MÍNIMO VITAL

Nossa pesquisa perquire o conteúdo do direito à moradia a partir do texto da Constituição brasileira, considerando as estratégias de positivação desse direito no texto constitucional. Também pesquisamos o perfil social do Estado brasileiro, pois, como vimos, define o modo de ser e atuar estatal, necessariamente vinculado a salvaguardar o ser humano, em todas as suas dimensões. Ainda, apuramos no plano internacional como se dá a proteção do direito à moradia, pois, devemos ter em mente que a tutela a tal direito no ordenamento jurídico brasileiro deve ser desenvolvida a partir da compreensão desse direito no âmbito dos direitos humanos²⁴⁹. Daí que ressaltamos a literalidade do artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o seguinte texto:

²⁴⁸ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 172.

²⁴⁹ Nesse sentido: SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 99.

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

O Comentário Geral n. 4, enquanto ato interpretativo do artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, repercute na compreensão sobre o direito à moradia adequada no Brasil, como vemos em documento oficial da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, com resumo sobre como se identifica uma moradia adequada, sendo destacado inicialmente a segurança na posse. Vejamos:

Refletindo sobre o que é o direito à moradia adequada, podemos afirmar que uma série de condições devem ser atendidas antes que formas particulares de abrigo possam ser consideradas como moradia adequada. Para que o direito à moradia adequada seja satisfeito, há alguns critérios que devem ser atendidos. Tais critérios são tão importantes quanto a própria disponibilidade de habitação. O Comentário n. 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define o que considera uma moradia adequada:

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 levadas 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 localizadas em áreas poluídas ou perigosas;

Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural²⁵⁰.

É relevante verificar que a interpretação apresentada por órgão oficial da ONU sobre o direito à moradia tenha repercutido diretamente em documento oficial do Poder Executivo federal brasileiro. É evidência do efeito tanto da própria declaração do direito como direito humano, quanto da influência que a especificação da proteção pela instituição internacional pode alcançar, definindo a compreensão sobre o direito no âmbito interno. O direito à moradia deve ser compreendido, portanto, como direito à moradia adequada, o que abrange segurança na posse da área para fins de moradia, isto é, segurança em permanecer no local e poder defendê-lo com amparo no Direito, além de abarcar qualidades sanitárias e elementos do entorno, da vizinhança, como acesso a serviços públicos, localização e baixos custos para permanência da moradia.

Uma questão que é enfrentada na doutrina é se o direito à moradia sustenta exigibilidade judicial por quem necessitar de um imóvel para moradia. Isto é, há direito público subjetivo à moradia? Em doutrinas, encontramos respostas divergentes.

Há posição interessante que afirma inviável o exercício do direito à moradia a partir do texto da Constituição. DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS sustentam que o artigo 5º, §1º, da Constituição é expresse ao reconhecer aplicabilidade imediata às “*normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais*”, então, as normas que não são definidoras, isto é, que forem insuficientes ao delimitar um direito, estas “*não são imediatamente aplicáveis na realidade social*”, pois, “*impossível aplicar um direito sem conhecer as hipóteses e condições de sua incidência e as formas de seu exercício*”. Para os referidos autores, o direito à moradia está incluso dentre os quais não estão satisfatoriamente definidos na Constituição, ficando dependente de “*interposição do legislador*” que regulamente “*o direito fundamental social, criando as condições orçamentárias, organizacionais e procedimentais necessárias para o seu exercício*”²⁵¹.

Por outro lado, JOSÉ AFONSO DA SILVA discorre sobre “*duas faces*” do direito à moradia. A primeira face é negativa, onde o Estado e terceiros devem se abster de privar ou impedir o indivíduo de ter uma moradia. A segunda face, positiva, “*que é a nota principal do*

²⁵⁰ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à moradia adequada*. Brasília – Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p. 14. Disponível em <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-moradia-adequada>, acesso em 11/08/2017.

²⁵¹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 96-97.

direito à moradia, como dos demais direitos sociais”, legitimadora da pretensão do titular em obter uma moradia “*por via de ação positiva do Estado*”²⁵². Vemos nessa exposição a expressão da dimensão subjetiva do direito fundamental, detalhando a eficácia negativa, onde há dever do Estado e outros particulares de não intervirem ou aniquilarem o direito, e a eficácia positiva, que fundamenta uma pretensão contra o Estado. Mas o questionamento não fica integralmente respondido, pois, afirmar ser possível obter uma moradia por via de ação positiva do Estado não deixa claro se significa que uma pessoa possa, isoladamente, exigir uma moradia para si e sua família ou se deverá fazê-lo enquanto participante de um programa social que, paulatinamente, atende a demanda por moradia ao longo dos anos.

Mais precisa é CAROLINA ZANCANER ZOKUN quem sustenta que “*o cidadão tem direito subjetivo público à moradia*”. Para tanto, a autora vale-se da ordem contida no artigo 5º, §1º, da Constituição Federal que “*assegura a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (...) dentre os quais estão incluídos os direitos sociais*”, então, sendo direito subjetivo público, poderá o direito à moradia ser exigido judicialmente contra o Estado²⁵³. Vemos nessa posição clara afirmação de que o cidadão tem direito público subjetivo à moradia, podendo, então, exigir a satisfação do direito.

Mas a afirmação do direito público subjetivo à moradia com fundamento no artigo 5º, §1º, da Constituição brasileira mostra-se passível de críticas. Mesmo com a conjugação dos dispositivos, o artigo 6º, *caput*, e o artigo 5º, §1º, não se vislumbra o que é exigível e de quem (particular, União, Estado, Município) é exigível no que pertinente ao direito à moradia. É certo que há clara expressão normativa do artigo 5º, §1º, no sentido de que uma vez em vigor a Constituição de 1988 não se pode acoimar de inaplicável ou sem eficácia um dispositivo sobre direitos fundamentais. Mas, daí dizer que o direito público subjetivo à moradia está configurado, podendo ser exigida uma moradia, imediatamente, é um salto interpretativo.

SAULE JUNIOR também traz posição que exalta a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, mas situa o exercício do direito à moradia no contexto de políticas públicas voltadas aos que se encontram em condição de pobreza, valendo a citação do parágrafo:

²⁵² *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 315.

²⁵³ ZOCKUN, CAROLINA ZANCANER. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 135/136.

Nas normas definidoras do direito à moradia a aplicação é imediata, o que faz com que suas eficácias sejam plenas. Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim constituir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os seguimentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida²⁵⁴.

SAULE JUNIOR afasta o cabimento jurídico-constitucional de cada cidadão ter direito a receber uma moradia, devendo haver políticas públicas voltadas às pessoas necessitadas. Já o que vemos ao analisarmos a lição de ZOCKUN em relação à de DIMOULIS e MARTINS é que são posições diametralmente opostas e em ambas há apego ao texto constitucional. Cremos que sobre o direito à moradia a Constituição não traz prescrição completa de modo a configurar um direito público subjetivo. Diante desse quadro, somente dados fáticos de um caso concreto é que serão decisivos para a verificação do direito material. Como já estudado no item 1.6, sobre a força normativa da Constituição, há condicionamentos *recíprocos* entre norma positivada e realidade. Portanto, a configuração do direito público subjetivo não está circunscrita aos enunciados normativos, devendo o intérprete buscar dados concretos de um caso para compreender a situação jurídica, se configuradora ou não de direito público subjetivo.

Por outra perspectiva, nos questionamos se o direito à moradia, enquanto direito fundamental social, está contido no direito ao mínimo vital, o que implicaria ao Estado brasileiro o dever de prestar ações para realização desse direito a todos que necessitarem, bem como o dever de não agir de modo a impedir ou excluir alguém do exercício desse direito. Nossa perquirição parte, necessariamente, do principal dispositivo normativo para tutela do direito à moradia enquanto direito humano, o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ali encontramos a direta relação entre tal direito e os direitos à alimentação e à vestimenta. Morar, alimentar-se e vestir-se, a si e sua família: direitos declarados comprometendo os Estados a tutelar, promover e garantir a todos os seres humanos.

²⁵⁴ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 182/183.

São compreensíveis os questionamentos sobre o que estaria incluso no denominado *mínimo vital*²⁵⁵ passível de exigência de satisfação pelo Estado, especialmente quando se reclama considerações sobre a escassez de recursos públicos. Cremos que está aí a pertinência de tratar sobre o direito ao mínimo vital, vez que se mostra palpável apontar o piso material no qual cada ser humano deve ser garantido pelo Estado. Essa garantia deve ser entendida como o dever do Estado de prestar o que necessário a atingir o mínimo e de não intervir de modo a privar o ser humano do mínimo. E vemos no artigo 11 do Pacto acima referido que o direito à moradia está diretamente atrelado ao direito à alimentação e à vestimenta, o que gera inevitável consideração de ser algo mínimo ao ser humano, um mínimo vital: morar, vestir-se e alimentar-se.

Na ordem constitucional brasileira, como vimos acima, a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental do Estado, devendo ser realizado na maior medida possível, e há dispositivos que expressamente reconhecem o direito à moradia. O artigo 6º traz em seu elenco de direitos sociais o direito à moradia; no artigo 23, IX, há ordem para realização, por todos os entes federativos, de programa de construção de moradias; nos artigos 183 e 191 encontramos regras que exaltam a moradia como fato jurídico determinante da segurança na posse de imóvel para gerar a aquisição do domínio ou a concessão de uso para moradia. Estas disposições constitucionais evidenciam que a moradia é direito que o constituinte buscou realizar por várias vias, isto é, há esforço em normatizações na busca da realização do direito a partir do nível constitucional. Cremos que tais considerações podem compor a base da afirmação de que o direito à moradia compõe o mínimo vital na ordem constitucional brasileira, já que temos normas que expressam a moradia como valor social fundamental a ser positivado no plano jurídico para que todos o exerçam como meio para uma vida minimamente digna.

NUNES JUNIOR afirmar que o direito à moradia é um direito fundamental social e componente do mínimo vital, este como parâmetro para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, e sustenta ser válida a dedicação interpretativa que qualifique esse direito fundamental social como direito público subjetivo²⁵⁶. SARLET aponta que a identificação de haver direito público subjetivo à moradia dependerá de circunstâncias do caso concreto. A solução deverá considerar, necessariamente, a normatividade do princípio da separação dos poderes, sendo, portanto, “*indispensável a ponderação (hierarquização) dos bens e valores em conflito*”.

²⁵⁵ Sobre o que tratamos no item 3.3.

²⁵⁶ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p.134/135.

Em arremate, SARLET defende que a dignidade da pessoa humana e o “*padrão mínimo existencial*”, como fatores normativos interpretativos, podem conduzir ao reconhecimento de “*um direito subjetivo definitivo a prestações*”²⁵⁷. O mesmo autor refere-se, contudo, que no Supremo Tribunal Federal “*não se registra julgado assegurando direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado*”²⁵⁸.

Enfim, nossa conclusão sobre o conteúdo jurídico do direito à moradia passa pela consideração de que as normas e interpretações sobre o direito à moradia, expedidas no âmbito da ONU, são determinantes da interpretação e aplicação das normas da ordem constitucional brasileira. Já em nossa Constituição Federal, o direito à moradia está previsto por meio de diversas estratégias de positivação e há muitos dispositivos que concorrem para se identificar o conteúdo e a proteção constitucional a tal direito fundamental social, como o princípio da dignidade da pessoa humana, o objetivo de erradicar a pobreza entre outros. Como sustentado acima, o direito à moradia compõe o mínimo vital, o que significa que o Estado estará obrigado a prestar e não intervir no mínimo vital, portanto, em cada caso concreto em que um ser humano reclamar o direito à moradia, seja a demanda ou a defesa da moradia, em âmbito judicial ou administrativo, caberá perquirir haver ou não direito subjetivo. Em todo caso, ressaltamos, quanto ao direito à moradia, no que pertinente ao mínimo vital, há direito público subjetivo, conforme acima estudado, devendo ser garantido pelo Estado, prestando ações para realiza-lo e não agindo para excluir alguém do exercício de tal direito.

A seguir, traremos à dissertação algumas decisões recentes do Poder Judiciário brasileiro, que resolve sobre o direito à moradia em diversas situações. Faremos análises críticas sobre os fundamentos lançados nas decisões, visando avaliar a qualidade das fundamentações no contexto do direito à moradia como direito fundamental social na ordem constitucional brasileira, considerando o que estudamos até aqui.

²⁵⁷ *Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do Direito à Moradia na Constituição de 1988*. in Cadernos de Direito. Piracicaba: Unimep, jul/dez.2003.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016 p. 623.

6. O DIREITO À MORADIA EM RECENTES DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Analisar algumas decisões recentes do Poder Judiciário se mostra muito pertinente à pesquisa que pretendemos, por dois aspectos. Primeiro, tratamos sobre o neoconstitucionalismo como conjunto de fenômenos que ocorrem no constitucionalismo atual, incluindo um sensível deslocamento de poder com ascensão do Poder Judiciário frente aos demais. Segundo, ao abrirmos o segundo capítulo, sobre a teoria dos direitos fundamentais, vimos que é adequado o estudo da matéria incluindo uma dimensão analítica, que aborde doutrina, legislação e jurisprudência formulando crítica à ideologia subjacente ao Direito posto. Portanto, cremos que as análises que seguem completam esta dissertação – ao mesmo tempo que sabemos haver muito mais a estudar, analisar e aperfeiçoar sobre o direito fundamental social à moradia. Seguimos.

O Poder Judiciário é constantemente provocado a decidir sobre diversos casos em que o direito à moradia é posto em questão. Há uma recente evolução verificada em decisões que garantem o exercício do direito, mas há muito a debater e afirmar para que se consolide um patamar de entendimento sobre a moradia como direito fundamental e merecedor da tutela judicial que garanta a promoção e a inviolabilidade do direito. Como no Brasil vige um sistema misto de controle de constitucionalidade, encontramos decisões judiciais que, desde as instâncias ordinárias até o Supremo Tribunal Federal, avançam em interpretações sobre o conteúdo e o alcance das normas constitucionais sobre o direito à moradia. Também encontramos decisões que afirmam a vigência de um determinado dispositivo, mas são rápidas em não reconhecer eficácia suficiente para resultar, no caso concreto, a tutela do cidadão.

As decisões selecionadas trazem considerações que têm pertinência em maior ou menor grau com os pontos estudados. Iniciamos com seleção de decisões do Supremo Tribunal Federal, seguiremos com decisões do Superior Tribunal de Justiça e, após, com decisões das instâncias ordinárias. Justificaremos, pontualmente, com análises críticas, cada decisão selecionada.

6.1. O DIREITO À MORADIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Para a presente pesquisa, que envolve dois temas, o do perfil social do Estado e o do direito à moradia a partir da Constituição de 1988, analisar alguns julgados do Supremo Tribunal Federal é fundamental para conhecer como tal tribunal, que exerce funções de tribunal

constitucional e de instância extraordinária da jurisdição, julga sobre o direito à moradia. Articulamos três pontos que envolvem alguns casos julgados.

6.1.1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 422.349 E A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL DEFINIDA NO TEMA 815

Neste primeiro caso, o direito à moradia e a competência municipal para ordenação do espaço urbano foram objeto de densa interpretação. As instâncias ordinárias haviam reconhecido como válida regra do direito municipal que vedava constituição de lotes menores do que 360m², o que foi considerado suficiente para não reconhecer o direito público subjetivo de um cidadão e sua família em usucapir área de até 250m². Em linhas gerais, ficara reconhecido pelas instâncias ordinárias que a competência atribuída pela Constituição ao Município para ordenar o espaço urbano tinha eficácia tal que se em um determinado município o legislativo local definisse lote mínimo maior do que 250m², não caberia aplicação do artigo 183, *caput*, que prevê o direito ao usucapião especial para fins de moradia de área com até 250m². Tal decisão foi reformada pelo STF, com considerações que detalhamos e analisamos a seguir.

Tratou de julgamento ocorrido em 29 de abril de 2015, o RE 422.349/RS, sendo Relator o Ministro DIAS TOFFOLI, quando se debateu sobre a competência municipal para definir a política urbana, nos termos dos artigos 182, §1º²⁵⁹, e 30, VIII²⁶⁰, da Constituição Federal e o direito à usucapião especial urbana, previsto no artigo 183, *caput*. No caso citado, em primeira instância e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, as decisões indeferiram o pedido de usucapião, tendo em vista que a legislação local definia como lote mínimo a área de 360m², o que fora considerado naquelas instâncias como impeditivo de usucapir área de 225m², então, dentro do limite previsto no dispositivo constitucional. Provocado o STF, enquanto instância

²⁵⁹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

²⁶⁰ Art. 30. Compete aos Municípios: VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

extraordinária da jurisdição, foi realizado julgamento com reconhecimento da repercussão geral²⁶¹ da matéria, assim definida no *Tema 815*²⁶²:

Possibilidade de legislação infraconstitucional obstar o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana, previsto no art. 183 da Constituição Federal, mediante o estabelecimento de módulos urbanos na área em que situado o imóvel.

Houve provimento ao recurso extraordinário para reconhecer o direito do recorrente que pleiteava a declaração de usucapião e foi aprovada a seguinte tese pertinente à repercussão geral, conforme se lê na ementa de julgamento:

Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial urbana. Interessados que preenchem todos os requisitos exigidos pelo art. 183 da Constituição Federal. Pedido indeferido com fundamento em exigência supostamente imposta pelo plano diretor do município em que localizado o imóvel. Impossibilidade. A usucapião especial urbana tem raiz constitucional e seu implemento não pode ser obstado com fundamento em norma hierarquicamente inferior ou em interpretação que afaste a eficácia do direito constitucionalmente assegurado. Recurso provido.

1. Módulo mínimo do lote urbano municipal fixado como área de 360m2. Pretensão da parte autora de usucapir porção de 225m2, destacada de um todo maior, dividida em composesse.

2. Não é o caso de declaração de inconstitucionalidade de norma municipal.

3. Tese aprovada: preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser obstado por legislação infraconstitucional que estabeleça módulos urbanos na respectiva área em que situado o imóvel (dimensão do lote)

4. Recurso extraordinário provido.

Trata-se de julgamento relevante, dadas as fundamentações constantes dos votos que o compuseram. Fez-se interpretação sistemática que relaciona a usucapião para fins de moradia,

²⁶¹ Trata-se de instituto processual que funciona como filtro de acesso ao STF, definido no artigo 102, § 3º, da Constituição Federal, nos seguintes termos: *No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.* O instituto está regulamentado no Código de Processo Civil vigente, em termos equivalentes ao que vigia à época do julgamento do RE 422.349, aqui comentado, com a seguinte disposição, no artigo 1035, §1º, para sua caracterização: *Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.*

²⁶² Conferir em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2215877&numeroProcesso=422349&classeProcesso=RE&numeroTema=815>, acesso em 05/08/2017.

prevista no artigo 183, *caput*, da CF, com a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento do Estado brasileiro, nos termos do artigo 1º, III, com eficácia interpretativa determinante também da norma que atribui aos municípios a competência para ordenação do território urbano adequado às funções sociais da cidade para garantir o bem-estar dos habitantes. Tal reconhecimento da eficácia interpretativa é, como vimos, própria do neoconstitucionalismo, em que os princípios, especialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, irradiam sua eficácia sobre as demais normas para determinar seus conteúdos. Vejamos a passagem do voto do Ministro relator no caso comentado:

Tampouco se pode descurar da circunstância de que a presente modalidade de aquisição da propriedade imobiliária foi incluída em nossa Carta como forma de permitir o acesso dos mais humildes a melhores condições de moradia, bem como para fazer valer o respeito à dignidade da pessoa humana, erigido a um dos fundamentos da República (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), fato que, inegavelmente, conduz ao “pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade”, além de “garantir o bem-estar de seus habitantes” (art. 182, *caput*, da Constituição Federal).

Em voto vista, o Ministro LUIZ FUX fez reflexões mais profundas sobre o direito à moradia no Brasil, a partir da Constituição de 1988. Tratou sobre as disposições constitucionais que definem as atribuições e responsabilidades municipais para ordenação do território urbano, formulando severa crítica ao apontar uma omissão do poder público local como violadora do direito e destacando a problemática ocupação do solo no Brasil, vendo no direito subjetivo previsto no artigo 183 da CF, replicado no Estatuto das Cidades, uma forma de assegurar o exercício do direito fundamental à moradia às famílias e realizar a função social da propriedade. Vejamos as passagens do voto:

Na inércia do Município em cumprir a sua missão de ordenamento territorial, contudo, a consolidação de situações de fato ilícitas pelo decurso do tempo faz surgir o direito subjetivo à aquisição originária do direito real de propriedade, mediante o atendimento dos requisitos estabelecidos pelos artigos 183 da Constituição Federal e 9º do Estatuto da Cidade.

Com efeito, não pode a população urbana, em constante crescimento e expansão territorial, ser privada do seu direito de moradia (artigo 6º, *caput*, da Constituição Federal) pela inoperância do Município em prover a adequada urbanização do seu território. Ao contrário, deve ser protegida a segurança jurídica daquele que deu função social à sua posse, estabelecendo no solo urbano a residência da sua família, de forma prolongada no tempo e incontestada (inclusive pelo Município, a quem caberia apontar eventual irregularidade na ocupação). (...)

Além disso, a relevância jurídica e social da questão constitucional ora debatida é inegável, já que envolve o direito fundamental de moradia, o princípio da função social da propriedade e um instituto através do qual ambos se realizam, que é a usucapião especial urbana”.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 422.349, precisou resolver sobre a aplicação do artigo 183, *caput*, da Constituição, que prevê a usucapião especial urbana de área de até 250m² destinada à moradia individual ou familiar, em município cuja legislação local exigia área maior para formação de um lote. Nas instâncias ordinárias, afirmara-se a competência constitucional municipal para a ordenação territorial urbana como fundamento de validade para vedar no município a aplicação do instituto que protege o direito à moradia, como definido pela Constituição de 1988. Ou seja, haveria autorização constitucional para um município decidir que em seu território o lote mínimo era tal que seria inaplicável o artigo 183, *caput*, da Constituição.

Os autores da ação reclamavam o direito à moradia enquanto direito à prestação, no sentido de que exerciam uma posse em condições que satisfaziam os requisitos constitucionais para que o Estado lhes garantisse a propriedade como segurança para moradia. A persistência do cidadão em buscar tutela na instância máxima do Poder Judiciário alcançou o pronunciamento qualificado que ressaltou especificamente a preponderância das normas constitucionais para a efetividade do direito fundamental social à moradia. O efeito prático é o reconhecimento do direito subjetivo previsto no texto constitucional mesmo que a lei local imponha metragem maior na ordenação de seu território. Embora a autoridade local deva proceder à ordenação de seu território, não o poderá em prejuízo do exercício de direito fundamental social à moradia reconhecido na Constituição Federal a todos que estiverem sob proteção desta.

Vemos nesse caso que, embora seja uma característica dos direitos fundamentais a limitabilidade, tal implica em cedências recíprocas quando ocorre colisão entre direitos fundamentais. Mas, se o caso traz a tensão entre um direito fundamental e outro valor constitucional, há de se maximizar a normatividade do direito fundamental, como registrado no *item 2.3.* desta dissertação. Vê-se que a organização do Estado e dos entes federativos, com repartições de competências em três níveis, embora configure esfera de competência exclusiva do município (seja específica para ordenação territorial, seja geral para tratar de assuntos de interesse local), tal técnica de organização estatal não faz prevalecer a legislação local sobre o direito fundamental reconhecido na Constituição Federal. Caso prevalecesse o entendimento das instâncias ordinárias, teríamos em um município a exclusão do direito dos que lá exercem posse

para fins de moradia de obterem a usucapião mesmo preenchidos os requisitos expressos no artigo 183, *caput*, da CF. Tal solução consolidaria diferença entre os cidadãos que vivem naquele município e os que vivem em outros, como se fosse válido negar a aplicação da Constituição Federal em determinado município em razão de regra prevista em lei local.

Enfim, trata-se de precedente relevante por reconhecer no artigo 183, *caput*, o direito público subjetivo à usucapião como meio de assegurar o exercício do direito à moradia. Também considera a eficácia interpretativa dos princípios da dignidade da pessoa humana e da função social da propriedade a conformarem a normatividade do direito à moradia, implicando também na compreensão das normas constitucionais sobre a ordenação do território municipal como valor constitucional também com força normativa, mas não suficiente a excluir o exercício do direito fundamental. Em linhas gerais, é um precedente que pratica a máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, conformando as normas constitucionais sobre outros bens jurídicos.

6.1.2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 407.688, O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 612.360 E A TESE DE REPERCUSSÃO GERAL DEFINIDA NO TEMA 295

Em outro tema envolvendo o direito à moradia, consolidou-se no Supremo Tribunal Federal jurisprudência no sentido de que o artigo 6º, *caput*, da CF, ao reconhecer o direito à moradia como direito fundamental, não implica na inconstitucionalidade da regra prevista na Lei n. 8.009/90, que excluiu a proteção do bem de família se objeto de fiança em contrato de locação, mesmo que se trate de imóvel destinado à moradia. O RE 407.688²⁶³, julgado em 08 de fevereiro 2006, sob relatoria do Ministro CEZAR PELUSO, foi o precedente para formar uma sólida jurisprudência. Sobreveio o RE 612.360²⁶⁴, julgado em 14 de agosto de 2010, sob relatoria da Ministra ELLEN GRACIE, quando se reconheceu a repercussão geral da matéria e manteve-se a jurisprudência do tribunal.

Nesses casos, temos, então, que o proprietário de imóvel destinado à moradia dispôs de seu bem na condição de fiador em contrato de locação. Sobreveio inadimplemento por parte do locatário, execução do contrato e penhora do imóvel objeto de fiança para satisfazer o débito. O proprietário do bem objeto de fiança reclamou seu direito à moradia como fundamento para

²⁶³ Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>, acesso em 06/08/2017.

²⁶⁴ Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613957>, acesso em 06/08/2017.

obstar o resultado prático, que seria a alienação do bem penhorado e a consequente perda de sua moradia. Então, reclamava-se o direito à moradia em sua eficácia negativa, ou seja, reclamava-se que o Estado, em especial, o Poder Judiciário, não atuasse de modo a excluir ou interromper o indivíduo do exercício do direito à moradia, expressamente previsto no artigo 6º da Constituição. Por primeiro, discorreremos sobre o precedente e, em seguida, formularemos a crítica.

O RE 407.688 foi julgamento relevante, pois, especificou-se que seria enfrentado um dos aspectos da inovação no ordenamento jurídico com o advento da Emenda Constitucional n. 26/2000, que inseriu o direito à moradia no elenco de direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, conforme especificado no relatório do acórdão, este que restou assim ementado:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário provido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

O relator do caso, Ministro CESAR PELUZO, que foi acompanhado por mais seis ministros, expôs em seu voto diversos pontos relevantes à compreensão da normatividade dos direitos sociais, identificando no direito à moradia, previsto no art. 6º, *caput*, da CF, um direito social “suscetível de qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana”, sendo que “em sua dimensão objetiva supõe provisão legal de prestações aos cidadãos”. Nessa qualidade de direito social prestacional, há múltiplas possibilidades ao Estado “concretizar condições materiais do exercício do direito social à moradia”, sendo que a legislação que viabiliza maior oferta de imóveis para locação residencial é uma dessas possibilidades, sendo esta a razão da previsão legal que admite fiança imobiliária de bem de família para contrato de locação, já que está “facilitando celebração de contratos e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de posituação e de realização histórica, o direito social de moradia”. Seguindo em seu voto, o Ministro relator considerou a possibilidade de inconstitucionalidade de uma hipótese de aplicação da regra legal, no caso de haver outra forma de satisfação do débito, a fim de evitar a restrição ao direito de moradia do locador, reconhecendo assim uma eficácia negativa, mas tal não seria o caso em julgamento, onde também se está a

tratar sobre o acesso à moradia via locação, onde o fiador não é obrigado a sê-lo. Vejamos as seguintes passagens do voto, cuja citação é indispensável à compreensão do raciocínio exposto pelo Ministro, dada a densidade conceitual declinada no argumento:

Ou, noutros termos, a norma deveras comporta redução teleológica que, para a acomodar à tutela constitucional do direito social de moradia, na dupla face de resguardo simultânea a direito subjetivo do fiador ao bem de família e, por viés, a análogo direito do locatário à habitação, exclua do seu programa normativo, sem mudança alguma do texto legal, certa hipótese de aplicação, qualificada pela existência de outros meios capazes de assegurar o pagamento forçado de todo o crédito do locador. A essa construção, no plano dogmático, corresponde o conceito puro de declaração de nulidade sem redução de texto. Mas não deixa de expressar também o caráter negativo da eficácia do direito social do fiador, visto como poder de defesa contra agressão à posição jurídica redutível ao seu âmbito de proteção.

Mas não é o caso dessa redução, porque aqui não se alega nem consta estejam disponíveis outras garantias ao crédito exequendo. (...)

Não admira, portanto, que, no registro e na modelação concreta do mesmo direito social, se preordena a norma subalterna a tutelar, mediante estímulo do acesso à habitação arrendada – para usar os termos da Constituição lusitana –, o direito de moradia de uma classe ampla de pessoas (interessadas em locação), em dano de outra de menor espectro (a dos fiadores proprietários de um só imóvel, enquanto bem de família, os quais não são obrigados a prestar fiança). Castrar essa técnica legislativa, que não pré-exclui ações estatais concorrentes doutra ordem, romperia equilíbrio do mercado, despertando exigência sistemática de garantias mais custosas para as locações residenciais, com consequente desfalque do campo de abrangência do próprio direito constitucional à moradia.

Ainda o entendimento do Ministro CEZAR PELUSO, ao formular esclarecimento do voto, afirmou que o direito à moradia não é apenas dos proprietários de imóveis que neles moram, mas também, e principalmente, dos que não são proprietários e precisam morar por meio de locação. Para estes, o direito à moradia estaria viabilizado pela prestação normativa que prevê a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação. Vejamos:

(...) sustento que o direito de moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito à moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários do imóvel. O direito de moradia é direito que deve ser reconhecido à ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e, portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia.

Ora, o Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias modalidades de prestações, inclusive a de uma prestação de tipo normativo como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação.

Portanto, o relator do caso considerou aspectos da dimensão subjetiva e objetiva do direito à moradia, bem como a normatividade da eficácia negativa do disposto no artigo 6º, *caput*, da CF, para efeitos de interpretação do disposto na regra infraconstitucional. Para o Ministro CEZAR PELUSO, a regra legal (que permite bem de família como objeto de fiança em contrato de locação de imóvel) é própria da dimensão objetiva do direito à moradia, de modo que o Estado prestou legislação que concretiza o direito na medida em que viabiliza maior disponibilidade de imóveis residenciais no mercado de locação, criando condições de acesso à moradia a quem não é proprietário de imóvel, o que não poderia ser considerado inconstitucional ante o argumento do fiador, no sentido de que seu direito à moradia seria violado para satisfação do débito.

Vê-se aprofundada incursão na dogmática dos direitos fundamentais, embora com conclusão com a qual discordamos, pois, não se mostra coerente viabilizar a indivíduos e família mais imóveis locativos para moradia ao custo da possibilidade de excluir outros indivíduos e famílias do exercício do mesmo direito. Ademais, um argumento que permeou os votos da minoria, foi que o fiador seria expropriado, mas em ação de regresso não poderia expropriar o único bem imóvel do locatário, se este o tivesse, já que estaria protegido pela lei de bens de família. Tal quadro criaria uma situação que fere a isonomia. Em seu voto, o Ministro EROS GRAU, dava provimento ao recurso extraordinário para invalidar a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador, destacando essa possibilidade de ferir a isonomia e o aspecto do direito à moradia como meio a assegurar a subsistência de indivíduos e famílias, vejamos:

A impenhorabilidade do imóvel residencial é instrumento de proteção do indivíduo e sua família quanto a necessidades materiais, de sorte a prover a sua subsistência. Aí, enquanto instrumento a garantir a subsistência individual e familiar – a dignidade da pessoa humana (...)

Se o beneficiário da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário que não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição de casa própria, gozaria da proteção da impenhorabilidade. Gozaria dela mesmo em caso de execução procedida pelo fiador cujo imóvel resultou penhorado por conta do inadimplemento das suas obrigações, dele, locatário.

Outros argumentos compuseram os votos da minoria, como se vê no voto do Ministro AYRES BRITTO, quem articulou os artigos 6º, *caput*, 7º, IV, e 23, IX, da CF para ressaltar a proteção constitucional ao direito à moradia, enfatizando, portanto, uma eficácia interpretativa desses dispositivos para afirmar a força normativa de proteção do direito fundamental à moradia em sua eficácia negativa. Foi pontuado que se trata de direito indisponível, sendo esse o destaque para redarguir à posição do relator, que ressaltara a inexistência de obrigação de o fiador o sê-lo, agindo, assim, com autonomia da vontade (o que também foi o alicerce do voto do Ministro JOAQUIM BARBOSA). Também foi destacado que a Constituição impôs ao Estado proteger a família, o que implicaria proteger a moradia desta. Vejamos a passagem do voto de AYRES BRITTO:

A partir dessas qualificações constitucionais, sobretudo aquela que faz da moradia uma necessidade essencial, vital básica do trabalhador e de sua família, entendo que esse direito à moradia se torna indisponível, e não-potestativo, não pode sofrer penhora por efeito de um contrato de fiação. Ele não pode, mediante um contrato de fiação, decair. (...)

Veja, Excelência, o que diz a Constituição em matéria de família: que ela é uma entidade, veja como a Constituição radicalizou, merecedora de proteção especial. O adjetivo “especial” não há de ser desconsiderado, por que não foi à toa utilizado pela Constituição .

O que se viu foi um esforço para afirmar várias dimensões e eficácias da força normativa da Constituição. Também tal esforço está no voto do Ministro CELSO DE MELLO, quem acresceu aos argumentos em proteção do direito à moradia as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, que vinculam o Estado brasileiro. Bem como tangenciou o direito ao mínimo vital, com a denominação de direito ao *patrimônio mínimo*. Vejamos algumas passagens do voto (cuja transcrição é longa, mas essencial à pesquisa, pois buscamos evidenciar a qualidade do debate sobre o direito à moradia no âmbito do STF):

A essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso País aderiu, valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda e qualquer pessoa.

Na realidade, a Constituição da República, ao conferir positividade jurídica ao direito à moradia, nada mais refletiu senão a grave preocupação já anteriormente externada pelo Estado brasileiro no plano internacional, tanto que

o Brasil assumiu, nesse âmbito, compromissos inequívocos de cuja implementação depende a efetiva concretização dessa prerrogativa básica reconhecida às pessoas, tal como resulta – segundo observa SERGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA (“Direito à moradia e de habitação”, p. 348, item n. 8, 2004, RT) – dos “termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo a qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da República, sendo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tutelar o direito à moradia (...)” (grifei).

Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional.

Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço domésticos em que o ser humano vive com a sua família.

Vemos abrangentes considerações das normas de direitos humanos e das normas constitucionais, ressaltando aspectos fundamentais do princípio de Estado social, presente na Constituição brasileira, que obriga a tutela de uma existência digna das pessoas e autoriza interpretações protetivas do direito à moradia.

Contudo, como anunciado na abertura desse item, o resultado do julgamento do RE 407.688 foi pela manutenção da regra legal que permite a penhora do imóvel do fiador de contrato de locação, mesmo que tal imóvel seja o único e destinado à moradia familiar. Pelo que vimos, especialmente no voto do Ministro CEZAR PELUSO, o STF ressaltou a dimensão objetiva do direito à moradia e a prestação de tal direito por parte do Estado por meio de legislação que visa ampliar a disponibilidade de imóveis para moradia no mercado de locação.

Tal julgamento embasou sólida jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a qual foi ratificada no julgamento do RE 612.360, sendo relatora a Ministra ELLEN GRACIE, no qual se definiu o Tema 295²⁶⁵ de repercussão geral nos seguintes termos: “*penhorabilidade do bem de família de fiador em contrato de locação*”. A Ministra relatora assim se manifestou, consignando que se reclamava proteção do direito à moradia em sua eficácia negativa, mas que havia jurisprudência em sentido contrário para casos equivalentes:

1. Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, a, da Constituição Federal interposto contra acórdão que julgou válida a penhora do bem de família do fiador de obrigação locatícia.

2. Os recorrentes sustentam a inconstitucionalidade da penhora do imóvel bem de família do fiador locatício por ofensa à eficácia negativa do Direito Social à Moradia (fl. 50).

Dessa forma, argúem que teria sido violado o artigo 6º, caput, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 26/2000. (...)

A questão versada no presente apelo extremo possui relevância do ponto de vista econômico, político, social e jurídico, nos termos do § 1º do art. 543-A do Código de Processo Civil. É que o assunto afeta, certamente, grande número de famílias, as quais têm interesse na solução do impasse sobre a penhorabilidade do imóvel residencial do fiador em contrato de locação. (...)

Ademais, verifico que a matéria já se encontra pacificada no âmbito desta Corte, no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 407.688, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 6.10.2006, afirmou ser legítima a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 com o direito à moradia consagrado no art. 6º da Constituição Federal, com a redação da EC 26/2000.

No mesmo sentido, cito, ainda: RE 477.953-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 2.2.2007; RE 493.738-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 5.2.2009 (...)

4. Ante o exposto, manifesto-me pela ratificação da jurisprudência deste Tribunal sobre o assunto discutido no presente recurso extraordinário e pela existência de repercussão geral da matéria, a fim de que sejam observadas as disposições do art. 543-B do Código de Processo Civil.

²⁶⁵ Conferir em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3866948&numeroProcesso=612360&classeProcesso=RE&numeroTema=295>, acesso em 06/08/2017.

Tal manifestação foi acolhida pelo Plenário do STF, sedimentando a questão. Mas cabe criticar o entendimento majoritário do tribunal, obtido quando do julgamento do RE 407.688, e ratificado no RE 612.360, pois, a nosso ver, nos termos como votado pela minoria no julgamento do precedente, resta sim violado o direito à moradia, em sua eficácia negativa. Era o caso de afastar a aplicação da regra legal, vez que na ponderação dos princípios da autonomia da vontade para contratar e a dignidade da pessoa humana, em circunstância em que resulta a exclusão de uma família do exercício do direito à moradia, deveria ter sido exaltada a proteção à dignidade. O resultado prático de reconhecer a aplicação da referida regra legal, então, das cláusulas contratuais nela amparadas, é a exclusão de indivíduos ou famílias do exercício do direito à moradia para que seja satisfeito crédito do proprietário de outro imóvel que está no mercado de locações. O que essa família fez? Será que se inscreveu em programa social para obter moradia? Ou foi morar na rua? Podemos cogitar que tal jurisprudência cause muitos prejuízos ao Estado e à Sociedade, nenhum ao locador.

6.1.3. A AÇÃO CAUTELAR 4.085

Já neste caso a relevância à presente pesquisa consiste em ver repercutir no STF argumentos que têm origem em documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, mais especificamente de proteção dos direitos das populações em assentamentos irregulares. O tribunal foi provocado via ação cautelar, visando impedir cumprimento de ordem de reintegração de posse lançada em processo em fase de cumprimento definitivo de sentença, isto é, já com trânsito em julgado da decisão que ordenou a desocupação da área em questão. Em tal área residiam milhares de pessoas, sendo que a autora da ação, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, afirmou haver dez mil pessoas no local, enquanto a parte adversa, proprietária da área, falava em aproximadamente duas mil e quinhentas pessoas.

O caso se constituiu em crise judiciária envolvendo milhares de indivíduos e famílias, bem como vários entes públicos, evidenciando alto grau de conflito social e institucional sobre a juridicidade pertinente ao direito à moradia em colisão com outros direitos e bens jurídicos. Na área já estivera instalada indústria de maquinário agrícola cuja denominação social deu nome à localidade, *Vila Soma*, sendo que a proprietária e a massa falida pretenderam e obtiveram ordem de reintegração de posse contra os milhares de ocupantes. Por outro lado, o Ministério Público do

Estado de São Paulo ajuizou ação contra os proprietários, a massa falida, os ocupantes e o município de Sumaré/SP, onde está situado imóvel, pretendendo proteção do meio ambiente com desocupação e reparação de danos ambientais – tudo o que consta do relatório da decisão que deferiu a medida cautelar comentada²⁶⁶.

O que nos importa pontualmente é ressaltar os fundamentos constantes da decisão que deferiu ordem para suspender a execução do mandado de reintegração de posse expedido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O Ministro DIAS TOFFOLI, em decisão assinada em 13 de janeiro de 2016, considerou que em casos semelhantes de reintegração de posse levada a efeito por força policial, como ocorrido no bairro Pinheirinho, em São José dos Campos/SP, a experiência evidenciava como resultado incontáveis violações de direitos fundamentais na execução da ordem de reintegração de posse sem garantir segurança às pessoas atingidas e sem garantir reassentamento às famílias e guarda de seus bens. O Ministro formulou os seguintes argumentos para obstar cautelarmente a reintegração de posse:

Como é cediço, a jurisdição é atividade estatal que tem como escopo principal a pacificação de conflitos sociais, garantindo os direitos que os atores sociais já não podem mais defendê-los ou tutelá-los individualmente.

Na hipótese, a retomada da posse pode ser vista como fator de exacerbação do litígio em questão, em especial quando o cumprimento da ordem judicial é levada a efeito por força policial desacompanhada de maiores cuidados com o destino dos evictos.

Nesse contexto, considerando as informações trazidas aos autos, de que é iminente o cumprimento de mandado de reintegração de posse (agendado para o dia 17/1/2016) para a retirada de mais de 10.000 (dez mil) pessoas, sem a apresentação dos meios para a efetivação da remoção (como caminhões e depósitos), sem qualquer indicação de como será realizado o reassentamento das famílias, e tendo em conta o risco considerável de conflitos sociais, exemplificados por episódios recentes como a desocupação da área do Pinheirinho, em São José dos Campos/SP, bem como a de um antigo prédio na Avenida São João, em São Paulo/SP, entendo que o imediato cumprimento da decisão poderá catalisar conflitos latentes, ensejando violações aos direitos fundamentais daqueles atingidos por ela.

Portanto, neste exame perfunctório do caso, próprio das ações de natureza cautelar, entendo presentes os requisitos necessários à concessão da medida de urgência pleiteada.

²⁶⁶ Conferir em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4913129>, acesso em 03/09/2017.

A importância de tal decisão nos parece irrecusável, pois, aponta uma possibilidade de guinada no trato jurisdicional da questão crítica dos despejos forçados contra assentamentos humanos, no Brasil. O que havia no momento da decisão em comento era uma ordem de reintegração de posse deferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em processo já em fase de cumprimento de sentença, com trânsito em julgado, mas o STF houve por bem, por cautela jurídica, obstar o despejo forçado em massa por meio de força policial. cremos apontar uma possível guinada no trato da matéria, pois, a consideração expressa na decisão da experiência evidenciar que em casos anteriores ocorreram violações de muitos direitos fundamentais expõe que a realidade fática repercute na jurisdição constitucional. Restou considerado que o Estado não apresentava condições de cumprir uma ordem judicial de reintegração de posse, por meio de força policial, sem garantir o respeito aos diversos direitos fundamentais da população atingida, ou seja, a interdependência e a possibilidade de concorrência dos direitos fundamentais foram determinantes da norma para o caso concreto, vedando o despejo forçado.

6.2. O DIREITO À MORADIA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Também são muito importantes os pronunciamentos do STJ sobre o direito à moradia. A presente pesquisa concentra-se em debater os aspectos desse direito a partir da Constituição de 1988, sendo relevante conhecer a jurisprudência desse tribunal quando expõe interpretações da Constituição Federal, bem como quando traz em seus julgamentos as referências normativas do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Aliás, nesta seara é que cremos ter havido relevante precedente em recente julgamento, conforme veremos adiante. Por primeiro, passaremos em revista alguns julgados que evidenciam as posições dominantes no STJ.

A primeira consideração que podemos fazer é que o STJ segue a jurisprudência do STF no que pertinente à penhorabilidade de bem de família do fiador em contrato de locação (tema tratado no item 6.1.2), conforme se denota da ementa do seguinte julgado do ano de 2014, com expressa referência ao precedente do STF:

Agravo regimental no recurso em mandado de segurança. Locação de imóvel. Fiador. Bem de família. Penhora. Possibilidade. Art. 3º, VII, da lei n. 8.009/1990. Precedentes. STJ e STF.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em virtude da obrigação decorrente de contrato de locação, é possível a penhora do bem destinado à moradia do fiador, conforme prevê o inciso VII do art. 3º da Lei n. 8.009/90, acrescentado pela Lei n. 8.245/1991.

2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 407.688, entendeu que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

3. Agravo Regimental improvido²⁶⁷.

Nesse mesmo ano, 2014, foi promovido julgamento da questão observado o procedimento para recursos repetitivos, definindo-se o Tema 708²⁶⁸ como “*discussão referente à penhora do bem de família no contrato de locação quando decorrente de fiança locatícia*”, firmando-se a seguinte tese: “*é legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990*”. Bem como foi editada, em 19/10/2015, a Súmula 549, com o seguinte enunciado: “*É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação*”.

Mas, por outro lado, o STJ tem jurisprudências que bem tutelam o direito à moradia. Por vezes, diante de questões mais complexas, envolvendo mais direitos constitucionais, especialmente, direitos fundamentais e grupos vulneráveis, o referido tribunal ressalta aspectos do caso concreto para aperfeiçoar a interpretação da legislação ante a força normativa da Constituição e ressaltar a proteção ao direito à moradia. Vemos aí os elementos do neoconstitucionalismo. É o que notamos em casos que envolvem a matéria acima referida, sobre imóvel objeto de fiança em contrato de locação, quando o imóvel é bem de família e está destinado a usufruto vitalício, sendo vedada a penhora da nua-propriedade. Em caso emblemático, ressaltando-se a eficácia interpretativa do princípio da dignidade da pessoa humana, foi considerado que o imóvel destinado por meio de usufruto à moradia de pessoa idosa está protegido pela Constituição de 1988, por tutelar o mínimo existencial, a pessoa idosa e o direito à moradia, vejamos:

²⁶⁷ STJ. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança n. 24.658. Sexta Turma. Relator Ministro NEFI CORDEIRO. Julgamento em 03/06/2014.

²⁶⁸ Conferir em http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1363368, acesso em 06/08/2017.

Processo civil. Direito civil. Execução. Lei 8.009/90. Penhora de bem de família. Devedor não residente em virtude de usufruto vitalício do imóvel em benefício de sua genitora. Direito à moradia como direito fundamental. Dignidade da pessoa humana. Estatuto do idoso. Impenhorabilidade do imóvel.

1. A Lei 8.009/1990 institui a impenhorabilidade do bem de família como um dos instrumentos de tutela do direito constitucional fundamental à moradia e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna, sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos baluartes da República Federativa do Brasil (art. 1º da CF/1988), razão pela qual deve nortear a exegese das normas jurídicas, mormente aquelas relacionadas a direito fundamental.

2. A Carta Política, no capítulo VII, intitulado "Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso", preconizou especial proteção ao idoso, incumbindo desse mister a sociedade, o Estado e a própria família, o que foi regulamentado pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), que consagra ao idoso a condição de sujeito de todos os direitos fundamentais, conferindo-lhe expectativa de moradia digna no seio da família natural, e situando o idoso, por conseguinte, como parte integrante dessa família.

3. O caso sob análise encarta a peculiaridade de a genitora do proprietário residir no imóvel, na condição de usufrutuária vitalícia, e aquele, por tal razão, habita com sua família imóvel alugado. Forçoso concluir, então, que a Constituição Federal alçou o direito à moradia à condição de desdobramento da própria dignidade humana, razão pela qual, quer por considerar que a genitora do recorrido é membro dessa entidade familiar, quer por vislumbrar que o amparo à mãe idosa é razão mais do que suficiente para justificar o fato de que o nu-proprietário habita imóvel alugado com sua família direta, ressoa estreme de dúvidas que o seu único bem imóvel faz jus à proteção conferida pela Lei 8.009/1990. 4 . (...) 5. Recurso especial não provido.²⁶⁹

Conforme vimos, admite-se a restrição ao direito à moradia com o reconhecimento da penhorabilidade do bem de família se objeto de fiança em contrato de locação, mas há peculiaridades de casos concretos que reclamam outra análise e resultam em proteção do direito à moradia. Ao identificar o direito à moradia como integrante do mínimo vital e garantia de vida digna, especialmente, à família e à pessoa vulnerável, no caso, idoso, a proteção constitucional é mais abrangente. A interdependência e a indivisibilidade dos direitos fundamentais foram, portanto, determinantes da decisão judicial.

Ademais, em casos em que o único imóvel destinado à moradia, tido, então, como bem de família, é penhorado em circunstâncias vedadas em lei, o STJ expressa interpretação de

²⁶⁹ STJ. Recurso Especial n. 950.663. Quarta Turma. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. Julgamento em 10/04/2012.

dispositivos constitucionais como meio de enfatizar a proteção ao direito fundamental. É o que vemos no caso a seguir, em que a Fazenda Pública pretendia penhora de único imóvel destinado à moradia para saldar débito fiscal, sendo decidido que tal era inviável ante a proteção constitucional ao direito à moradia e à dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:

Recurso especial. Direito civil. Família e sucessões. Execução fiscal. Penhora. Imóvel residencial. Acervo hereditário. Único bem. Impenhorabilidade. Bem de família. Lei nº 8.009/1990. Direito constitucional à moradia. Dignidade da pessoa humana. Arts. 1º, III, e 6º da constituição federal.

1. A proteção instituída pela Lei nº 8.009/1990 impede a penhora sobre direitos hereditários no rosto do inventário do único bem de família que compõe o acervo sucessório.

2. A garantia constitucional de moradia realiza o princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III, e 6º da Constituição Federal).

3. A morte do devedor não faz cessar automaticamente a impenhorabilidade do imóvel caracterizado como bem de família nem o torna apto a ser penhorado para garantir pagamento futuro de seus credores.

4. Recurso especial provido ²⁷⁰.

Consideramos relevantes, portanto, os julgados acima colacionados e analisados, pois, são representativos de aspectos próprios do direito constitucional contemporâneo. Há evidente reconhecimento da Constituição Federal com força normativa determinante do conteúdo normativo de todo o ordenamento jurídico e também são destacados aspectos fáticos de cada caso concreto para se apurar exatamente a extensão da proteção jurídica. Ademais, as fundamentações das decisões evidenciam o reconhecimento da Constituição e do Poder Judiciário com funções de proteção dos direitos fundamentais.

6.2.1. PRECEDENTES INOVADORES NA TUTELA DO DIREITO À MORADIA DAS POPULAÇÕES EM ASSENTAMENTOS URBANOS IRREGULARES.

Conforme referimos na apresentação desta dissertação, o caso que chamou a atenção para o início da pesquisa sobre o direito à moradia foi o ocorrido no município de São José dos Campos/SP, tendo ficado conhecido como “*a reintegração do Pinheirinho*”. Casos como o tal, a

²⁷⁰ STJ. Recurso Especial n. 1.271.277. Terceira Turma. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Julgamento em 15/03/2016.

nosso ver, evidenciam momento crítico do Estado de Direito, pois, o proprietário que cumpre requisitos jurídicos para defender seu direito aciona o Poder Judiciário requerendo tutela possessória ou petitória contra ocupantes de área em que, em regra, buscam exercer o direito à moradia. A experiência histórica judiciária brasileira aponta uma tendência da tutela da propriedade em prejuízo da tutela do direito à moradia nesses casos.

Cabe aqui registrar as críticas de SAULE JUNIOR, formuladas em sua obra publicada no ano 2004, expressando o que recorria como unanimidade no âmbito do Poder Judiciário, gerando violações do direito à moradia das populações em assentamentos irregulares:

O fato da inexistência de uma legislação específica sobre o direito à moradia não pode servir de justificativa para estabelecer uma valoração maior para um direito que tradicionalmente já foi incorporado na legislação brasileira, como é o caso do direito à propriedade, que nega o direito à moradia por ter cunho social que não prevalece em razão do valor econômico da propriedade, o que por costume tem ocorrido na solução dos conflitos entre esses direitos. (...)

São inúmeros os conflitos de posse de terra, em nossas metrópoles, submetidos ao Poder Judiciário, que resultam na expulsão dos moradores que vivem nas favelas, lesando claramente o direito à moradia destes habitantes da cidade; pelo fato de as decisões judiciais emanadas pelo Judiciário nunca aplicarem o princípio da função social da propriedade nestes conflitos e, em muitos casos, até desconhecerem a necessidade deste princípio ser aplicado para promoção da justiça social²⁷¹.

Ciente dessa notoriedade, foram aqui selecionados dois casos recém-julgados no STJ, que representam abertura do debate judicial para mais questões sociais que implicam em soluções jurídicas necessariamente diversas das que tradicionalmente temos visto nessa matéria. Em um caso, sob expressa influência normativa do direito internacional dos direitos humanos, concedeu-se mandado de segurança para cassar ordem de reintegração de posse, vedando ação do Poder Executivo estadual e da Polícia Militar sem antes garantir proteção dos direitos humanos das pessoas que seriam atingidas pela reintegração de posse. Em outro caso, ressaltou-se a realidade fática consolidada para afastar execução de ordem de reintegração de posse, com determinação de conversão em perdas e danos e busca de indenização por desapropriação indireta.

²⁷¹ SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 179 e 380. Importante anotar que a obra referida foi publicada em 2004, sendo demais perspicaz ao apresentar crítica ferrenha ao que era notório à época. Ademais, interessante anotar que, de lá para cá, algumas leis entraram em vigor para concretizar o direito à moradia, sendo algumas referidas no item 5.2.

O primeiro caso tratou de assentamento humano, no estado de Minas Gerais, sendo concedida tutela em mandado de segurança, cuja importância nessa pesquisa se ergue por ter sido reconhecido no acórdão a proteção do direito à moradia, no Brasil, a partir das normas internacionais de proteção dos direitos humanos, com referência à interdependência entre direitos humanos e necessidade de tutela especial a grupos vulneráveis. Ademais, o princípio da proporcionalidade regeu a coerência da decisão. Trata-se do RMS n. 48.316/MG, julgado em 17 de setembro de 2015, sob relatoria do Ministro OG FERNANDES, que repercutiu com denominação “o caso da ocupação Isidoro”. Vejamos a ementa:

Processual civil e administrativo. Recurso em mandado de segurança. Ocupação do Isidoro. Cumprimento de ordem de reintegração de posse. Pretensão de observância de diretrizes e normas atinentes aos direitos humanos. Efeitos naturais da decisão de demanda individual sobre terceiros. Possibilidade. Ilegitimidade ativa afastada. Incompetência do órgão prolator. Nulidade do acórdão. Correta indicação do Governador do Estado e do Comandante-Geral da PMMG como autoridades supostamente coatoras. Interesse processual. Existência. Indeferimento da exordial pela corte de origem. Teoria da causa madura. Inaplicabilidade.

1. (...).

2. É o que ocorre no mandamus em análise. Embora impetrado por apenas quatro moradores da comunidade de 30.000 (trinta mil) pessoas, sobre a qual recai uma ordem de reintegração de posse, a segurança pretendida - exigir do Estado o cumprimento de determinadas normas e diretrizes atinentes aos direitos humanos, no procedimento de remoção - surtirá efeitos naturais sobre toda aquela coletividade.

3. (...). 4. (...). 5. (...).

6. O mandado de segurança não foi ajuizado contra a requisição das medidas policiais para apoiar o cumprimento de mandado de despejo, mas, com o fito de prevenir ilegalidades, abusos e o uso da violência pelo Estado no cumprimento da ordem judicial.

7. Esta Corte Superior e o Supremo Tribunal Federal já tiveram oportunidade de se manifestarem no sentido de que o princípio da proporcionalidade tem aplicação em todas as espécies de atos dos poderes constituídos, vinculando o legislador, o administrador e o juiz: STJ, IF 111/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 1º/7/2014 (...).

8. O juízo de proporcionalidade a ser realizado quanto ao modo de intervenção policial não recai no Judiciário, mas na hierarquia da Corporação, em cujo topo se encontram o Governador do Estado e, subordinado a ele, o Comandante-Geral. Tanto assim que estes agentes públicos e a cadeia de comando que deles

se origina - e não o magistrado - responderão por eventuais excessos, na medida de sua culpabilidade.

9. (...).

10. Ao contrário do que asseverou o Tribunal de Justiça mineiro, o writ não busca provimento inócuo e genérico. A matéria posta em discussão envolve a proteção dos direitos à dignidade da pessoa humana, especialmente no tocante à integridade física, à segurança e à moradia, consoante o disposto nos arts. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 16 da Convenção dos Direitos das Crianças e 6º da Constituição Federal.

11. Para a implementação desses postulados, existem recomendações do Escritório de Direitos Humanos de Minas Gerais, instituído pelo Decreto estadual n. 43.685/03, a Lei estadual n. 13.053/98, e a Diretriz para Prestação de Serviços de Segurança Pública 3.01.02/2011-CG da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, que tratam de procedimentos específicos voltados a operações de desocupação de imóveis.

12. Não raro, porém, a despeito de toda normatização e do preparo da digna Polícia Militar, tais medidas, quando atingem avultada população - na espécie dos autos, trata-se de 30.000 (trinta mil) assentados -, vêm desacompanhadas da atenção devida à dignidade da pessoa humana e, com indesejável frequência, geram atos de violência. Por essa razão, a Suprema Corte e o STJ, nos precedentes mencionados, preconizam que o uso da força requisitada pelo Judiciário deve atender ao primado da proporcionalidade.

13. Constituído esse quadro, exsurge o interesse processual dos impetrantes, cujo pleito mandamental consiste em exigir, das autoridades apontadas na inicial, garantias de que serão cumpridas as medidas legais e administrativas vigentes para salvaguardar os direitos e garantias fundamentais das pessoas que serão retiradas. E a indeterminação do *modus operandi* a ser adotado no caso em tela consubstancia, ao menos em tese, prova pré-constituída do direito alegado.

14. (...).

15. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento para anular o acórdão de e-STJ, fls. 517/533, em razão da incompetência do órgão julgador, e, por conseguinte, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a fim de que prossiga no julgamento da ação mandamental, em observância ao disposto no art. 33, I, "d", do RITJMG. Prejudicados os agravos regimentais.²⁷²

Neste caso, ficou reconhecido o direito do demandante em reaver a posse da área, mas a reintegração de posse só poderia ser levada a cabo com garantias de que a atuação do poder

²⁷² Conferir em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501067185&dt_publicacao=16/10/2015.

público não resultasse em violações de direitos da população a ser removida. Pontuou-se o objeto da demanda: *“o mandado de segurança não foi ajuizado contra a requisição de medidas policiais para apoiar o cumprimento de mandado de despejo, mas, com o fito de prevenir ilegalidades, abusos e o uso da violência pelo Estado no cumprimento da ordem judicial”*. Ademais, também se decidiu que haveria de ser observado o princípio da proporcionalidade no cumprimento da ordem judicial pelas forças policiais, se necessárias, pois, *“este Superior Tribunal já teve oportunidade de se manifestar no sentido de que o princípio da proporcionalidade tem aplicação em todas as espécies de atos dos poderes constituídos, vinculando o legislador, o administrador e o juiz”*.

Com essas delimitações, diversas normas de proteção dos direitos humanos foram apresentadas como fundamentos, sendo ressaltada a tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos à integridade física, à segurança e à moradia, considerados interdependentes e indivisíveis, portanto. Ainda, restou expresso que a remoção só estaria adequada à legislação se antes se garantisse o destino da população, já com nova moradia disponível, com especial atenção a grupos vulneráveis, sendo feita referência ao Comentário Geral n. 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Social e Culturais da ONU, sobre caso de remoções de assentamentos humanos. Vejamos:

Não é ocioso anotar que a matéria posta em discussão envolve a proteção dos direitos à dignidade da pessoa humana, especialmente no tocante à integridade física, à segurança e à moradia, consoante o disposto nos arts. 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 16 da Convenção dos Direitos das Crianças e 6º da Constituição Federal (...).

O Escritório de Direitos Humanos de Minas Gerais, instituído pelo Decreto estadual n. 43.685/03, apresentou Nota Técnica (e-STJ, fls. 61 e ss.) a respeito da garantia dos direitos humanos na remoção dos assentamentos de que tratam os autos, recomendando a observância do Comentário Geral n. 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, responsável por monitorar a implementação do Pacto Internacional sobre Direitos Sociais e Culturais (PIDESC). (...)

Referida Nota Técnica alude ao guia elaborado pela Relatoria Especial da ONU sobre Habitação, sob o título "Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?", cujas diretrizes adicionais são (e-STJ, fl. 64):

a) a remoção deve ser realizada sem uso da força e de maneira pacífica;

- b) o local de assentamento deve estar pronto (construção de casas, fornecimento de água, saneamento, eletricidade, escolas, alocação de terras e moradias) antes da remoção da comunidade;
- c) a comunidade deve ter tempo hábil para fazer inventário de bens a serem removidos;
- d) as pessoas devem receber assistência para saída e transporte pessoal e de seus parentes. Quando necessário, a autoridade responsável deverá responsabilizar-se pela guarda temporária dos pertences atingidos;
- e) deve-se considerar a situação peculiar de grupos vulneráveis, tais como crianças, idosos, pessoas com deficiência, gestantes etc.
- f) o local de reassentamento deve cumprir condições dignas de moradia e localizar-se o mais próximo possível do local original para propiciar que estas famílias tenham acesso à rede de serviços de seu entorno.

Outro destaque dessa decisão é o fato de que trouxe aos seus fundamentos as normas estaduais, sendo a Lei Estadual mineira n. 13.053/98 e uma normativa técnica da própria Polícia Militar de Minas Gerais, ambas que vinculam a atuação dos órgãos públicos às normativas de direitos humanos, evidenciando que o primado dos direitos humanos se consolida paulatinamente, com permeabilidade no poder público brasileiro.

A decisão acima comentada foi reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça, no ano 2017, como relevante no papel dos juízes na defesa dos direitos humanos²⁷³. Tal decisão também foi comentada em tese de doutorado por FERREIRA, com a consideração de que *“traz de forma expressa para o contexto da prática de medidas de remoção forçada, promovidas sob o revestimento de decisões jurisdicionais, a submissão aos regramentos de direitos humanos internacionais e nacionais que disciplinam a temática”*²⁷⁴.

Já no REsp n. 1.302.736, julgado em 12 de abril de 2016²⁷⁵, sob relatoria do Ministro LUÍS FELIPE SALOMÃO, o caso concreto era a ocupação, desde o ano 2000, de área a beira de uma rodovia, nas proximidades do município Uberaba/MG, por uma população que se identificava como participante do *“Movimento dos Sem Terras”*. A proprietária, uma empresa de

²⁷³ A decisão foi premiada no 1º Concurso Nacional de Decisões Judiciais e Acórdãos em Direitos Humanos, na categoria Direitos da População em Situação de Rua. Conferir em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84299-juizes-recebem-premios-por-sentencas-em-direitos-humanos>, acesso em 08/08/2017.

²⁷⁴ FERREIRA, Antônio Rafael Marchenzan. *Remoção forçada em área urbana e solução não adversarial*. Tese. PUC/SP, 2016, p. 131/132. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/19607>, acesso em 08/08/2017.

²⁷⁵ Conferir em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1302736&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true, acesso em 08/08/2017.

empreendimentos imobiliários, demandou a reintegração da posse, a qual foi deferida e não executada, imediatamente, pela força policial do estado, viabilizando a consolidação do assentamento, segundo o que consta do relatório do voto do Ministro relator. Ao julgar o feito, foi destacada a realidade fática que, naquele caso concreto, era determinante da solução judicial, e consideradas normas típicas do Estado Democrático e Social de Direito a resultarem na prevalência do direito à moradia e na impossibilidade de reintegração de posse. Vejamos a ementa:

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.

1. (..).

2. O art. 927 do CPC/1973, reproduzido no art. 561 do novo diploma, previa competir ao autor da ação possessória de reintegração a comprovação dos seguintes requisitos: a posse; a turbção ou esbulho pela parte ré; a data da turbção ou do esbulho e a perda da posse.

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.

4. O Supremo Tribunal Federal orienta que, tendo em vista a impossibilidade de haver antinomia entre normas constitucionais, sem a exclusão de quaisquer dos direitos em causa, deve prevalecer, no caso concreto, o valor que se apresenta consentâneo com uma solução razoável e prudente, expandindo-se o raio de ação do direito prevalente, mantendo-se, contudo, o núcleo essencial do outro. Para esse desiderato, recomenda-se a aplicação de três máximas norteadoras da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

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.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

Tal caso se mostra exemplar na direção de uma nova prática judiciária, pois, pronunciado por um Tribunal Superior brasileiro e representativo de fenômenos verificados no neoconstitucionalismo. Colhe-se nos fundamentos da decisão que os requisitos legais, próprios do direito privado para a tutela pretendida pelo proprietário, estavam caracterizados, sendo consignado no voto do Ministro relator que “*no caso dos autos, as instâncias ordinárias, no exame dos requisitos indispensáveis ao sucesso da ação possessória, para fins de cumprimento do art. 927 do CPC, afirmaram o direito da ora recorrente, em face do qual, saliente-se, não houve controvérsia*”. Por outro lado, foi destacado que na área disputada formou-se um bairro populoso, contando, inclusive, com atuação do poder público municipal, instalando infraestrutura básica urbana, consolidando-se situação fática em que o princípio da função social da propriedade incide a determinar o conteúdo do direito de propriedade e o perfil da atuação do Poder Judiciário na tutela da crise jurídica, nos seguintes termos:

Dessa forma, o princípio da função social atua no conteúdo do direito de propriedade, influenciando a interpretação e efetivação de todos os poderes inerentes ao domínio - usar, fruir, dispor e reivindicar -, introduzindo interesse novo e legítimo, o social, que, eventualmente, pode não se afinar com os interesses do proprietário, tornando-o, de certo modo, conflitivo consigo mesmo. Verificada a situação conflituosa, competirá ao Judiciário dar aos litígios solução serena e eficiente.

A solução apontada no caso foi obtida por meio da ponderação de princípios, aplicando-se, portanto, o princípio da proporcionalidade, relacionado o direito de propriedade e posse da autora da ação perante o direito à moradia da população assentada. Este direito foi considerado no voto do Ministro relator como integrante do mínimo vital e como meio de tutela da dignidade da pessoa humana, sendo autônomo, mas interdependente e inter-relacionado a direitos da personalidade, encaminhando a solução do caso concreto com preponderância do interesse social, nos seguintes termos:

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. (...)

No Brasil, a Constituição da República, no art. 5º, inciso VI, prevê que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia. Nesse sentido, cita-se também o disposto no art. 6º da CF, que prevê a moradia como bem jurídico autônomo, ainda que com a função precípua de tutela da privacidade, da intimidade e da identidade pessoal. (...)

É justamente com base nessas ideias que, na ponderação entre a proteção e a efetivação dos direitos à moradia, ao mínimo existencial e, última análise, mas não menos relevante, ao direito à vida com dignidade, se chega à conclusão pela impossibilidade, na hipótese vertente, da reintegração da posse.

No caso concreto, à saciedade, está demonstrado - e restou incontroverso - que o cumprimento da ordem judicial de reintegração na posse, com a satisfação do interesse da recorrente, empresa de empreendimentos imobiliários, será à custa de graves danos à esfera privada de muitas pessoas, famílias que há anos construíram suas vidas naquela localidade, fazendo dela uma comunidade, indivíduos irmanados por uma mesma herança cultural e histórica.

Nesta decisão, a constitucionalização do Direito salta aos olhos. Restou reconhecida a força normativa da Constituição para determinar a interpretação do direito infraconstitucional, bem como aplicou-se o princípio da função social da propriedade como norma projectiva sobre o conteúdo do direito de propriedade, enquanto instituto clássico do modo de produção capitalista. Também se reconheceu a normatividade do princípio da proporcionalidade como ferramenta para solver a colisão de normas constitucionais sobre direitos fundamentais. Muito interessante também que, aplicado o método da ponderação, não da subsunção, foi afastada, naquele caso concreto, a incidência da regra que permite a reintegração de posse, embora os requisitos legais estivessem cumpridos pelo proprietário.

Nesse passo, restou reconhecido que, no caso, estava caracterizada a desapropriação indireta, dada a atuação do poder público municipal na instalação de infraestrutura urbana, o que gerava ao proprietário direito à indenização, se pleiteada em via própria, e indenizações devidas pelos próprios moradores, tendo em vista que o direito à reintegração da posse estava reconhecido, sendo impossível a tutela específica, que ficava convertida em perdas e danos, mas vedada a retirada das famílias. Tal solução mantém a tutela da propriedade, em seu núcleo

essencial, mas fazendo prevalecer o direito à moradia, o que também caracteriza o que a doutrina denomina cedência recíproca como meio para resolver colisão de direitos fundamentais.

6.3. O DIREITO À MORADIA EM INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DO PODER JUDICIÁRIO

No âmbito das instâncias ordinárias encontramos inúmeras crises envolvendo o direito à moradia. Vez em conflito com o direito ambiental, com a competência para ordenação territorial ou outro bem jurídico, são demais variadas as soluções dadas. Contudo, cremos ser fundamental registrar nesta dissertação algumas manifestações das instâncias ordinárias, pois, são demonstrativas de intensidade e grande variedade de circunstâncias em que o direito à moradia deve ser tutelado. Ademais, é notório que a maioria dos casos não alcança os Tribunais Superiores, então, conhecer mais sobre os casos julgados nas instâncias ordinárias é de rigor. Vejamos.

A competência municipal para ordenar o território é debatida ante à normatividade do direito à moradia. Enquanto ordenador do território urbano, os municípios têm competência para autorizar e fiscalizar construções de casas, podendo pretender em juízo a demolição das que construídas irregularmente. Nesse contexto, quando provocado, o Poder Judiciário dá diversas soluções.

Por vezes, decide que se verificada a irregularidade da construção “*clandestina*”, sem prévio alvará para construir, deve sobrevir demolição, mesmo que haja possibilidade de regularização administrativa da construção, pois, a “*função social da propriedade e o direito social de moradia*” não justificam tal ilicitude²⁷⁶. Vemos nesse caso séria vocação do julgador para lidar com o direito de forma agarrada a institutos do direito privado, prejudicando a abertura para o direito constitucional atual. Ao considerarmos o que conhecemos nesta pesquisa, ao ser verificado que uma pessoa ou família exerce o direito à moradia em uma construção que está irregular perante a municipalidade, a abordagem estatal deverá ser no sentido da proteção do exercício do direito, não com foco sobre a ilicitude na construção do prédio para, então, aplicar qualquer sanção.

²⁷⁶ TJSP, Apelação nº 4008142-86.2013.8.26.0577, 13ª Câmara de Direito Público, Rel. Djalma Lofrano Filho, julgamento em 19.11.2014.

Na mesma temática, também há posição jurisprudencial em sentido oposto ao da decisão acima comentada, que considera a possibilidade de regularização administrativa como impeditiva da pretensão demolitória, tendo em vista que o direito à moradia é *“direito social, competindo precipuamente aos entes públicos a sua promoção, conforme inteligência do art. 6º e 23, IX, da CF, e que prepondera sobre a intervenção estatal na propriedade privada, especialmente porque possível a regularização do imóvel que não oferece risco ambiental, à saúde ou segurança individual e coletiva”*²⁷⁷.

Ainda em casos de demanda demolitória, o Poder Judiciário profere decisões que ressaltam o direito fundamental à moradia e destacam o dever do Estado de promover tal direito, de modo que cabe condicionar a procedência da demanda ao cumprimento de medidas que visem evitar a falta de moradia. Nesse sentido, já se proferiu decisão que defere a demolição, mas com obrigação de inscrever o cidadão em programas municipais de moradias e à concessão de aluguel social *“até que se supra a necessidade de moradia do réu, em consonância com a garantia constitucional à moradia e ao princípio da dignidade humana”*²⁷⁸.

Em outra linha de demanda judicial, também com pedido de demolição, desta vez sob argumento de prejuízo ou degradação ambiental, encontramos decisões que destacam o programa normativo constitucional de tutela do direito à moradia, fundado na dignidade da pessoa humana, na erradicação da pobreza e na promoção do bem de todos. Em caso no qual houve a construção de moradia à margem de um córrego, em área de preservação permanente, deferiu-se a demolição sob a condição *“de que o Município providencie, no âmbito de programa habitacional, nova residência para a requerida e seus familiares”*, com a consideração de que *“não se pode simplesmente colocar o humilde imóvel a baixo, deixando a família que o habita ao relento, porque isto investiria contra a regra dos artigos 1º, III e 3º, III e IV, ambos da Constituição Federal”*²⁷⁹.

Também houve demanda em que o IBAMA pretendeu demolição de imóvel instalado em área de preservação ambiental. A decisão acatou o argumento da defesa e resolveu que, a despeito de a moradia estar instalada em área de preservação ambiental, a demolição do imóvel

²⁷⁷ TJSP, Apelação nº 0000685-96.2010.8.26.0247, 3ª Câmara de Direito Público, Rel. Ronaldo Andrade, julgamento em 03.11.2015.

²⁷⁸ TJSP, Apelação nº 0005658-69.2013.8.26.0577, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Eduardo Gouvêa, julgamento em 04.10.2013.

²⁷⁹ TJSP, Apelação nº 0010272-85.2008.8.26.0127, 7ª Câmara de Direitos Público, Rel. Luis Sergio Fernandes de Souza, julgamento em 22.06.2015.

só poderia se dar após o Poder Público indicar outro local para instalação de nova moradia, dado que este direito integra o mínimo existencial²⁸⁰.

Em outra matéria, pontualmente sobre o aluguel social, encontramos decisões que caracterizam o direito à moradia como previsto em norma programática e dependente de intermediação legislativa para eficácia, decorrendo em relação ao aluguel social discricionariedade ao legislador para definir critérios no plano infraconstitucional e discricionariedade do Poder Executivo para efetivação do programa social. Tal raciocínio embasou indeferimento do pedido de aluguel social, pois, mesmo o cidadão e sua família desabrigados em razão de destruição da construção por conduta atribuída ao próprio poder público, não havia nos autos prova de que cumpriram um dentre vários requisitos da lei municipal, qual seja: mais de três anos residindo no local²⁸¹. Também se decidiu que mesmo comprovada a situação de vulnerabilidade social de uma família, a lei municipal previa critérios e “o Poder Judiciário não pode determinar à Administração Pública o que deve fazer para o atendimento de demanda particular por moradia”²⁸². Vemos nesses julgados a desconsideração da força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana e a potencialização da discricionariedade do legislador e da administração municipal em oposição ao dever do Estado, incluindo o Poder Judiciário, de garantir o exercício do direito fundamental social à moradia para proteger o ser humano e sua família.

Mas há julgamento baseado em argumentos que exploramos nesta dissertação, destacando o perfil social do Estado, a força normativa do artigo 6º da Constituição Federal, a concorrência de direitos fundamentais e o direito ao mínimo vital para efetivar o direito à moradia. Nesse sentido, em caso envolvendo família com pessoas idosas, com saúde fragilizada e evidente necessidade de moradia, foi afirmado que “o acesso à moradia é direito de assento constitucional e se constitui em pressuposto para a preservação da dignidade humana, vetor axiológico fundamental da Constituição de 1988”. Também se considerou que o direito à moradia é corolário da “garantia do mínimo existencial, decorrente da axiologia constitucional do Estado Democrático e Social de Direito e dos fundamentos da República Federativa do

²⁸⁰ TRF4, Apelação Civil n. 200504010205868, Rel.^a Maria Lúcia Luz Leiria, Terceira Turma, D.E. 04.11.2009.

²⁸¹ TJSP, Agravo de Instrumento n. 2166137-45.2017.8.26.0000, Rel. Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, julgamento em 25/09/2017.

²⁸² TJSP, Apelação n. 0913003-17.2012.8.26.0506, Rel. Antônio Carlos Malheiros, 3ª Câmara de Direito Público, julgamento em 04/04/2017.

Brasil”. Com tais fundamentos, determinou-se a concessão do aluguel social até a disponibilização de moradia em programa habitacional²⁸³.

Acima, trouxemos alguns casos de demandas individuais, em que o Poder Público pretende demolição de imóvel de uma pessoa ou uma família, ou em que se discute o direito à moradia por meio do aluguel social. O que vemos são esforços interpretativos que consideram dados concretos para ressaltar a relevância constitucional desse direito fundamental em relação a outros valores constitucionais como a ordenação da urbanização, proteção ambiental ou a separação dos poderes. O que encontramos subjacente às decisões que prestigiam o direito à moradia é a consideração de que a satisfação do direito fundamental social, especialmente no que pertinente ao mínimo vital, é questão prejudicial a outras ações estatais. Isto é, deve-se por primeiro garantir o exercício do direito fundamental social. Assim, na prática, fica reconhecido direito público subjetivo à moradia, determinando inclusão no programa para receber aluguel social, bem como negar ao Estado a demolição de casa que pode obter regularização administrativa. Também se reconhece inviável a intervenção estatal que subtraia ou interrompa o cidadão do exercício do direito, condicionando à disponibilização de outra moradia antes de demolir a que foi construída mesmo com violação de códigos de obras e posturas municipais ou que viole legislação ambiental.

Mas em casos em que a demanda é coletiva, encontramos, nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário, decisões que fazem preponderar a separação dos poderes e o argumento da insuficiência orçamentária como limites à efetivação do direito à moradia. Um exemplo é de demanda em que buscava-se tutela a muitas famílias que haviam sido desalojadas em razão de desapropriação, sendo partes opostas de um lado o Município de São Paulo, de outro lado a Defensoria Pública estadual e algumas entidades civis de proteção de direitos sociais e do direito à moradia. A decisão do Tribunal de Justiça foi no sentido de que “a Constituição Federal, ao cuidar dos direitos sociais concebidos como direito de todos e dever do Estado esclarece que esse direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas”, não havendo “uma relação jurídica direta entre o Estado e os indivíduos, razão pela qual não há nenhum direito subjetivo imediato”. O acórdão foi expresso ao afirmar que “o direito social à moradia (...) não conta com a previsão de universalidade na Constituição Federal (...). Não se pode descartar a

²⁸³ TJSP, Agravo de Instrumento n. 2165685-69.2016.8.26.0000, Rel. Magalhães Coelho, 7ª Câmara de Direito Público, julgamento em 24/10/2016.

escassez dos recursos públicos, que limitam a atividade administrativa”²⁸⁴. Neste caso, portanto, pessoas que moravam em imóvel que foi desapropriado passaram a sofrer com a falta de moradia, isto é, a desapropriação resultou na interrupção do direito e não possibilitou a retomada do exercício do direito à moradia, o que foi chancelado pelo Poder Judiciário, sustentado em argumentos que, como vimos mais acima, não têm validade para excluir o ser humano do mínimo vital.

Enfim, encontramos nas instâncias ordinárias do Poder Judiciário decisões que ressaltam a proteção constitucional do direito à moradia, mas também encontramos outras decisões que fazem prevalecer normas constitucionais sobre ordenação territorial, limitação orçamentária, separação dos poderes ou mesmo consideram inexistir direito público subjetivo à moradia. É ainda inviável concluir que o direito à moradia passou a ter mais abrangente e segura tutela jurisdicional, mas com os precedentes das instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro, como acima analisamos, tem lugar sim concluir que a proteção jurisdicional do direito à moradia tem muito a evoluir para garantir o exercício desse direito fundamental social.

²⁸⁴ TJSP, Apelação Civil n. 0616569-87.2008.8.26.0053, 10ª Câmara de Direito Público, Relator Urbano Ruiz, julgamento em 24.06.2013.

7. CONCLUSÃO

O direito à moradia tem proteção na ordem constitucional brasileira. Em diversos dispositivos constitucionais encontramos normas que protegem esse direito, seja como norma programática ou como atribuição de direito público subjetivo. Também há de se considerar que o Brasil é integrante da ONU e parte em tratados internacionais que protegem tal direito. Essa proteção é aclarada ao se buscar compreensão do que vem a ser um direito fundamental social na ordem constitucional brasileira a partir de 1988.

Temos um Estado constituído a partir do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, tendo entre seus objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Tais normas também são fundamentos da ordem econômica, esta que deve assegurar a justiça social e trazer dentre seus princípios a função social da propriedade. Todo esse conjunto normativo conforma um perfil social ao Estado brasileiro. Tal perfil social se robustece quando, no plano dos direitos fundamentais, aprofunda-se o conhecimento da denominada dimensão objetiva, conformativa de um perfil e definidora do modo de ser e atuar do Estado. Sob a regência da atual Constituição, que reconhece extenso rol de direitos fundamentais sociais, há vasta carga normativa que compromete o Estado a promover, defender, assegurar e garantir os direitos fundamentais sociais. Nesse quadro, temos caracterizado um Estado Democrático e Social de Direito. É nesse contexto que o direito à moradia deve ser compreendido e aplicado.

A interpretação e aplicação do direito à moradia também recebe influência das normas de direitos humanos. A Constituição brasileira de 1988 traz normas que exaltam o primado dos direitos humanos e a hierarquia constitucional de tais direitos no ordenamento jurídico pátrio. O direito à moradia está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tratando-se de diplomas que vinculam a ação estatal brasileira no sentido de satisfazer tal direito a todos que necessitarem. A ONU promove interpretações oficiais que exaltam o dever dos Estados de garantir moradia adequada, evitar os despejos forçados e não gerar desabrigo de pessoas de modo a ficarem sujeitas a mais violações de direitos humanos. Tudo o que, reiteramos, determina a normatividade do direito à moradia no Brasil.

Especificamente sobre o direito à moradia, em especial sobre a inclusão do direito no rol constante do artigo 6º, por meio de emenda à Constituição, temos caracterizada a função normogênica dos direitos humanos em relação aos direitos fundamentais. A atuação da ONU, notadamente por meio da Agenda Habitat, quando da Conferência de Istambul, em 1996, foi diretamente determinante do reconhecimento expresso do direito no ordenamento interno. O direito à moradia, enquanto direito fundamental social, passou a integrar o núcleo da ordem constitucional, tornando-se elementar na relação Estado e Sociedade, com força conformadora do modo de ser e atuar do Estado.

Ademais, várias estratégias de positivação foram utilizadas na Constituição de 1988. Os dispositivos constantes dos artigos 6º, 7º, IV, 23, IX e 182, *caput*, são normas programáticas. Por meio dessa estratégia são definidas diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas pelo Estado. Mesmo caracterizadas como normas programáticas, uma vez que são conformadoras de direito fundamental, identificamos forças normativas expressivas, tanto ao comporem a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, determinando, então, o modo de ser e atuar do Estado, como tendo implicações interpretativas das demais normas constitucionais e do ordenamento infraconstitucional. Portanto, encontramos nessas disposições relevantes densidades normativas. Com destaque, a norma do artigo 23, IX, é evidentemente carregada de mais normatividade, já que impõe com clareza um dever aos entes federativos para realizarem programas de construção de moradias e melhorias nas condições habitacionais, permitindo, portanto, identificar uma situação de inconstitucionalidade se um ente não tiver em operação um programa com tal finalidade mesmo diante da demanda social. A norma do artigo 182, *caput*, também apresenta normatividade mais robusta, exigindo atuação do legislador para reger o ordenamento urbano para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, dentre as quais a moradia. Ademais, as normas programáticas presentes no ordenamento jurídico geram efeitos, tendo eficácia negativa para vedar ação estatal contrária à finalidade pretendida e no campo da interpretação, influenciando em toda a Constituição.

Já os dispositivos constantes dos artigos 183, *caput* e §1º, e 191, *caput*, definem direitos públicos subjetivos para proteger o direito à moradia, garantindo segurança na posse por meio dos institutos da propriedade com função social e da concessão. No texto constitucional estão previstos elementos fáticos e jurídicos suficientes para que tais dispositivos sejam aplicados ao caso concreto, diretamente a partir da Constituição.

No ordenamento constitucional brasileiro, o direito à moradia compõe o mínimo vital, este que é direito cujo conteúdo inclui providências materiais ao ser humano para que viva com dignidade, garantida com a proteção da vida e da saúde, bem como alimentação, vestimenta e moradia. Além disso, dada a interdependência e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, é vedado ao Estado brasileiro, por ato de qualquer de seus poderes constituídos, excluir ou interromper o exercício do direito à moradia de modo a desabrigar seres humanos, especialmente, no contexto dos despejos forçados de populações ocupantes de áreas públicas ou privadas.

No plano jurisprudencial brasileiro, cada vez mais julgamentos tratam sobre o direito à moradia com melhores fundamentações que expressam conhecimentos específicos da teoria dos direitos fundamentais e afirmando o primado dos direitos humanos. Percebemos tal evolução jurisprudencial baseada, especialmente, em esforços interpretativos a partir do direito à moradia expresso no artigo 6º da Constituição Federal, o que reforça a consideração de que mesmo o enunciado normativo tendo estrutura de norma programática, sua densidade normativa é expressiva, já que se trata de um direito fundamental, então, com funções interpretativas relevantes no todo do ordenamento, bem como determinante de deveres e limites ao Estado. Mas há casos em que o Poder Judiciário reconhece como válidas intervenções estatais que geram a interrupção ou exclusão do exercício do direito à moradia – como ocorre em desocupações que atingem assentamentos irregulares, reintegrações de posse de área ocupadas por populações humildes e despejos de moradores de aluguéis privados.

Enfim, ressaltamos que as estratégias de positivação aplicadas para o direito à moradia na Constituição de 1988 configuram uma ordem objetiva para tutela como direito público subjetivo, em sua dimensão negativa, impositiva de não intervenção, salvo alternativa para moradia digna. É imprescindível o esforço interpretativo para identificar no caso concreto a força normativa que resolverá a abrangência protetiva do direito fundamental. Aí está um percurso a ser continuado: o aperfeiçoamento da compreensão da força normativa da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais e do direito à moradia como componente do direito ao mínimo vital e, no que contido no mínimo vital, devido pelo Estado e não sujeito a restrições. Nessa linha, concluímos, pontualmente, que é vedado ao Estado a prática de qualquer medida que exclua ou impeça o exercício do direito à moradia no que abrangido pelo mínimo vital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ARAUJO, Luis Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2014.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BALERA, Wagner, Comentário ao artigo XXI da Declaração Universal dos Direitos Humanos in BALERA, Wagner (Coordenador). *Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

BARROS, Sergio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas/SP: Milenium Editora, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASIL, Hugo O. V. *Improbidade administrativa por ato culposos: inconstitucionalidades e possibilidades de controle*. in Controle da Administração Pública – Temas atuais. CAMMAROSANO, Marcio (coordenador). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda., 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Vol. 1. 13ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

BONAVIDES, Paulo: *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Direito à moradia adequada*. Brasília – Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Dossiê PEC 601-1998*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/pesquisa/avancada>, acesso em 01/10/2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Pós-democracia, pós-constitucionalismo, pós-positivismo*. in LEITE, Geoge Salomãe *et all*. *Ontem os Códigos! Hoje, as Constituições: homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016.

COMPARATO, Fabio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A Constituição na vida dos povos – da Idade Média ao século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O Futuro do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. São Leopoldo/RS: Unisinos, 2009.

ENGELS, Friedrich. *Sobre a questão da moradia*. São Paulo: Boitempo, 2015.

FERREIRA, Antônio Rafael Marchenzan. *Remoção forçada em área urbana e solução não adversarial*. Tese. PUC/SP, 2016, disponível em <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/19607>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade Social e Direitos Humanos*. São Paulo: Editora LTr, 2007.

GORDILLO, Agostin. *Princípios Gerais de Direitos Público*; tradução de Marco Aurélio Grego. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito: a expansão política do direito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

_____. *Noções fundamentais sobre o princípio da proporcionalidade*. in *Leitura Complementares de Direito Constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. NOVELINO, Marcelo (organizador). 2ª ed. Salvador/Ba: Editora *JusPodium*, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: SAFE, 1991. Texto base de aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg-RFA, em 1959.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFe, 1998

HOBBSBAWM, Eric. J. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

_____. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. *A Era do Capital: 1848-1875*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LIMA JUNIOR, Augusto. *História da Inconfidência de Minas Gerais*, Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 2010.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesus. *Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. São Paulo: Editora Verbatin, 2014.

_____. *Constitucionalismo*. in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, tomo II: direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. *et all*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Neoconstitucionalismo*. in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, tomo II: direito administrativo e constitucional. Coord. Vidal Serrano Nunes Jr. *et all*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatin, 2009.

NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *O Estado Social e Democrático e o serviço público – um breve ensaio sobre Liberdade, Igualdade e Fraternidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Portugal, Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial – Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. Coordenação LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Algumas anotações a respeito do conteúdo e possível eficácia do Direito à Moradia na Constituição de 1988*. in *Cadernos de Direito*. Piracicaba: Unimep, jul/dez.2003.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDEIRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SARMENTO, DANIEL. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. in LEITE, JORGE SALOMÃO; SARLET, INGO WOLFGANG. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional – Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2009.

SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Motaui Ciocchetti. *O Ministério Público e o princípio da obrigatoriedade – ação civil pública, ação penal pública*. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Da Intervenção do Estado no Domínio Social*. São Paulo: Malheiros, 2009.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS:

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. Lei n. 8.742/93. Dispõe sobre a Organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm.

BRASIL. Lei n. 10.257/01. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm.

BRASIL. Medida Provisória n. 2.220/01. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o § 1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano - CNDU e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2220.htm.

BRASIL. Lei n. 11.124/05. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11124.htm.

BRASIL. Decreto n. 6.307/07. Dispõe sobre os benefícios eventuais de que trata o artigo 22 da Lei n. 8.742/93. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/D6307.htm.

BRASIL. Lei n. 11.977/09. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm.

BRASIL. Lei n. 13.439/17. Cria o Programa Cartão Reforma e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13439.htm.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A Carta das Nações Unidas*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *in* BRASIL. Decreto n. 591/92. Anexo ao Decreto que promulga o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/MRE. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm, com link disponível em <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>.