

Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Ana Maria Furbino Bretas Barros

Direito à moradia: questões sobre sua eficácia jurídica

Rio de Janeiro
2008

Ana Maria Furbino Bretas Barros

Direito à moradia: questões sobre sua eficácia jurídica

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito da Cidade.

Orientadora: Prof. Dr. Angela Moulin S. Penalva Santos

Rio de Janeiro
2008

Barros, Ana Maria Furbino Bretas

Direito à moradia: questões sobre sua eficácia jurídica. / Ana Maria Furbino Bretas Barros, 2008. 115 pág.

Orientadora: Prof. Dr. Ângela Moulin S. Penalva Santos

Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

ANA MARIA FURBINO BRETAS BARROS

Direito à moradia: questões sobre sua eficácia jurídica

Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação Strictu Sensu em Direito da Cidade da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito da Cidade.

Aprovado em: _____

Banda examinadora:

Profs. Dra. Angela Moulin S. Penalva Santos (Orientadora)
Faculdade de Direito da Uerj

Prof. Dr. Ronaldo do Livramento Countinho
Faculdade de Direito da Uerj

Prof. Dra. Betânia de Moraes Alfonsin
Faculdade de Direito PUCRS

Dedico este trabalho à Flavinha, que deixou muitas saudades.

AGRADECIMENTOS

Quando lembro de cada dia em que me debrucei sobre esse trabalho, lembro-me das inúmeras pessoas que, de alguma forma, ajudaram-me a construí-lo. E a cada uma, devo agradecer.

Agradeço a meus pais, que torcem sempre por mim.

Ao Pedro, que me faz rir nos momentos mais tensos.

Ao Gabriel, que até de madrugada ouviu minhas reclamações; que leu cada pedacinho desse trabalho; que me fazia mais leve.

A Dida, meu maior presente aqui no Rio.

Aos amigos que, mesmo distantes, estão do meu lado: Lu, Renata, Joana, Marcela, Adino, Livia, Sibebe, Clara e Debora.

Ao pessoal do mestrado: Denise Okada, Guilherme Cruz, Sabrina Nazar.

A Vivian, pela grande ajuda nos momentos finais.

A Ligia, por ter sempre as palavras mais confortantes.

A Sônia Leitão, da secretaria da Uerj. Em qualquer momento resolvia meus problemas!

Devo ainda agradecer à Professora Ângela, que não me deixou perder o foco.



Quino.

RESUMO

BARROS, Ana Maria Furbino Bretas. Direito à Moradia: Questões sobre sua eficácia jurídica. 2008. 115p. Dissertação. Mestrado em Direito da Cidade. Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O direito à moradia deve ser entendido como um complexo de posições jurídicas, compreendendo posições negativas e positivas. Em razão da eficácia negativa do direito à moradia, o Estado está obrigado a não interferir de maneira não razoável na moradia dos indivíduos. A eficácia positiva do direito à moradia, por sua vez, obriga o Estado a disponibilizar moradia para alguns indivíduos. Há ainda uma dimensão objetiva, a partir da qual se pode construir a obrigatoriedade do Estado desenvolver políticas de moradia. Todas essas dimensões do direito à moradia envolvem inúmeras questões. Neste trabalho, cada uma dessas dimensões será estudada, buscando delimitar alguns aspectos do que pode ser exigido judicialmente em relação ao direito à moradia.

Palavras-chave: direitos fundamentais; direito à moradia; políticas públicas

ABSTRACT

The right to housing is a right which involves different status and it is formed by positive and negative status. As a negative right, the right to housing states that the Government can not interfered without a reasonable motivation on someone's home. As a positive right, some people can force the Government to make a house available. There is also the objective dimension, from which it can be built that the Government must develop housing policies. There are many issues related to those dimensions. This study aims to analyses those positions, trying to determinate what be demanded by judicial power.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BNH	Banco Nacional de Habitação
FGTS	Fundo de Garantia por tempo de Serviço
SBPE	Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo
SICOM	Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	Introdução.....	12
2	(Des)construindo o direito à moradia no Brasil: a realidade e as normas jurídicas	15
2.1	A desconstrução do direito à moradia: a realidade.....	15
2.2	O árduo reconhecimento formal do direito à moradia: as normas jurídicas.....	18
2.2.1	O reconhecimento no plano internacional	18
2.2.2	O reconhecimento no Brasil	25
2.3	A construção do direito à moradia a partir das normas jurídicas	27
2.3.1	O direito à moradia como complexo de obrigações positivas e negativas	27
2.3.2	A construção do conteúdo do direito à moradia	32
3Protegendo a moradia contra atividades do Estado – a eficácia negativa do Direito à Moradia.....	36
3.1	A proteção da moradia do fiador em contrato de locação	39
3.2	Proibição de remoção, pelo Estado, de famílias residentes em local não permitido	49
4	A eficácia positiva do direito à moradia.....	66
4.1	Direitos subjetivos e direitos fundamentais.....	70
4.2	O que dizem as normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o direito à moradia	72
4.3	A resposta dos liberais: o mínimo existencial	77
4.4	Além do mínimo existencial: existe também um direito à moradia prima facie.....	80
5	É possível obrigar o Estado a desenvolver políticas públicas para a concretização do direito à moradia?	81
5.1	Políticas Públicas, Direito e Poder Judiciário.....	82
5.2	Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites	86
5.2.1	Parâmetros e objeto de controle.....	89
5.3	Políticas de moradia e controle.....	92
6	Conclusões.....	109
7	Referências Bibliográficas.....	112

1 Introdução

É impossível ignorar a realidade vivida por inúmeros brasileiros, principalmente quando se vive em uma grande cidade tupiniquim. Moradores de rua, que se tornam meros obstáculos nas calçadas em todas as manhãs para as demais pessoas que saem de suas casas para o trabalho; “casas” construídas com materiais achados no lixo, em locais inalcançáveis, em cima de morros ou à beira dos mangues, e na iminência de desabar; viadutos que se transformam em abrigos contra sol e chuva; favelas cuja população cresce a cada dia.

As causas para essa “desordem urbana” são inúmeras. Dentre elas, pode-se citar a rápida e desordenada urbanização, o excesso de normas regulando o uso do solo, a ausência do Poder Público no controle da especulação imobiliária, a concepção privatista do direito de propriedade e a omissão do Poder Público na provisão de políticas habitacionais voltadas para a população com menor renda.

Diante desse cenário, que preocupa mesmo as pessoas mais otimistas, surge uma indagação para um estudioso do Direito, que percebe a vinculação necessária entre direito e realidade: existem soluções jurídicas que possam modificar ou, ao menos, contribuir para modificação dessa situação? Como podem as normas jurídicas e a aplicação delas possibilitar uma vida mais digna para tantas pessoas desprovidas de um lar?

O objetivo desse trabalho é justamente esboçar possibilidades de aplicação de normas referentes ao direito à moradia, de maneira a tornar real a proteção desse direito fundamental. Ou seja, busca-se enfrentar um problema real, a situação habitacional de grande parte da

população brasileira, por meio do estudo dos efeitos das normas jurídicas que tratam do direito à moradia.

Não se quer, com esse objetivo, acreditar que o Direito pode servir sempre à solução de problemas estruturais da sociedade, que envolvem questões socioeconômicas e políticas de grande complexidade. Deseja-se apenas tentar demonstrar que é possível aplicar as normas jurídicas de maneira comprometida com uma mudança de paradigma. Busca-se, assim, refletir sobre o papel do Poder Judiciário nessa modificação, por meio da aplicação das normas vigentes sobre o direito fundamental à moradia.

O ponto central deste estudo é a eficácia das normas que tratam do direito à moradia, de maneira a identificar os efeitos que essas normas podem produzir. Não se ignora que o grande desafio atual é dar efetividade às normas. Essa efetividade, contudo, só pode ser alcançada quando são mapeadas todas as possibilidades da norma. Daí a importância do estudo sobre a eficácia jurídica. Diante da impossibilidade de trabalhar todos os efeitos jurídicos, este estudo tratará tão somente de alguns deles, que já implicam em contribuição para a eficácia social do direito à moradia.

Este trabalho foi dividido em quatro grandes partes. No primeiro capítulo, após a apresentação de parte da realidade da moradia de muitos brasileiros, busca-se construir um conceito para o direito à moradia a partir de normas jurídicas, bem como de questões sociológicas.

Já no segundo capítulo, procuramos fundar nosso estudo na eficácia negativa do direito à moradia. Como parte da dimensão subjetiva da moradia, ou seja, daquela presente na relação indivíduo-Estado, a eficácia negativa consiste na proteção contra as agressões a esse direito. A partir do estudo de alguns casos, visamos demonstrar, por meio da aplicação de

normas vigentes, como não pode o Estado retirar, de forma arbitrária, a única moradia de uma família, mesmo que a construção tenha sido realizada em local irregular.

O terceiro capítulo, tratando ainda da dimensão subjetiva, foca-se na eficácia positiva das normas que versam sobre moradia. Desvinculando-se de uma fundamentação meramente formal, e partindo do pressuposto de que a moradia é condição necessária para o desenvolvimento do indivíduo, buscou-se verificar se é possível exigir do Estado uma casa para morar.

No quarto e último capítulo, abordamos a dimensão objetiva do direito à moradia, ou seja, a moradia como vetor para a atuação do Estado. Atualmente, os direitos fundamentais não podem ser pensados unicamente como uma relação indivíduo – Estado. Correspondem, também, a uma ordem objetiva de valores. Nesta perspectiva, estuda-se a possibilidade de obrigar o Estado a desenvolver políticas públicas de moradia.

Assim, percorremos um caminho que busca construir algumas possibilidades para concretização do direito à moradia e, conseqüentemente, reduzir em alguma medida a exclusão social que, infelizmente, caracteriza a paisagem urbana de nosso país. A proteção da moradia, por se tratar de um núcleo necessário ao pleno desenvolvimento do indivíduo, deve ser constantemente trabalhada. O delineamento de alguns efeitos jurídicos de normas vigentes e passíveis de aplicação é um começo desse trabalho contínuo.

2 (Des)construindo o direito à moradia no Brasil: a realidade e as normas jurídicas

2.1 A desconstrução do direito à moradia: a realidade

Morar em uma casa com paredes e teto duráveis, servida de água potável e saneamento básico, com acesso fácil e direto a ruas calçadas e próximas de transporte e equipamentos públicos, como postos de saúde e escolas, e sem a preocupação com a possibilidade de eventuais despejos é a realidade de poucos brasileiros.¹ No Brasil, existem 1.556.237 habitações precárias (3% em relação ao total de domicílios permanentes), que correspondem àqueles domicílios sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada, 11.319.673 domicílios carentes de infra-estrutura (21% em relação aos domicílios permanentes), que podem ser definidos como domicílios não servidos por um ou mais dos seguintes serviços: energia elétrica, rede geral de abastecimento de água, rede geral de esgotamento sanitário ou fossa séptica, e coleta de lixo.²

As carências habitacionais dos brasileiros são ainda maiores do que os números apresentados acima. Em primeiro lugar porque as habitações localizadas nas favelas não compõem esses números e, de acordo com a Fundação João Pinheiro, mais de 1.956.331 domicílios estão localizados em aglomerados subnormais que, conforme definição do IBGE, aproximam-se do conceito de favelas.³

Além disso, os problemas habitacionais não se resumem aos domicílios com as características já mencionadas. A Fundação João Pinheiro, por exemplo, inclui também no

¹ Essas características foram enunciadas seguindo os elementos básicos de uma moradia segundo a Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esses elementos serão trabalhados oportunamente neste estudo.

² Fonte: Déficit Habitacional no Brasil 2005. Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações. Belo Horizonte, 2006.

³ Esse número é provavelmente maior, dadas as dificuldades de se obter informações sobre os moradores das favelas. Exemplo disso é a favela da Rocinha, maior favela da cidade do Rio de Janeiro. A Rocinha, oficialmente um bairro da cidade do Rio de Janeiro, tinha até o ano de 2000, conforme o Censo 2000, 56.000 habitantes. A Associação de Moradores, contudo, supõe que existam 80.000 habitantes.

conceito de necessidades habitacionais aqueles domicílios em que há coabitação familiar, ônus excessivo com aluguel, adensamento excessivo de moradores, alto grau de depreciação ou sem unidade sanitária domiciliar exclusiva.

Nesse sentido, têm-se mais números a apresentar: 4.489.139 domicílios no Brasil são utilizados em coabitação familiar; em 1.857.323 domicílios as famílias com renda mensal de até 3 salários mínimos despendem 30% ou mais de sua renda com aluguel; 1.027.487 estão em situação de inadequação fundiária; e 1.739.231 não possuem banheiro individual.⁴

Os expressivos números que iniciam este capítulo refletem somente uma parcela dos problemas relacionados ao direito à moradia no Brasil. Práticas reiteradas de despejo e mesmo a forma como o Judiciário atua quando decide casos envolvendo esse direito fundamental são outros exemplos dessa infinidade de problemas.

Algumas publicações, como os Relatórios do *Centro pelo Direito à Moradia Contra Despejos*, da Organização Não Governamental Internacional de Direitos Humanos (COHRE, na sigla em inglês), os Relatórios da *Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU para o Direito Humano à Moradia Adequada* e o *Relatório Especial sobre Moradia Adequada na Missão ao Brasil*, do Relator Especial da Comissão de Direitos Humanos da ONU apontam diversos casos de despejos forçados e problematizam a atuação do Judiciário.

Em seu relatório, o relator especial reporta preocupações com o Judiciário, principalmente no que concerne à capacitação dos juízes para solucionar os conflitos envolvendo posse, propriedade e direito à moradia.⁵

⁴ Fonte: Déficit Habitacional no Brasil 2005. Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações. Belo Horizonte, 2006

⁵ Relatório do Relator Especial sobre moradia adequada como componente de um direito à um padrão adequado de vida. Missão ao Brasil. 2005. Disponível em < <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas->

Da mesma forma, o Relatório da Missão Conjunta recomenda ao governo brasileiro, como forma de implementar o direito à moradia adequada, a adoção de medidas urgentes para capacitar o Poder Judiciário sobre questões urbanas e de moradia.⁶

Em relação a despejos forçados, todos os relatórios mencionados apresentam inúmeros casos envolvendo, por exemplo, despejos de população de baixa renda para implementar projetos turísticos⁷ e inúmeros casos de despejos, com auxílio policial, de famílias que ocuparam prédios abandonados em centros urbanos.⁸

Todos esses fatos e números demonstram como o direito à moradia está “desconstruído” e a realidade que o Estado e a sociedade brasileiros precisam enfrentar e transformar.

Como se verá no tópico seguinte, algumas decisões já foram tomadas neste sentido, como o reconhecimento do direito à moradia como direito social, que percorreu um longo percurso tanto no âmbito internacional quanto nacional.

urbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/publicacoes-institucionais-1/guias-cartilhas-e-manuais/direito_moradia_brasil.pdf.> Acesso em 20/05/2008. pp. 17 - 18.

⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005. p. 153.

⁷ Pode-se cita, por exemplo, o Programa de Recuperação e Complementação do sistema viário da Costa Oeste, do Governo do Estado do Ceará. Trata-se de um projeto para ligação do lado leste ao lado oeste que prevê o reassentamento de mais de 2.400 famílias, todos de uma comunidade de pescadores. Para informações mais detalhadas bem como outros casos de despejo, ver: SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

⁸ Um exemplo a ser citado é a desocupação de um prédio na Rua Plínio Ramos, na cidade de São Paulo. O prédio, que antes estava abandonado há mais de 10 anos, era habitado, desde 2003, por cerca de 80 famílias. Em 2005, a polícia removeu todas as famílias, utilizando-se de força. Cerca de 25 pessoas foram feridas. Mais informações sobre esses e outros despejos em: *Forced Evictions: violations of human rights*. Global Survey 10. The Centre os housing rights and evictions. Gevebra, 2006. Disponível em: < http://www.cohre.org/store/attachments/Global_Survey_10.pdf>. Acesso em 13/04/2008.

2.2 O árduo reconhecimento formal do direito à moradia: as normas jurídicas

2.2.1 O reconhecimento no plano internacional

Já é bastante difundido entre juristas e estudiosos de direitos humanos ou fundamentais como os direitos sociais⁹ alçaram status constitucional. Numa breve digressão histórica, identifica-se que o processo de reconhecimento dos direitos fundamentais tem sua origem mais remota na Carta Magna de 1215, na Inglaterra, especificamente em seu artigo 39, que determinava que nenhum homem livre seria destituído de seus bens sem um juízo prévio.¹⁰ Embora este documento reconhecesse privilégios feudais, é a partir dele que inúmeros outros, como o Bill of Rights, de 1689, enunciam liberdades gerais e limitações do poder monárquico inglês.¹¹

Posteriormente, os textos norte-americanos, especialmente a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776, e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, inauguram o verdadeiro reconhecimento dos direitos fundamentais, uma vez que consagram o caráter universal dos direitos¹², não mais os restringindo a membros de uma determinada classe, como os primeiros documentos ingleses.¹³

Nesta primeira fase de seu reconhecimento, os direitos fundamentais inspiram-se em pressupostos jusnaturalistas e individualistas¹⁴ e apresentam-se como direitos dos indivíduos frente ao Estado, limitando o poder deste e demarcando o espaço de liberdade dos homens.

⁹ A expressão “direitos sociais” neste trabalho será utilizada para designar os chamados direitos econômicos, sociais e culturais.

¹⁰ LUNO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 34

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51.

¹² Não se pode deixar de comentar, contudo, que a pretensa universalidade não era uma realidade. Como afirma Gustavo Amaral, os direitos de participação política e do sufrágio não se estendiam a todos. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolhas: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 51.

¹³ LUNO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. op. cit. pp. 35-36.

¹⁴ LUNO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. op. cit. pp. 35-36

São os chamados direitos de primeira dimensão ou, sob outra perspectiva, direitos civis e políticos, conhecidos também como direitos negativos.¹⁵

Já os direitos sociais são reconhecidos em sede constitucional e de forma expressiva somente no século XX, fruto das reivindicações da classe proletária no decorrer do século XIX, que, em razão dos problemas sociais gerados com a industrialização, movimenta-se para exigir do Estado prestações positivas para a consecução do bem social.¹⁶ Estes direitos são também conhecidos como direitos de segunda geração, que abrangem os direitos econômicos, sociais e culturais, e caracterizam-se, precipuamente, por sua dimensão positiva, ou seja, exigem do Estado uma atuação positiva. Cabe observar que as primeiras constituições a reconhecerem expressamente estes direitos foram as Constituições do México, de 1917, e de Weimar, de 1919.¹⁷

O direito à moradia, por sua vez, não é mencionado nos primeiros documentos que tratam dos direitos sociais. A primeira menção a este direito ocorre em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo artigo 25 traz a seguinte redação: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis (...)”.

¹⁵ A classificação dos direitos fundamentais em negativos e positivos é insuficiente, como demonstrado por Cass Sunstein e Steohen Holmes no livro “*The Cost of Rights*”. Fala-se nesta classificação neste momento tão somente pois esta tem sido ainda uma classificação habitual. Em tópico futuro serão feitas as considerações pertinentes quanto a impropriedade desta distinção.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit. p. 56.

¹⁷ Vê-se, portanto, que o constitucionalismo do século XX marca o reconhecimento expresso de direitos econômicos, sociais e culturais, diferentemente das Constituições do século XVIII, que tratam tão somente dos direitos civis e políticos, ou direitos de primeira dimensão. Essa modificação paradigmática gerou e ainda gera muitas discussões entre teóricos sobre a previsão em sede constitucional de tais direitos: para muitos, principalmente para os defensores do liberalismo, a Constituição não deve ser a sede de proteção de direitos como saúde, educação e moradia. Esse é o entendimento de Ricardo Lobo Torres. Ver TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Em razão da carta constitutiva das Nações Unidas, todos os Estados membros da organização são obrigados a respeitar esse direito, protegendo-o de violações.¹⁸

A partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o direito à moradia passa a ser reconhecido em um grande número de tratados e convenções internacionais, o que possibilitou o processo de sua especificação. Dentre estes documentos, pode-se citar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado em 1966 e em vigor desde 1976; a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965); a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979); a Convenção Internacional sobre os direitos da criança (1989); a Convenção Internacional sobre o estatuto dos refugiados (1951); e a Convenção Internacional de Proteção aos Direitos dos Trabalhadores Imigrantes e membros de sua família (1990).¹⁹

Além dessas convenções e tratados internacionais, é importante destacar a criação do Centro das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (Habitat), que ocorreu na Primeira Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos, realizada em Vancouver, em 1976. Essa declaração reafirma, em seu parágrafo 8º, o direito universal à moradia adequada, que deve ser garantida a todos sem discriminação social ou racial.²⁰ Posteriormente, foi realizada em Istambul, no ano de 1996, a segunda Conferência da ONU sobre assentamentos humanos,

¹⁸ PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: um derecho en (de)construcción*. El derecho a uma vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria editorial, 2003. pp. 58- 59.

¹⁹ Para um melhor detalhamento destas Convenções e Pactos Internacionais ver LECKIE, Scott. *Legal Resources for housing rights: International and National Standards*. Geneva: Centre on Housing Rights and Evictions, 2000. Disponível em < <http://www.cohre.org/store/attachments/COHRE%20Sources%204.pdf>>. Acesso em 05/11/2007. O trabalho de Leckie traz os artigos referentes a moradia de cada um desses tratados e convenções e ainda a lista dos países que ratificaram cada um deles.

²⁰ MORAIS, Maria da Piedade; GUIA, George Alex da; Paula, Rubem de. Monitorando o direito à moradia no Brasil (1992-2004). In. *Políticas Sociais – acompanhamento e análise*. Fev. 2006. IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_12/ensaio4_monitorando.pdf> Acesso em 20/08/2007.

que aprovou a Agenda Habitat.²¹ Por meio da Agenda Habitat, os Estados comprometeram-se a, de forma progressiva, possibilitar às pessoas moradia adequada, ou seja, uma moradia segura, acessível física e economicamente.²²

Dentre essas fontes normativas, a mais relevante, sem dúvida, é o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²³, cujo artigo 11, 1 assim dispõe:

Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, e ao melhoramento contínuo das condições de existência. Os Estados Signatários tomarão as medidas adequadas para assegurar a efetividade deste direito, reconhecendo para esse efeito a importância essencial da cooperação internacional baseada no livre consentimento.

O PIDESC se destaca por tentar estabelecer um sistema de definição e supervisão do conteúdo e efetividade dos direitos sociais.²⁴ Este sistema compreende o disposto nos artigos 16 e 17 do Pacto, em que os Estados signatários se comprometem a apresentar informes sobre as medidas adotadas para proteção dos direitos expressos no documento. Além disso, para supervisionar a atuação estatal, foi criado em 1985 o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja principal função é revisar os informes apresentados pelos Estados, função esta que colabora com a supervisão do conteúdo e da efetividade dos direitos.

Como se percebe, inúmeros são os tratados e as convenções internacionais que tratam do direito à moradia, sendo também inúmeros os Estados signatários desses tratados.²⁵ Contudo, a efetividade destas normas é restrita. Vejamos.

²¹ A Agenda Habitat foi aprovada por 171 Estados, sendo um deles o Brasil.

²² Agenda Habitat, artigo 39.

²³ O Brasil é signatário do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº. 226 de 12. 12 .1991 e Promulgado pelo Decreto 591 de 6.7.1992.

²⁴ PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: um derecho em (de)construcción*. op. cit. p. 65.

²⁵ Para citar um exemplo, até o ano de 2002, 145 Estados haviam assinado o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

As normas internacionais que tratam dos direitos sociais possuem duas perspectivas de aplicação. De um lado, como no caso do PIDESC, há órgãos encarregados de supervisionar a atuação dos Estados, verificando se estes estão cumprindo as determinações dos tratados. Em relação a esta aplicação, dois obstáculos são encontrados. Primeiramente, organismos como o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais são em número reduzido. Além disso, não há mecanismos legais que possam exigir o cumprimento desses tratados.²⁶

Os tratados e convenções podem ainda ser aplicados no direito interno pelos tribunais dos países signatários. Gerardo Pisarello aponta que existe uma progressiva aplicação pelos tribunais locais das normas internacionais que tratam de direitos fundamentais.²⁷ Dentre as diversas modalidades de aplicação, o autor destaca duas: a aplicação direta e a aplicação indireta.

A aplicação direta pode consistir em:

a)La previsión de cláusulas constitucionales expresas que reconozcan, en caso de conflicto, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno en el ámbito específico de los derechos humanos; b)La previsión de cláusulas constitucionales que establecen que los derechos en el ámbito estatal deberán interpretarse en sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos.²⁸

Já a aplicação indireta pode ocorrer mediante o trabalho hermenêutico ou por meio da reprodução na Constituição ou em legislação infraconstitucional do que consta nos documentos internacionais.²⁹

Apesar do otimismo do autor espanhol, que cita o exemplo da Argentina, cuja Constituição, em razão da reforma de 1994, outorga caráter constitucional a uma série de tratados ratificados pelo Estado, existe ainda hoje uma resistência em aplicar as normas

²⁶ PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción*. op. cit. p. 50.

²⁷ Ibid. p.50.

²⁸ Ibid. p. 51

²⁹ Ibid. p.51

internacionais dos direitos humanos no direito interno. O Brasil é um bom exemplo dessa resistência.

Antes da emenda constitucional nº. 45, de 2004, a Constituição da República, em seu artigo 5º, §2º determinava:

Art. 5º. §2º. 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.

Muitos autores, como Flavia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade, afirmavam que este artigo conferia o status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos. A posição do Supremo Tribunal Federal, contudo, era diversa. Em repetidas decisões, o STF³⁰ posicionou-se no sentido de que os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária. No presente momento, a questão está sendo novamente debatida pelo Supremo, no RE 466.343/SP, relator min. Cezar Pelluzo, no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil nos casos de alienação fiduciária em garantia. Acena-se, até o momento, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da prisão civil do alienante fiduciário e do depositário infiel, havendo o entendimento manifestado pelo ministro Gilmar Mendes de que os tratados internacionais têm status normativo supralegal, ou seja, estão abaixo da Constituição mas acima das normas infraconstitucionais.

Além disso, com a Emenda Constitucional nº. 45, foi acrescentado ao artigo 5º o parágrafo 3º, que prescreve: “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.”

³⁰ Veja-se, entre outras, Supremo Tribunal Federal. ADI 1480-MC. Relator Celso de Mello, julgamento em 04/09/1997; RHC 79.785. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Julgada em 29/03/2000.

Mesmo com essas alterações, a aplicação dos tratados internacionais pelos tribunais brasileiros ainda encontra barreiras. Veja-se: a interpretação dada pelo STF do artigo 5º antes da Emenda Constitucional 45, já possibilitava a aplicação de tratados como uma norma infraconstitucional. No entanto, poucos são os juízes que de fato aplicam as normas internacionais de direitos humanos que foram ratificadas pelo Brasil. Em pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, coordenada pelo professor José Ricardo Cunha, constatou-se que, embora os juízes afirmem que as normas de direitos humanos são aplicáveis no direito interno, poucos são aqueles que já aplicaram algumas dessas normas. Quando indagados se já atuaram em demandas em que foram suscitadas normas de direitos humanos, 76% dos juízes responderam que apenas ocasionalmente ou nunca atuaram em tais feitos³¹. Para os juízes, apesar de plenamente aplicáveis no direito brasileiro, essas normas “não são aplicadas efetivamente, no entanto, por não serem imanentes aos casos judiciais que lhes foram submetidos.”³²

Comentando essa ressalva feita pelos juizes, José Ricardo Cunha atenta para o fato de que “grande parte das controvérsias submetidas à apreciação do Poder Judiciário versa sobre conflitos cujo cerne é exatamente situado na seara dos direitos humanos e, muitas vezes, envolve mais precisamente os direitos fundamentais.”³³

O autor, para exemplificar sua tese de desconhecimento pelo Poder Judiciário de normas internacionais de direitos humanos, cita três decisões judiciais³⁴, prolatadas antes de Emenda 26, de 2000, que inseriu no artigo 6º da Constituição da República o direito à moradia, em que os juízes, desembargadores ou ministros tratam de questões relativas a este

³¹ CUNHA, J. R.; WERNECK, D. ; GARRIDO, A. Possibilidades e Limites da Criatividade Judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos Direitos Humanos). In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, 2006.p.539

³² Ibid. p.539

³³ Ibid. p. 540

³⁴ As decisões podem ser conferidas no texto de José Ricardo Cunha acima citado.

direito, mas não o citam diretamente, e, em suas decisões, ora decidem de maneira a restringi-lo, ora fundamentam a decisão no princípio da dignidade humana. Nestes casos, normas como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais poderiam ter sido aplicadas pelos tribunais brasileiros.

Como se percebe, e reiterando o escrito acima, a aplicação das normas internacionais de direitos humanos no âmbito interno é bastante restrita. Desta forma, a proteção dos direitos, e aqui se inclui tanto os direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais, pode tornar-se mais efetiva por intermédio de sua previsão nas constituições dos estados.

2.2.2 O Reconhecimento no Brasil

No Brasil, o reconhecimento também passou por tortuosos caminhos. Somente em 2000, com a promulgação da emenda constitucional nº 26, o direito à moradia foi inserido no texto da Constituição. Antes disso, o direito à moradia já era tratado de forma não expressa em outros dispositivos constitucionais como, por exemplo, o artigo 5º, XI, da Constituição, que dispõe que a casa é asilo inviolável.

Em outros dispositivos, a Constituição da República protege de forma indireta ou implicitamente a moradia. É o que ocorre quando determina que a competência para desenvolver políticas habitacionais é da União, Estados e Municípios – artigo 23, IX – e ainda assegura ao trabalhador o direito a receber um salário mínimo que possibilite custear sua moradia, uma necessidade básica - artigo 7º, IV. Ademais, a Constituição também trata em seu texto original da Usucapião Especial Urbano, que garante a posse daquele que utiliza prédio alheio para sua moradia, e ainda protege a propriedade funcionalizada.

Importantes leis de proteção à moradia também trilharam um demorado processo para promulgação. O Estatuto da Cidade, que prevê inúmeros instrumentos para o efetivo cumprimento da função social da propriedade, foi inicialmente apresentando ao Senado Federal em 1989 e somente em 10 de julho de 2001 foi sancionado pelo presidente, que ainda vetou os artigos referentes à concessão de direito real de uso para fins de moradia.³⁵

A proteção ao locatário de imóvel para moradia, da mesma forma, enfrentou resistências ao longo dos anos, tendo a legislação oscilado entre a proteção ao inquilino e a ampliação das possibilidades de retomada do imóvel pelo proprietário. Entre 1940 a 1980 ocorreram medidas de proteção ao locatário, como o congelamento de preços dos aluguéis (1942), facilitação da denúncia vazia (1966-1968) e, novamente, a proteção ao inquilino em 1979.³⁶ Atualmente, em razão da vigência da lei 8.245/1990, existe uma proteção da moradia do inquilino.

Percebe-se que, embora lenta, é possível falar em construção normativa do direito à moradia, por meio de tratados e convenções internacionais, normas constitucionais e infraconstitucionais. Além das leis citadas acima, cabe mencionar também a lei do bem de família. Outras leis também deveriam ser sancionadas, como as que facilitam a utilização de imóveis abandonados para habitação de interesse social e as leis municipais que implementem os instrumentos da Constituição Federal e do Estatuto da Cidade.

As normas já vigentes, contudo, estão aptas a produzir efeitos. E a identificação desses efeitos é necessária, em favor de uma real proteção do direito à moradia. É isso o que se fará nesse trabalho.

³⁵ Para um melhor detalhamento da tramitação do projeto de lei referente ao Estatuto da Cidade, ver DE GRAZIA, Grazia. *Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas*. In: Osório, Leticia Marques. *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

³⁶ TASCHNER, Suzana Pasternak. *Política Habitacional no Brasil: retrospectivas e perspectivas*. In: *Cadernos de Pesquisa do LAP*. nº 21. 1997. p. 43

2.3 A construção do direito à moradia a partir das normas jurídicas

2.3.1 O direito à moradia como complexo de obrigações positivas e negativas

A construção do direito à moradia a partir das normas jurídicas deve ser iniciada por meio da interpretação das normas constitucionais, afinal essas estão no ápice da pirâmide e as demais normas devem ser ao menos conforme às primeiras.³⁷ Vê-se, pois, a importância do reconhecimento pela Constituição do direito à moradia.

A amplitude dos efeitos desse reconhecimento, contudo, é controversa. Isto porque o direito à moradia é, seguindo a tradicional classificação dos direitos, um direito social ou de segunda dimensão. Assim, conforme essa visão, não é possível identificar, sem a existência de normas infraconstitucionais, obrigações correlatas ao direito, não sendo então possível exigir sua proteção por meio do Poder Judiciário. Explica-se melhor.

A classificação mais difundida dos direitos fundamentais é aquela que os divide em gerações ou dimensões. Essa classificação parte do reconhecimento de diferentes direitos ao longo do tempo, como um processo de conquista histórico. Assim, pode-se falar que ela segue o reconhecimento dos direitos nos Estados da Europa ocidental. Como se sabe, as primeiras constituições escritas positivaram os chamados direitos individuais, que garantiam uma esfera de liberdade aos indivíduos frente ao Estado. Eram os direitos negativos, e refletiam o pensamento liberal-burguês do século XVIII.³⁸ Posteriormente, em razão da questão social surgida após a industrialização, são reconhecidos os direitos sociais, ou direitos

³⁷ Atualmente é pacífico o entendimento de que não há normas constitucionais destituídas de eficácia. Se for seguida uma das classificações mais utilizadas atualmente, a proposta por Luis Roberto Barroso, uma norma constitucional ao menos revoga os atos anteriores contrários ao seu fim e carrega de inconstitucionalidade os atos normativos posteriores, quando incompatíveis. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 116.

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit. p. 56.

de segunda dimensão, “introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX.”³⁹ Estes direitos, diferentemente dos direitos individuais, para utilizar a expressão mais difundida, exigem para sua realização prestações positivas do Estado.

Ao final do século XX, surgem os direitos de terceira dimensão, que se relacionam ao gênero humano e não a interesses de indivíduos ou de grupos ou ainda de um determinado Estado.⁴⁰ Caracterizam-se, assim, como direitos de titularidade coletiva ou difusa, e hoje a doutrina identifica como tais direitos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio da humanidade e o direito de comunicação.⁴¹

A partir dessa classificação e completando-a, afirma-se que existe diferença de natureza entre os direitos civis e políticos, de um lado, e direitos sociais, econômicos e culturais, de outro. Esta distinção parte do “suposto caráter de obrigatoriedade negativa do primeiro gênero de direitos enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais implicariam o nascimento de obrigações positivas.”⁴²

A diferenciação entre obrigações negativas e positivas leva a classificação dos direitos em negativos e positivos. E, enquanto aqueles, por implicarem abstenções e, conseqüentemente, não envolverem gastos públicos podem ser exigidos judicialmente, esses não o são, porque envolvem o dispêndio de recursos.

³⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 564.

⁴⁰ Ibid. p. 598.

⁴¹ Ibid. op. cit. p. 569.

⁴² ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. In. *SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*. Ano 2. Nº. 2. 2005.

Todas essas classificações, contudo, são hoje amplamente debatidas. Em relação à classificação segundo dimensões, pode-se afirmar que ela segue uma suposta cronologia de surgimento e reconhecimento dos direitos.

Embora bastante didática, essa proposta não reflete a realidade de inúmeros Estados. Falar em dimensões, assim, implica em desconsiderar as peculiaridades de cada Estado e se o tema são direitos fundamentais, ou seja, direitos reconhecidos por um Estado, desconsiderar esses direitos é, no mínimo, incoerente.

Veja-se: os direitos fundamentais modificam-se com as mudanças das condições históricas, ou seja, “dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc.”⁴³ Assim, em cada Estado o processo de reconhecimento dos direitos varia conforme suas transformações, que não necessariamente serão semelhantes aos Estados da Europa ocidental. Falar em dimensões, então, pensando que uma surgiu após a outra, é ignorar estas questões.

Além disso, essa classificação agrupa direitos de conteúdos distintos sob mesma denominação, existindo, por exemplo, direitos sociais que exigem prestações positivas e aqueles que não exigem, como as chamadas liberdades sociais, em que se inclui, por exemplo, o direito de greve.⁴⁴

Pode-se, neste momento, contra-argumentar que o texto constitucional fala em direito social e que em um processo de interpretação não se pode desvincular-se do texto. No entanto, é preciso considerar que a nomenclatura utilizada pela constituição, quando se trata de direitos fundamentais, não apresenta uma ordem coerente. Dentre as subdivisões do Título

⁴³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992. p. 18.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. op. cit. p. 57

II, que trata dos direitos e garantias fundamentais, há o capítulo I, sob o título “dos direitos e deveres individuais e coletivos” e há o capítulo II, “dos direitos sociais”.

A Constituição Federal quando trata de “direitos individuais e coletivos” considera, em princípio, a titularidade do direito. Contudo, quando menciona “direitos sociais” ressalta a classificação tradicional, em dimensões. Há, então, uma incoerência. Se o critério utilizado fosse a titularidade do direito, ou seja, identificando os direitos individuais e os coletivos, então os direitos sociais também estariam dentre esse grupo, visto que alguns direitos colocados pela Constituição como sociais podem ser de titularidade de indivíduos ou podem ser coletivos. Veja-se, por exemplo, o direito à saúde. Pode ele ser um direito individual, sendo inclusive parte legítima para uma ação em que se busca uma determinada prestação relacionada ao direito à saúde o titular do direito, como pode ser também objeto de uma ação que busca a tutela do direito para um grupo de pessoas, como no caso de uma ação para melhorias das condições de um hospital.

Em relação à dicotomia direito negativo/direito positivo, pode-se afirmar que ela foi desconstruída pelos autores americanos Stephen Holmes e Cass Sustein, que demonstraram que mesmos os direitos considerados puramente negativos, como a propriedade e a liberdade de expressão, envolvem atuação dos governos e, conseqüentemente, gasto de dinheiro público.

Conforme os autores, a máxima onde há direito, há ação (where there is a right, there is a remedy) já explica que todo direito envolve custos, posto que o exercício do direito de ação requer um aparato institucional produzido pelo Estado e que demanda recursos.⁴⁵

⁴⁵ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999. p. 43-44.

A distinção entre direitos civis e políticos como direitos negativos e direitos econômicos, sociais e culturais como direitos positivos deve ainda ser reavaliada, pois “tem como base uma visão distorcida e ‘naturalista’ do papel e do funcionamento da máquina estatal, que coincide com a posição de um Estado mínimo, responsável por garantir apenas justiça, segurança e defesa”.⁴⁶

A relação entre as obrigações negativas e positivas do Estado foi apontada, inclusive, por autores clássicos do liberalismo político e econômico, como Adam Smith, que “atribui ao Estado um papel ativo na criação das condições institucionais e legais”.⁴⁷

Vê-se, pois, que os direitos civis e políticos comportam tanto uma dimensão negativa quanto uma dimensão positiva: “obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, para garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja prejudicada por outros cidadãos.”⁴⁸

Da mesma forma, é possível identificar diferentes obrigações relacionadas aos direitos sociais. Pode-se citar, por exemplo, o direito à saúde, que “compreende a obrigação estatal de não prejudicar a saúde, ou o direito à educação, que pressupõe a obrigação de não piorar a educação.”⁴⁹ Assim, esses direitos são também um complexo de obrigações positivas e negativas.

A noção dos direitos fundamentais como um complexo de obrigações positivas e negativas pode ser mais bem compreendida partindo-se da diferenciação entre texto, norma e direito.

⁴⁶ ABRAMOVICH, Victor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados*. op. cit. . 190.

⁴⁷ Ibid. p. 190

⁴⁸ Ibid. p. 191.

⁴⁹ Ibid. p. 191.

Norma e texto são conceitos conexos mas diversos, que não se confundem. Texto é o objeto de interpretação, sobre o qual serão compostas normas. Normas são “os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos.”⁵⁰ Assim, a norma parte do texto, não estando nele contida.

Um mesmo dispositivo pode dar ensejo a diversas normas, que podem assegurar diferentes posições jurídicas.⁵¹ A partir de um dispositivo que consagra um direito fundamental, então, podem ser reconstruídas diversas normas, cada uma atribuindo diferentes posições jurídicas aos titulares do direito fundamental.⁵²

O direito à moradia, assim, é um complexo de posições jurídicas, que serão delimitadas no decorrer desse trabalho. Antes, contudo, faz-se necessário esboçar um conteúdo para esse direito, para possibilitar uma melhor delimitação de suas diferentes posições.

2.3.2 A construção do conteúdo do direito à moradia

A compreensão de cada uma das posições jurídicas que compõem o direito à moradia só é possível se houver uma delimitação do conceito e conteúdo de moradia. Para este estudo, a definição de moradia partirá de normas jurídicas e ainda do pressuposto de que todos os direitos fundamentais são interdependentes.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª edição. São Paulo, Malheiros: 2006. p. 30.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito a moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 160

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002. pp. 241-244.

A interdependência entre o direito à moradia e outros direitos fundamentais é facilmente identificada. Quando se fala em proteção à moradia, tutela-se também, por exemplo, a vida e a saúde, o direito à intimidade e privacidade. Além disso, a localização da moradia deve contribuir para o acesso a postos de trabalho.

Se, por um lado, o conteúdo do direito à moradia deve ser construído levando em consideração as relações entre o direito à moradia e outros direitos fundamentais, por outro, é importante desvincular a moradia do direito de propriedade. Não restam dúvidas de que a propriedade de um imóvel que constitui moradia de uma família garante-lhe a proteção contra atos de terceiros. Contudo, a proteção do direito à moradia não depende da propriedade. Em alguns casos, a moradia pode e deve ser privilegiada em detrimento do direito de propriedade.

Pode-se proteger a moradia, por exemplo, por meio da regulamentação dos contratos de locação para fins de moradia, ou por leis que dificultam a denúncia vazia e que concedam um prazo razoável para a desocupação do imóvel pelo locatário quando solicitado pelo locador.

O entorno da moradia também deve ser considerado como relevante para o estabelecimento de um conteúdo. A localização da moradia é determinante para conseguir um posto de trabalho e ainda para a construção de rede de relacionamentos, que amplia a possibilidade de trabalhos eventuais. Em pesquisa sobre a localização residencial dos pobres, Pedro Abramo confirma essa importância:

El resultado, aunque apenas indicativo, confirma la tesis que atribuye a la localización residencial uno de los elementos más importantes en el universo familiar de los pobres. A partir de la localización residencial, los pobres pueden tener acceso diferenciado a núcleos de empleo y renta, bolsas de servicios y comercio urbano, transporte colectivo, equipamientos y servicios públicos así como a otros

factores de accesibilidad com la posicion de la favela en la jerarquia de localizaciones de la ciudad⁵³

O estudo de leis e tratados internacionais demonstra que o conceito legal de moradia contém os elementos apresentados acima, ultrapassando a fria concepção de moradia como um mero abrigo.

Tomando-se por base o que rege a Constituição, pode-se construir um conceito amplo de moradia, a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais. Esse conceito, como se verá, não é tão abrangente como o mencionado acima, mas contribui para o estabelecimento de alguns elementos.

O artigo 6º da Constituição Federal não traz qualquer qualificação para a moradia, diferentemente de algumas outras constituições e de alguns tratados internacionais que trazem a expressão “moradia adequada” ou “moradia digna”.

Mesmo não havendo essa qualificação, pode-se concluir que a norma extraída da conjugação desse dispositivo com outros, visa proteger a moradia adequada. Basta para tanto conjugar o direito à moradia com a dignidade da pessoa humana. Aquele deve ser interpretado a partir da dignidade.

Além disso, a proteção da casa, como asilo inviolável (art. 5º XI) também explicita que a moradia deve garantir proteção à privacidade e intimidade.

As normas infraconstitucionais também levam à construção de um conceito amplo de moradia. Veja-se, por exemplo, a proteção do locatário de imóvel para moradia, disposto na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

⁵³ ABRAMO, Pedro. *La teoría económica de la favela: cuatro notas sobre la localización residencial de los pobres y el mercado inmobiliario informal*. Documento cortesia do autor para o Lincoln Institute of Land Policy, cópia do artigo publicado na Revista Ciudad y Territorios: Estudios Territoriales. Vol XXXV. Nº 136-137. 2003. Ministerio de Fomento. Espanha. p. 13

Todas essas normas, apesar de indicar os elementos e a amplitude do conceito de moradia, não possibilitam sua definição e uma identificação clara dos elementos que o compõem.

A enumeração de elementos básicos para uma moradia adequada foi feita pelo Comitê da ONU sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no General Comment nº4 on the Right to Adequate Housing. Segundo esse documento, os sete componentes elencados, são os seguintes: segurança na posse, disponibilidade de serviços, equipamentos e infraestrutura, disponibilidade a preços acessíveis; habitabilidade; acessibilidade; localização; e adequação cultural.

A partir do entendimento de que o direito à moradia é um complexo de posições negativas e positivas e ainda que o conteúdo da moradia a ser tutelada é amplo, tem-se a possibilidade de englobar os elementos acima mencionados e construir diferentes dimensões do direito à moradia. É isso que se pretende fazer.

3 Protegendo a moradia contra atividades do Estado – a eficácia negativa do Direito à Moradia.

A dimensão negativa do direito à moradia, assim como de qualquer direito fundamental, compreende a proteção da moradia contra qualquer agressão, seja praticada pelo Estado, seja praticada por particulares. Tanto o Estado quanto os indivíduos têm o dever de respeitar a moradia dos outros, havendo a possibilidade de impugnação em juízo de qualquer ato atentatório à moradia, podendo ser utilizado o controle difuso e incidental, abstrato e concentrado ou ainda instrumentos processuais específicos.⁵⁴

Concluir que os atos atentatórios ao direito à moradia podem ser impugnados judicialmente, não gera grandes dúvidas. Por estar estabelecido que se trata de um direito fundamental, uma das posições jurídicas a que investe seus titulares corresponde exatamente ao direito de defesa, direito aqui expresso na forma: A tem o direito a exigir de B que se abstenha de fazer X.

A questão, contudo, não é tão simples. Como se sabe, o direito à moradia não é um direito absoluto, podendo então ser restringido. Essa possibilidade, em verdade, está expressa na regra que pode ser construída a partir do artigo 6º da Constituição: “o Estado não pode interferir na moradia de um indivíduo, a não ser quando esta intervenção se fizer necessária para o cumprimento de outros princípios constitucionais (que podem ser referir a direitos fundamentais de terceiros ou bens coletivos) e que, em razão das circunstâncias do caso, tem prevalência sobre o direito à moradia”.

Para identificar se a restrição é ou não necessária, bem como para saber qual princípio constitucional tem prevalência, deve-se analisar o caso concreto, como já

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 170.

mencionado acima. Mas, será que isso quer dizer que o conteúdo do direito à moradia será sempre delimitado no caso concreto ou será possível identificar um núcleo mínimo deste direito, em relação ao qual não cabe qualquer intervenção ou restrição?

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é hoje bastante debatido, tanto na doutrina nacional⁵⁵ quanto estrangeira. Simplificando as diversas teorias sobre este conteúdo mínimo, é possível agrupá-las em dois grupos abrangentes: aqueles que defendem um conteúdo essencial relativo e aqueles que defendem um conteúdo essencial absoluto.

Segundo a concepção absoluta do conteúdo essencial, cada direito fundamental possui um núcleo mínimo, identificável sem a necessidade de analisar o caso concreto. Portanto, identificável antes do processo de ponderação, abstratamente.⁵⁶ Este núcleo tem como função orientar as restrições ao direito, e, quando atingido, leva a descaracterização do próprio direito. Em outras palavras, este núcleo não pode sofrer intervenções que importem em restrições. As principais críticas desta concepção são apontadas por Ana Paula de Barcellos:

Em primeiro lugar, afirmam que esse núcleo abstrato não existe pronto em lugar algum, de modo que é uma ficção imaginar que o intérprete tem como conhecê-lo antecipadamente. Ademais, a ideia do núcleo duro acabaria por desvalorizar os elementos do direito localizados fora do núcleo.⁵⁷

Já os adeptos da teoria relativa, defendem que o núcleo essencial deve ser definido de acordo com as condições fáticas e considerando as colisões entre os diversos interesses no

⁵⁵ Veja-se, dentre outros: SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*. nº 4. 2006

⁵⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 143.

⁵⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. op. cit. p. 143

caso concreto. O que deve ser protegido, então, varia conforme a situação, dependendo dos direitos envolvidos.⁵⁸

Analisando as duas teorias, Ana Paula de Barcellos esclarece que apesar da inexistência de um conteúdo pronto de cada direito fundamental, como um manual para o aplicador, é possível para a doutrina, por meio de reflexão abstrata e/ou estudo de precedentes judiciais, propor parâmetros específicos para identificar o núcleo de cada direito. A autora ainda esclarece que este núcleo não é duro nem permanente.⁵⁹

As conclusões obtidas até este momento, contudo, não permitem a concordância com as teorias absolutas. Veja-se: considerando tão somente a dimensão negativa do direito à moradia, dimensão esta que é objeto específico deste tópico do trabalho, construiu-se a norma regra conjugada com princípios, cuja aplicação exige ponderação com os demais interesses em jogo no caso concreto. Mesmo as reflexões abstratas, em que seriam contrapostas algumas normas específicas, dificilmente poderiam ser generalizadas e desta ponderação ser extraído um núcleo aplicável a diferentes casos envolvendo o direito à moradia. Da mesma forma, o estudo de precedentes judiciais também não possibilita a construção de um núcleo aplicável de maneira ampla. É inquestionável, no entanto, o fato de que estes estudos auxiliam na solução dos casos concretos, uma vez que indicam os passos a serem seguidos e demonstram o que deve ser ponderado nestes casos. Porém, construir um núcleo não parece ser uma tarefa realizável, e seriam infinitas as ponderações a serem efetuadas em abstrato.

Parte-se, então, da concepção de um conteúdo essencial variável, a ser determinado no caso concreto, sendo esta concepção coerente com a forma das normas de direito fundamental. Nos dois próximos tópicos serão analisados casos concretos, buscando-se

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. op. cit. p. 42.

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. op. cit. p. 145.

identificar a eficácia do direito à moradia na sua modalidade de direito de defesa. A análise desses casos, apesar de não permitir a construção de um núcleo duro, demonstra a dimensão negativa do direito à moradia e, ainda, por envolverem questões abrangentes e que se repetem nos tribunais brasileiros, contribuem para a redução da discricionariedade das decisões judiciais.

3.1 A proteção da moradia do fiador em contrato de locação

O primeiro caso a ser estudado para análise da dimensão negativa do direito à moradia é a constitucionalidade do artigo 3º, inc. VII da Lei nº. 8.009/1990, com redação dada pela Lei nº. 8.245/1991, que traz como exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família o imóvel do fiador em contrato de locação.

Neste caso, fala-se em dimensão negativa, pois o que está sendo analisado é, como se verá, se a exceção trazida por este enunciado fere o direito à moradia do fiador ou, em outras palavras e de maneira simplificada, se a possibilidade de intervenção na moradia autorizada pelo Poder Público é necessária para o cumprimento do direito de crédito e se este direito deve prevalecer.

A constitucionalidade deste dispositivo legal é bastante discutida pelos tribunais de todo o Brasil, já tendo sido julgada pelo Supremo Tribunal Federal em diversos recursos extraordinários. Em fevereiro de 2006, pela primeira vez o STF manifestou-se em relação à questão e, por maioria de votos, entendeu que a possibilidade de penhora do único imóvel residencial do fiador em contrato de locação é constitucional.

Para análise deste caso, bem como dos que se seguirão, serão realizados os seguintes passos: (i) uma breve apresentação da questão, e (ii) uma explanação da decisão sobre o caso. Posteriormente, será analisado o caso, por vezes conjugando elementos da decisão.

O instituto do bem de família no direito brasileiro foi inicialmente previsto pelo Código Civil de 1916, em seu artigo 70, consistindo na indicação de um bem inatingível por execução de dívidas, impenhorável, portanto.⁶⁰ Esta primeira forma de bem de família é, como se percebe, convencional, dependendo da expressa manifestação de vontade da entidade familiar. O Código Civil de 2002 manteve a regulamentação do bem de família convencional, tratando do tema em seus artigos 1.711 a 1.722, que dispõem de maneira detalhada sobre a instituição do bem de família.

Além do bem de família convencional, o ordenamento brasileiro prevê também o legal, disciplinado pela Lei nº. 8.009/1990. Este, assim como o primeiro, torna impenhorável o bem destinado à moradia da família. Porém, diferentemente do preceituado, não depende da manifestação prévia de vontade, podendo ser a impenhorabilidade invocada no curso de um processo de execução tão somente em razão da previsão legal.⁶¹

Proteger o bem de família é, sem dúvida, proteger a moradia, impedindo que eventuais problemas financeiros exponham uma família a uma situação degradante, colocando em risco a própria saúde física e mental de seus membros. A criação deste instituto não traz

⁶⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia: o direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.8

⁶¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia: o direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. op. cit. p. 9

consigo “um objetivo desonesto de diminuição da garantia dos credores. Ao reverso, o escopo altruístico, de relevância social, sobrepõe-se.”⁶²

A criação legislativa do bem de família pode ser então compreendida como uma concretização do direito à moradia. Expresso na Constituição por meio de normas de caráter duplo, cabe precipuamente ao Poder Legislativo, representante do povo, delimitar os contornos desse direito. Ao aprovar uma lei que protege o imóvel utilizado como moradia por uma família contra o direito de crédito, o legislador, no exercício de seus poderes, faz uma ponderação, atribuindo efeitos à dimensão negativa do direito à moradia.

A proteção à moradia da família, contudo, não é irrestrita, posto que não há direitos absolutos. Desta forma, existem sete exceções à impenhorabilidade do bem de família, dentre elas a do fiador em contrato de locação, como disposto no artigo 3º da Lei 8.009/1991:

Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor de pensão alimentícia;

IV – para cobrança de imposto, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

⁶² Nogueira, Antonio de Pádua Ferraz, Apud. Alberton, Genaceia da Silva. *Impenhorabilidade de bem imóvel de fiador*. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=481>. Acesso em: 05/08/2007.

Essas exceções consolidam ponderações feitas legitimamente pelo Legislativo, ao aprovar leis que estão definindo os contornos do direito à moradia. E, ao definir estes contornos, o Legislativo pode e deve determinar o que prevalece em relação à proteção da moradia embora essa determinação não possa ser feita sem qualquer critério, mais sim de acordo com as normas constitucionais.

Como no caso está-se analisando tão somente o inciso VII, acrescentado pela Lei nº. 8.245/1991, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: o direito de crédito do locador deve prevalecer em relação ao direito de moradia do fiador? Vejamos a posição do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento do Recurso Extraordinário 407.688-8 SP, que teve como relator o ministro Cezar Peluso, o STF decidiu, por maioria, pela constitucionalidade do dispositivo em análise, vencidos os ministros Eros Roberto Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello.

Neste julgamento, o voto e argumentos do ministro Cezar Peluso podem ser assim resumidos: o direito à moradia, enquanto um direito social, pode ser concretizado pelo Estado mediante diferentes prestações. Citando dispositivo da Constituição Portuguesa,⁶³ que determina que ao Estado cabe estimular o acesso à habitação própria ou arrendada para assegurar o direito à moradia, o ministro relator argumenta que ao possibilitar a penhora do bem de família do fiador, está-se assegurando a moradia de milhões de brasileiros que precisam alugar um imóvel para morar, haja vista que o proprietário do imóvel só aluga havendo apresentação de garantia. Argumentou, ainda, que somente é possível vislumbrar

⁶³ Art. 65 n°2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado:

(...)

c) Estimular a construção provada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada.

ofensa ao direito à moradia quando houver no caso concreto outro modo de assegurar o pagamento do débito.⁶⁴

Divergindo do voto do ministro Cezar Peluso, o ministro Eros Grau votou pela inconstitucionalidade do dispositivo, expondo que além de ferir o direito à moradia, esta exceção à impenhorabilidade ofende a isonomia. Isto porque, supondo que o locatário adquira uma casa própria enquanto não paga suas dívidas decorrentes do contrato de locação, terá esta protegida. No entanto, o fiador poderá ver o imóvel onde mora com sua família ser penhorado, em razão de dívidas do locatário. Além disso, considera que outras políticas públicas poderão ajustar e possibilitar o mercado de locações imobiliárias.⁶⁵

O ministro Joaquim Barbosa também negou provimento ao recurso extraordinário, entendendo ser constitucional o inciso VII do art. 3º da Lei nº. 8.009/1990. Em sua fundamentação, o ministro argumentou que o caso em questão envolvia conflito de dois direitos fundamentais: de um lado, o direito à moradia, e de outro, o direito à liberdade, exteriorizada “na faculdade que tem cada um de obrigar-se contratualmente e, por consequência, de suportar os ônus dessa livre manifestação de vontade.” Mencionou ainda que o caso envolve a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Como a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas deve ser aferida caso a caso, para preservar a

⁶⁴ Para um entendimento maior do voto do Ministro César Peluso, alguns trechos merecem ser citados. Falando que o direito à moradia é um direito social, assim argumenta: “Isso significa que, em teoria, são várias, se não ilimitadas, as modalidades ou formas pelas quais o Estado pode, definindo-lhe o objeto ou o conteúdo das prestações possíveis, concretizar condições materiais de exercício do direito social à moradia”... “A respeito, não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldades de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência ou na onerosidade de garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel”.

⁶⁵ Os seguintes trechos são elucidativos: “Se o benefício da impenhorabilidade viesse a ser ressalvado quanto ao fiador em uma relação de locação, poderíamos chegar a uma situação absurda: o locatário não cumprisse a obrigação de pagar aluguéis, com o fito de poupar para pagar prestações devidas em razão de aquisição da 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.”(...) “Por fim, no que concerne ao argumento enunciado no sentido de afirmar que a impenhorabilidade do bem de família causará forte impacto no mercado de locações imobiliárias, não me parece que possa ser esgrimido para o efeito de afastar a incidência de preceitos constitucionais, o do artigo 6º e a isonomia. Não hão de faltar políticas públicas, adequadas à fluência deste mercado, sem comprometimento do direito social e da garantia constitucional.

autonomia do indivíduo e considerando que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, entendeu ser constitucional o dispositivo. Isto porque o indivíduo tem autonomia para por em risco a incolumidade de seu direito social à moradia.

Negaram ainda provimento ao recurso os ministros Gilmar Mendes, que corroborou com o entendimento do ministro Joaquim Barbosa; Ellen Gracie, que acompanhou o voto do relator; Marco Aurélio, entendendo que a intangibilidade do bem de família não é decorrente da Constituição, mas tão somente da lei, podendo assim ser restringida; e Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, que também reiteraram os argumentos do relator.

O ministro Celso de Mello foi também voto vencido, tendo fundamentado seu voto na proteção ao princípio da igualdade.

Pela exposição dos votos, percebe-se quais foram as duas principais questões debatidas pelos ministros: como proteger o direito à moradia e a ofensa ao princípio da igualdade. Quando o ministro Cezar Peluso defende a constitucionalidade do dispositivo, argumentando que várias são as formas de implementar um direito social, cujo gênero faz parte o direito à moradia, é possível inferir que foi levado em consideração tão somente a dimensão positiva deste direito. Além disso, ao asseverar que a impenhorabilidade do bem de família do fiador inviabilizaria o mercado de locações e, logo, geraria uma ofensa ao direito de moradia, está-se analisando as consequências de entender inconstitucional o dispositivo.

Os ministros que argumentaram haver ofensa ao direito à igualdade deram ao caso uma solução aparentemente coerente, pois se considerarmos que locatário e fiador estão numa mesma situação, o tratamento desigual representa afronta à igualdade.

Caso fosse analisada a dimensão negativa do direito à moradia, outro desenvolvimento seria dado ao caso. É isto que se passa a fazer.

Primeiramente e reiterando o que foi dito no início deste tópico, deve-se ter em mente que quando se fala em dimensão negativa, não se fala em várias formas possíveis de implementar um direito. Fala-se, como exposto até o momento, na proteção ao direito em questão contra atos do Estado e dos particulares.

Neste caso, estamos falando de um ato do Estado, qual seja: a promulgação do artigo 3º, inciso VII da Lei nº. 8.009/1990.

Antes de prosseguir, faz-se necessários alguns comentários. Em seu voto, o ministro Marco Aurélio utilizou um argumento que deve ser considerado para nossa análise: a intangibilidade do bem de família não tem como origem a normativa constitucional e sim a Lei nº. 8.009/1990. De fato, se esta não existisse ou mesmo se fosse inválida por questões materiais ou procedimentais, a construção, a partir da Constituição, da impossibilidade de penhora do bem onde a família reside exigiria um esforço argumentativo ainda maior. Contudo, a intangibilidade do bem de família não pode ser entendida tão somente como uma formulação legal. E é isto que se pretende construir quando se fala em dimensão negativa do direito à moradia. De qualquer forma, a não existência da lei que institui o bem de família legal geraria consequências. Veja-se.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 591, estabelece que o patrimônio do devedor responde por todas as obrigações por ele contraídas, podendo a lei criar exceções. O Código Civil traz uma regra semelhante ao tratar sobre a responsabilidade extracontratual em seu artigo 942, segundo o qual os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado.

Como se vê, então, existem regras que possibilitam a retirada de bens do patrimônio do indivíduo para responder por suas obrigações. Assim, caso a lei que trata da

impenhorabilidade do bem de família não existisse, se um devedor, vendo sua casa ser penhorada em um processo de execução, impugnasse judicialmente a constrição de seu bem sob o argumento de que esta ofendia seu direito à moradia, sua pretensão só poderia ser aceita se fosse demonstrado que no caso concreto aquela constrição feria o núcleo do direito à moradia. Para tanto, deveriam ser demonstradas as razões para a não prevalência das regras acima transcritas.

Com a promulgação da Lei nº. 8.009/1990, este esforço é desnecessário, bastando no caso concreto aplicar o dispositivo por meio da subsunção.

Voltando para o nosso objeto de estudo, pode-se falar em certa semelhança com o que acabamos de mencionar. Ora, o que queremos saber é se a ponderação feita pelo legislador e, reitera-se, ele é legitimado para tanto, segue as normas constitucionais. Ou seja, se pensarmos na construção feita acima, devemos verificar se possibilitar a restrição à moradia do fiador é necessário para garantia do direito de crédito do proprietário do imóvel. Além disso, deve este prevalecer sobre aquele?

Para responder à primeira indagação é preciso ter em mente que no contrato de locação foi acordado a fiança como garantia locatícia e que quando da execução o fiador só tinha em seu nome um único imóvel no qual reside com sua família. Pois, se entendermos a pergunta de outra maneira, a resposta será mais fácil. Veja-se.

Como garantia em um contrato de locação pode-se exigir apenas uma garantia dentre as quatro modalidades previstas no artigo 37 da Lei 8.245/1991: caução, fiança, seguro fiança, cessão fiduciária de cotas de fundo de investimento. Tendo isso em mente, se pensarmos que existem outras formas de garantia, deveríamos responder negativamente à primeira pergunta, posto que outra garantia poderia ter sido acordada, que também protegeria

o crédito do locador. Contudo, se assim pesarmos, estaremos inviabilizando a utilização da fiança como garantia locatícia.

Assim, considerando que há a faculdade de exigir a fiança como garantia e ela foi escolhida e que o fiador possui tão somente o imóvel “bem de família”, temos que responder positivamente à primeira questão. Ora, como não há outro bem para garantir o direito de crédito do locador, é aquele bem necessário para tanto. De outra forma, o direito de crédito não será garantido.

Contudo, quando passamos à segunda pergunta, concluímos que o direito à moradia deve prevalecer. E não é tão complexo chegar a esta conclusão: a moradia, em regra, deve prevalecer. Este é o intuito da proteção do bem de família: privilegia-se a moradia da família em detrimento do crédito. Para o direito de crédito prevalecer sobre o direito à moradia, é preciso uma razão forte. Um exemplo pode facilitar a compreensão.

O inciso III do artigo 3º da Lei 8.009/1990 dispõe que a impenhorabilidade do bem de família não pode ser oponível ao credor de pensão alimentícia. Aqui, “afigura-se clara a intenção do legislador em dar preponderância ao direito à vida do alimentando, em relação ao direito à moradia do alimentante.”⁶⁶ A razão da proteção do direito de crédito, portanto, está em proteger a vida do alimentando.

Já quando se trata da garantia de um contrato de locação, não é possível vislumbrar uma razão forte para proteger o crédito e não a moradia.

Pensando no processo de ponderação, um dos parâmetros que devem ser observados pelo intérprete é a dignidade da pessoa humana: “a norma que de forma direta

⁶⁶ AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. op. cit. p. 49.

promova e/ou proteja a dignidade humana deve ter preferência sobre a outra que apenas indiretamente está associada com a proteção ou promoção da dignidade humana”⁶⁷.

Falar em proteção da dignidade humana envolve diversas questões filosóficas que não cabem neste estudo. A definição e o conteúdo da dignidade humana, de maneira a traçar contornos precisos a seu respeito, não parece possível. O princípio da dignidade humana é uma categoria axiológica aberta, “sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas.”⁶⁸

Mesmo diante desta fluidez de conteúdo, pode-se falar “que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais humanos.”⁶⁹

O direito à moradia, por ser um direito fundamental, está assim diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana.

A vinculação da dignidade do direito à moradia à dignidade da pessoa humana é inequívoca, posto que ela proporciona proteção contra as intempéries, portanto preservando a saúde, e ainda um local para gozar de privacidade.⁷⁰ Em síntese, a moradia é fundamental para uma vida segura, independente e autônoma.⁷¹ Por outro lado, o direito de crédito, neste caso, não protege diretamente a dignidade humana. Diz-se isso porque quando o crédito é a pensão alimentícia, por exemplo, pode-se afirmar que ele protege diretamente a dignidade, uma vez que os alimentos são aqueles, conforme artigo 1694 do Código Civil, de que as pessoas necessitam para viver. Este, contudo, não é o caso.

⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade a atividade jurisdicional*. op. cit. p. 235.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição. op. cit. p. 117.

⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Eficácia dos princípios constitucionais*. op. cit. p. 110.

⁷⁰ SARLET, Ingo. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. op. cit. p. 154.

⁷¹ PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción – El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. op. cit. p. 25.

Vê-se, pois, que enquanto a moradia protege diretamente a dignidade, o direito de crédito não o faz. Desta forma, a restrição do direito à moradia para proteção do credor em contrato de locação é inconstitucional. Deve-se proteger a moradia do fiador em detrimento do direito de crédito do locador.

3.2 Proibição de remoção, pelo Estado, de famílias residentes em local não permitido.

Dados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais, realizada pelo IBGE em 2001, informam que em 24,3% dos municípios brasileiros existem parcelamentos não-regulares, 22,4% existem favelas e em 8,9%, cortiços.⁷² Só na região metropolitana do Rio de Janeiro são 319.695 domicílios em aglomerados subnormais.⁷³

A irregularidade destes assentamentos, muitas vezes, não se resume a inobservância de normas urbanísticas tais como tamanho dos lotes e ao registro de propriedade. Em muitos casos, os parcelamentos não-regulares e as favelas estão localizados em áreas onde é proibida a edificação, seja em razão de normas ambientais, seja em razão de normas urbanísticas.

A origem e causa desses assentamentos não pode ser considerada como consequência da livre vontade dos indivíduos neles residentes. Pelo contrário. Muitos dos moradores das favelas, por exemplo, foram forçados a adquirir suas casas nesses locais, em razão da impossibilidade de conseguir uma moradia próxima de seu local de trabalho e com

⁷² VERÍSSIMO, Antonio Augusto. Parcelamento informal do solo na cidade do Rio de Janeiro: raízes legais da informalidade. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord). *Direito da Cidade*. Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 143.

⁷³ Fonte: Déficit Habitacional no Brasil 2005. Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações. Belo Horizonte, 2006.

preço acessível. Sobre esse assunto, cabe citar Betânia Alfonsin em uma rápida apresentação da formação da cidade ilegal:

A partir da Lei de Terras (1850), a única forma admitida de aquisição de terra no Brasil passou a ser a compra, absolutizando o direito de propriedade e inserindo a terra, sob a forma de mercadoria, em um mercado imobiliário urbano nascente. A partir daí, a história é bem conhecida: essa determinação legal relativa à propriedade da terra, posteriormente reforçada pelo caráter absoluto assumido pelo direito de propriedade no Código Civil de 1916, se combinou a uma legislação urbanística cada vez mais sofisticada e que reforçou a partição do território das cidades entre zonas ‘dentro da lei’ e zonas ‘fora da lei’, ou legal/ilegal, formal/informal, regular/irregular.⁷⁴

Quando as construções irregulares ocupam áreas de edificação proibida, surgem os debates sobre a possibilidade de remoção das moradias, seguindo assim as determinações das normas urbanísticas ou primando pela preservação ambiental. O segundo caso a ser trabalhado para o estudo da dimensão negativa do direito à moradia expressa um aspecto deste conflito, precisamente o conflito entre o direito à moradia e as normas urbanísticas. Os fatos ocorreram no Município de Bento Gonçalves, no Estado do Rio Grande do Sul. Vamos ao relato.

Existem no Município de Bento Gonçalves diversas ocupações irregulares em terrenos públicos e privados. Muitas dessas ocupações estão em locais em que não é permitido construir por lei, como no caso em questão, em que dezenas de famílias construíram suas casas próximas à linha férrea do Município de Bento Gonçalves.

Essas construções, além de estarem próximas à linha férrea, foram edificadas sem a elaboração prévia de um projeto e sem a licença da Prefeitura Municipal.⁷⁵ Em razão dessas

⁷⁴ ALFONSIN, Betânia de Moraes. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. In: OSORIO, Letícia Marques (Org). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 158.

⁷⁵ Essas informações foram obtidas nos inúmeros acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que tratam do tema. Veja-se, por exemplo: Embargos Infringentes Nº 70011294998, Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 07/10/2005;

irregularidades, o Município de Bento Gonçalves entrou com diversas ações demolitórias em face de moradores deste local.

Em suas contestações, os moradores alegaram que o local onde vivem tem características de bairro urbano, sendo atendido por diversos serviços públicos, como distribuição de energia elétrica e água e sistema de coleta de lixo, e que ali residem há mais de 10 anos.

Como foram propostas várias ações demolitórias, foram inúmeras e diversas as decisões judiciais. Os acórdãos favoráveis ao município, ou seja, que decidiram pela demolição das casas construídas ao longo da área não edificável, tiveram como principal fundamento a legalidade de demolição, posto que de fato as construções foram realizadas em desconformidade com as leis municipais, havendo autorização legislativa para tal medida administrativa.⁷⁶ Em algumas dessas decisões, reconheceu-se que a questão envolvia um problema social, mas também houve o entendimento de que não cabia ao Poder Judiciário resolver o problema do déficit habitacional. Veja-se um trecho:

Quanto ao mais, não se desconhece o déficit habitacional existente no país e a ineficiência do Estado em solucionar a questão.

Entretanto, não cabe ao Judiciário, sob pena de violação a comezinhos princípios informadores de um Estado Democrático de Direito, imiscuir-se na esfera de competências do Executivo, suprimindo a ausência de atuação eficaz deste.

Tal problemática não prescinde da adoção de políticas públicas competentes a tanto, definição que se encontra no âmbito da administração, a quem incumbe a eleição das prioridades a serem atendidas, sempre orientada pelo interesse público prevalente.

Apelação Cível Nº 70012658654, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 11/10/2006

⁷⁶ Os dispositivos legais afrontados foram os seguintes: art. 3º, do Plano Diretor Municipal – Lei Complementar nº 05/96: ‘Art. 3º. Nenhuma obra de construção, reconstrução, reforma ou acréscimo de edificação será feita na área urbana da sede do Município, sem prévia licença da Prefeitura, nos termos da lei.’ E o art. 36 do Código de Edificações do Município – Lei Complementar nº 06/96: ‘Art. 36. A execução de qualquer edificação será precedida dos seguintes atos administrativos: I – aprovação do projeto; II – licenciamento da construção.

Aliás, ao Judiciário toca tão-somente a função de controle da legalidade dos atos da administração, sem, todavia, interferir na definição do mérito administrativo.⁷⁷

Outras decisões foram fundamentadas sob o argumento de que aquela situação havia sido provocada pelos próprios réus da ação demolitória, posto que construíram suas casas em local não edificável sem antes buscar junto ao Estado providências em relação a carência de habitação.⁷⁸

Já as decisões contrárias à demolição tiveram como principal fundamento o direito à moradia dos residentes naquele local. Em algumas, decidiu-se pela possibilidade de demolição, desde que antes os moradores fossem realojados em outro local definido pelo município.⁷⁹

Reiterando-se, no caso em questão verifica-se o conflito do direito à moradia com as leis urbanísticas. Para resolver o conflito, uma possibilidade é a demolição, expressão do poder de polícia. É preciso, contudo, verificar se de fato é cabível a demolição. Veja-se: como a demolição é medida extrema, está sujeita à proporcionalidade, só podendo ser executada se for a medida adequada, necessária e proporcional.

⁷⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70008176802, Vigésima Câmara Cível, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 28/04/2004

⁷⁸ Assim escreveu o relator: Importante salientar que, embora a demolição das precárias construções implique desalojar os ocupantes, gerando um problema social, é necessário destacar que são o demandado e os demais favelados, que ocuparam a área de domínio da Viação Férrea, os verdadeiros responsáveis pela criação do referido problema, pois poderiam ter procurado o poder público antes de invadir um terreno que sabem não lhes pertencer, além de o local ser extremamente perigoso.

Registre-se que essas invasões são, na maioria das vezes, convenientes para os invasores, pois têm como objetivo colocar o Poder Público diante do fato consumado e pressioná-lo a encontrar um local onde assentá-los.

O caso “*sub judice*” parece não fugir à regra, uma vez que cumpre ao apelante providenciar na solução do problema, encontrando local onde alojar a demandada e os demais favelados que se instalaram à beira dos trilhos.

⁷⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível N° 70009037995, Segunda Câmara Cível, Relator: João Armando Bezerra Campos, Julgado em 07/12/2005; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação e Reexame Necessário n°. 70007123417, Décima nona Câmara Cível, Relator: José Francisco Pellegrini, Julgado em 16/12/2003.

A resolução do conflito requer o levantamento e estudo das leis aplicáveis ao caso. De um lado, há as leis, tanto federais como municipais, que determinam a não edificação nas áreas ocupadas pelas moradias, a saber: Lei 6766/1979, que em seu artigo 4º, III, designa como área não edificável a faixa de quinze metros ao longo da área de domínio público das rodovias e ferrovias; Lei complementar Municipal nº 06/1996 (Código de Edificações do Município), artigo 77, V, segundo o qual não será concedida licença para construir em áreas estipuladas como *non-aedificandi* pelas leis federais, estaduais e municipais. Além disso, há as normas que determinam a expedição prévia de licença para construção, tal como ao artigo 3º do Plano Diretor Municipal e o artigo 36 do Código de Edificações do Município.

A demolição, por sua vez, é uma penalidade prevista também no Código de Edificações, artigo 23, IV, sendo possível nos casos em que a obra foi iniciada sem licença ou sem projeto aprovado, nos termos do artigo 35, I, também do Código de Edificações.

Por outro lado, há as famílias que ali residem e que devem ter respeitado seu direito à moradia. Essas famílias habitam aquele lugar há mais de 10 anos, tendo construído neste local laços afetivos e redes de contato. Tem-se, portanto, uma ocupação consolidada. À prefeitura de um município, ente responsável pela elaboração e aplicação das leis urbanísticas, cabe a fiscalização do cumprimento pelos particulares das determinações legais. Contudo, sua omissão gera situações que muitas vezes não podem ser modificadas sob pena de ferir direitos de diferentes titulares.

Por isso, mais uma vez devemos analisar se a demolição interfere no núcleo do direito à moradia. Para tanto, devemos recorrer ao postulado da proporcionalidade, verificando se a restrição ao direito à moradia é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Para dar cumprimento às leis urbanísticas, a demolição é sem dúvida o meio adequado e necessário. Veja-se: como foram construídas em área não-edificável, faz-se necessária a demolição, não sendo possível uma mera adequação das construções às exigências legais. No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, é preciso verificar se o grau da importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada ao direito à moradia.⁸⁰ Pensando tão somente que as casas encontram-se em área não-edificável, é preciso saber se de fato as razões para conceituar esta área como tal estão presentes. A impossibilidade de construção ao longo de linhas férreas visa garantir a segurança. Assim, se a linha não é utilizada, não há razão para demolir as casas. Por outro lado, se a linha é utilizada, a importância de garantir a segurança justifica a restrição ao direito à moradia.

Como foi descrito em alguns acórdãos, neste momento a linha férrea não é utilizada. Contudo, aponta-se para a possibilidade de reativação da linha.⁸¹ No entanto, mesmo se a linha for utilizada, pode-se garantir o direito à moradia aplicando-se a Medida Provisória 2.220/2001, que trata da concessão de uso especial para fins de moradia. Conforme esta medida provisória, aquele que possuiu como seu durante cinco anos, ininterruptamente, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público, tem direito à concessão de uso para fins de moradia. Trata-se, assim, de um direito subjetivo⁸² daquele que preenche os requisitos, que deve ter a posse assegurada. Além disso, em seu artigo 4º estabelece que se o local ocupado acarretar risco à vida ou à saúde dos ocupantes, o Poder Público garantirá ao possuidor o exercício do direito em outro local.

⁸⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 160.

⁸¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível. Apelação Cível Nº 70008176802, Vigésima Câmara Cível, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 28/04/2004

⁸² ALFONSIN, Betania de Moraes. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. op. cit. p. 163.

Veja-se, então, que o indivíduo que ali construiu sua casa e nela residiu com sua família por um período de cinco anos ou mais, não tendo qualquer outro imóvel, sendo que este atende as delimitações da norma acima referida, deve ter garantido seu direito à moradia. Caso o local não acarrete risco a sua vida ou saúde, o município deve outorgar à família a concessão de uso para fins de moradia, garantindo assim a permanência do indivíduo no local. Por outro lado, se o local não for seguro, a família deve ser realojada às expensas do município.

Mas, o texto da Medida Provisória 2.220/2001 pode gerar algumas dúvidas. De acordo com seu artigo primeiro, a concessão só será outorgada àqueles que cumprirem os demais requisitos até 30 de junho de 2001. No presente caso, a aplicação da medida provisória, considerando este requisito, não enfrenta problemas, haja vista que em 2005, data de alguns dos acordos aqui trabalhados, as famílias já residiam no local há mais de dez anos. Contudo, é provável que haja situações semelhantes em que não se complete cinco anos de ocupação até a data mencionada. Neste caso, o direito à moradia não deve ser respeitado ou, em outras palavras, não prevalece no conflito o direito à moradia em detrimento das leis urbanísticas?

Para melhor compreender esse desdobramento do caso, é preciso ainda subdividir o exemplo dado. Vislumbram-se duas hipóteses para o não cumprimento do requisito temporal. Pensando numa data pós 2001, escolhe-se o ano de 2007 para o exemplo. Vamos supor que em 2007 surge um conflito semelhante ao trabalhado neste momento, havendo duas famílias, com suas respectivas moradias, envolvidas. Desde 2001, a família A reside no local onde é proibido construir em razão de estar situado próximo a uma linha férrea em funcionamento, tendo assim ultrapassado o lapso de cinco anos exigidos. A família B, por seu turno, mora no local desde 2004, estando todos os demais requisitos preenchidos. Baseado

neste exemplo, faz-se a seguinte indagação: é direito dessas famílias terem suas moradias protegidas, sendo dever do município ou do ente titular do bem realojá-las? Neste caso, em princípio, não há normas jurídicas que determinam a prevalência do direito à moradia.

Pensando primeiramente na família B, percebe-se que não estão presentes dois requisitos para a concessão de uso para fins de moradia: não foi preenchido o prazo de cinco anos e o lapso iniciou-se depois do termo final determinado pela medida provisória. Em relação ao conflito, como não há lei que tutele a situação dos moradores, está-se diante de um conflito entre leis urbanísticas, que expressamente determinam a demolição, ou seja, de regras, e de um direito fundamental, que possui como estrutura normativa um caráter dúplice. Para se afastar a aplicação das regras, é preciso demonstrar que o núcleo do direito à moradia, que têm também caráter de regra, foi atingido.

Volta-se, então, para a proporcionalidade. Como já mencionado acima, a demolição é medida necessária e adequada. Resta verificar se é proporcional em sentido estrito.

Se a linha férrea não é utilizada, não há razão para a restrição à moradia, posto que a área onde a construção é restringida só faz sentido quando há de fato risco para a vida ou saúde dos indivíduos, como mencionado acima. Por outro lado, se a linha é utilizada ou será num futuro próximo, há razão suficiente para demolição. E não há obrigação do poder público em realojar os indivíduos, posto que esta obrigação tem como fonte principal uma regra que não se aplica ao caso, nem pode ser utilizada por meio da analogia. A possibilidade de demolição é ainda sustentada se for considerado que o nascimento da proteção à moradia, nestes casos em que há irregularidades não sanáveis, ocorre com a consolidação da ocupação, consolidação esta que necessita de um prazo razoável, estabelecido legalmente.

O caso da família A conduz a uma outra linha de raciocínio. Nele está presente o requisito temporal, que configura a consolidação da moradia dos indivíduos que se estabeleceram em locais de forma irregular. No entanto, este lapso temporal não ocorreu dentro do prazo estabelecido pela medida provisória. Tal como redigida, a medida provisória não se aplica ao caso, justamente por faltar um requisito. Seguindo o pensamento desenvolvido para solucionar o caso da família B, inicialmente é possível afirmar que a demolição é possível, uma vez que a proteção originada da medida provisória também não se aplica ao caso. Contudo, a definição de um limite temporal para contagem do prazo, tal como estabelece a medida provisória, deve ter sua constitucionalidade questionada. Isto porque este limite pode ofender o princípio da igualdade.

Para se falar que a limitação temporal ofende o princípio da igualdade é preciso delimitar os efeitos deste princípio. A partir dessa delimitação, poder-se-á verificar se e em que medida há incompatibilidade.

Definir igualdade não é tarefa fácil. A complexidade da questão é tamanha que inúmeros são os filósofos que se debruçam sobre o tema. Quando se fala em igualdade sempre aparecem referências a Aristóteles, que tratou o tema como uma virtude e que bem sistematizou duas diferentes modalidades de igualdade: a comutativa e a distributiva.

A dificuldade para se definir igualdade, na lição de Bobbio, reside no fato de que esta sempre pressupõe uma relação. Para preencher seu conteúdo, adverte o autor, é necessário responder às seguintes perguntas: igualdade entre quem? Em que?⁸³

Não ignorando a complexidade do tema, busquemos auxílios para apreender um conteúdo jurídico do princípio da igualdade.

⁸³ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Tradução de COUTINHO, Carlos Nelson. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 10

A máxima “tratar os iguais de maneira igual e os desiguais, desigualmente”, é um bom ponto de partida.

Começando, então, pela máxima, pode-se falar que uma lei ou ato normativo não pode tratar desigualmente os iguais nem da mesma maneira os desiguais. Assim, devem as normas jurídicas considerar as desigualdades. Mas são todas as desigualdades relevantes? Quais as desigualdades que podem e devem ser consideradas?

Pensando nas indagações acima, pode-se falar que a verificação de um desrespeito pela norma à isonomia pressupõe a análise da desigualdade considerada, ou melhor, do critério de diferenciação utilizado.

Esta análise, contudo, não deve ser feita de maneira a isolar o critério. Pelo contrário. Um mesmo elemento diferenciador pode afrontar a igualdade em uma situação e ser plenamente compatível em outra. Um exemplo sempre apontado por administrativistas é bastante elucidativo.

Exigir para ingresso na carreira de piloto de avião que o candidato não seja daltônico é coerente, ante a necessidade de identificar as luzes coloridas utilizadas para sinalização. Este mesmo critério deixa de ser coerente, por exemplo, quando utilizado para um concurso para o cargo de Juiz do Trabalho.

Como se vê, não é o elemento discriminatório que informa se há ou não afronta à igualdade.

Deve-se, assim, após a identificação do traço diferenciador, verificar se há uma relação entre este traço e a diferenciação a ser feita.

Os passos para a análise descrita acima correspondem aos passos apresentados por Celso Antonio Bandeira de Mello. Condensando suas ideias, o autor assim escreve:

Tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada.⁸⁴

O autor alerta ainda para a necessidade de análise de uma terceira questão, que se apresenta como a necessidade de se “analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.”⁸⁵

Apresentadas as etapas a serem seguidas de forma a verificar se a diferenciação trazida pela norma ofende ou não o princípio da igualdade, analisemos, a partir delas, o limite temporal estabelecido pela MP 2220/2001 para haver direito à concessão de uso para fins de moradia.

Como mencionado, primeiramente deve-se identificar o elemento de diferenciação. Este passo está, em princípio, cumprido, pois o elemento em análise é a data limite para a concessão.

Mas não basta só identificar o elemento neste passo. Ele deve ser também analisado isoladamente, cumprindo, assim, dois requisitos trazidos por Celso Antônio:

a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar;

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* 3ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21.

⁸⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. op. cit. p. 22.

o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.⁸⁶

De posse desses ensinamentos, cabe observar que o primeiro requisito está preenchido, visto que a data limite não singulariza, nem no presente nem no futuro, indivíduos para serem favorecidos ou perseguidos pela norma.

Mas, em relação ao segundo requisito, este estudo deve ser um pouco mais detalhado. Se pensarmos na data ou no tempo, concluímos que se trata de um elemento externo à situação disciplinada pela norma. Ocorre que, quando a Medida Provisória 2220/2001 estabelece uma data limite, disciplina, em verdade, os fatos transcorridos até o momento dado. O fator diferenciador, portanto, não é um elemento externo. Pelo contrário. Reside na situação discriminada, dividindo os fatos em já existentes e não existentes.⁸⁷

Pela análise feita, percebe-se que o elemento diferenciador não afronta o princípio da isonomia, considerando-se, por enquanto, tão somente a primeira etapa da análise. Vencida esta etapa, passemos a segunda.

A segunda etapa ou o segundo critério consiste, reiterando o exposto acima, na necessidade de haver pertinência lógica entre o fator diferenciador e as situações incluídas ou excluídas pela norma. Cabe indagar, então, se há no caso em questão uma razão lógica para a exclusão daqueles que não cumpriram os demais requisitos até 30 de junho de 2001.

A resposta para esta questão pode ser encontrada nas razões do veto do artigo que tratava deste instituto no Estatuto da Cidade. Explica-se. A concessão especial estava prevista no texto do projeto de lei que se tornaria o Estatuto da Cidade aprovado pelo Congresso Nacional. Ocorre que, por diversos motivos, os artigos que tratam do instituto foram vetados

⁸⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. op. cit. p.23

⁸⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. op. cit. p. 31

pelo presidente da República. Dentre os motivos que fundamentaram o veto, está o fato de não haver limitação temporal. Afirmou-se que a ausência desta limitação poderia impulsionar invasões.

Este motivo, contudo, não figura como pertinência lógica exigida pelo segundo critério da análise da isonomia. Veja-se que não há razão para se falar em incentivo a invasões, afinal, para haver direito à concessão, são inúmeros os requisitos a serem preenchidos, como, por exemplo, a prolongação no tempo da ocupação.

Se a administração pública deve zelar pelo patrimônio público, ela pode retirar os ocupantes dos imóveis sob seu domínio ou, pelo menos, tomar providências nesse sentido durante os cinco anos seguintes à invasão. Estes atos impedem a aquisição do direito à concessão.

Como não há pertinência lógica, há ofensa ao segundo critério utilizado para verificar a conformação entre a diferenciação trazida pela norma e o princípio da igualdade. Assim, a data limite para outorga da concessão de uso para fins de moradia, contida na MP 2220/2001, é inconstitucional, por ferir o princípio da igualdade.

Mesmo sendo desnecessária a confrontação com o terceiro critério, uma vez que a inconstitucionalidade já foi detectada, pode-se afirmar que a data limite também não guarda conformidade com este critério. Basta lembrar que a propriedade pública também está vinculada à função social. Se a administração pública não dá função social aos bens de seu domínio e estes estão ocupados por famílias que fazem suas moradias nesses locais, deve-se resguardar a posse dessas famílias, pois esta posse cumpre sua função social.

Pelo exposto, resta concluir que, como a limitação temporal demonstra-se inconstitucional, a família A deve ter sua moradia protegida, da mesma forma que as famílias de Bento Gonçalves do caso apresentado.

Antes de prosseguir para uma outra indagação que a questão suscita, vale colocar, em poucas palavras, aquilo que já foi desenvolvido até o momento. Quando se está diante de uma situação em que não há mais razão para a restrição da construção em uma determinada área, como no caso de uma linha férrea não mais utilizada, não há motivo para demolição das casas de famílias. Por outro lado, se de fato a linha é utilizada e, conseqüentemente, o local de moradia dos indivíduos representa um perigo a suas vidas e saúde, a demolição é necessária. A proteção à moradia, que importa na obrigação do poder público em providenciar outra moradia para as famílias residentes na área de risco, só existe quando a ocupação está consolidada. Este fato é determinado pelo transcurso do tempo, que torna titular de direitos aqueles que ocupam irregularmente uma área.

A questão, contudo, não se encerra com os desdobramentos apontados acima. É possível, por exemplo, que as construções tenham sido erguidas em terreno particular. Assim, pode-se ainda indagar quanto à possibilidade de aplicação desta norma, ou seja, da medida provisória, nesses casos. Isto porque a concessão de uso especial para fins de moradia é aplicada quando o indivíduo e sua família detêm a posse de um imóvel público. E se esse imóvel for de um outro particular, como deve a prefeitura agir?

Uma leitura rápida do texto da Medida Provisória 2220/2001 faz concluir que seus requisitos são semelhantes aos requisitos da usucapião especial urbano, previsto na Constituição da República de 1988. Assim, se os imóveis forem privados e os requisitos forem preenchidos, terão direito à aquisição da propriedade os indivíduos residentes no local. No entanto, mesmo com um título que lhes garante a propriedade, aqueles indivíduos ainda

estariam em uma situação irregular, ou melhor, as construções de suas casas não perderiam o caráter de irregulares, possibilitando a aplicação pelo município da penalidade de demolição.

Contudo, pensando em uma situação semelhante a um dos exemplos trabalhados acima, pode-se fundamentar uma aplicação analógica da Medida Provisória 2.220/2001. Uma família que preenche todos os requisitos elencados pela medida provisória, havendo tão somente uma exceção que é exatamente a titularidade do imóvel onde reside que, ao invés de se tratar de um bem público, é de fato um bem de um outro particular, deve também ter garantido seu direito à moradia. Assim, caso seja necessária a demolição, deve o ente público realojar a família. Reitera-se, por ser de extrema importância, que todos os demais requisitos devem estar presentes. Desta forma, se não foi decorrido o lapso temporal de cinco anos, não há obrigação do Estado em disponibilizar outra moradia para a família.

Esta conclusão está intimamente ligada a obrigatoriedade do desenvolvimento de políticas habitacionais, que será analisada adiante. Como é exigido para a aplicação da medida provisória que o beneficiário seja de baixa renda⁸⁸ e as políticas de moradia devem privilegiar esses indivíduos, cabe ao Estado providenciar moradia em outro local.

A proibição de remoção envolve ainda outros aspectos, e não somente o conflito entre o direito à moradia e as leis de ordenação do solo urbano. Ultimamente, inúmeras notícias de jornal denunciam a destruição de áreas de preservação por indivíduos que pretendem construir suas casas. Na cidade do Rio de Janeiro⁸⁹, cujo território é formado por diversas montanhas e onde se encontram diversas áreas de preservação ambiental, essas

⁸⁸ ALFONSIN, Betânia de Moraes. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. op. cit. p. 165.

⁸⁹ As notícias jornalísticas sobre o assunto são hoje corriqueiras nos jornais da capital fluminense. O jornal O Globo On Line, por exemplo, divulgou em dezembro de 2007 que o Ministério Público do Estado entrará com uma ação contra a Prefeitura do Rio de Janeiro em razão de sua omissão em relação à “favelização” de uma área de preservação situada no bairro Leblon. Veja: SCHMIDT, Selma; LIMA, Ludmilla de. Omissão da prefeitura: MP processará município por não impedir favelização de área de preservação no Leblon. O Globo. Publicada em 18/12/2007. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/12/17/327649015.asp>>. Acesso em 18/12/2007.

notícias têm sido cada vez mais comuns. Fala-se, então, num conflito entre o direito fundamental à moradia e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Este conflito, por se tratar de um conflito de direitos fundamentais, é amplo demais para ser tratado com profundidade neste trabalho. Desta forma, nas linhas seguintes serão trabalhos tão somente aspectos gerais deste conflito.

A solução para o conflito entre tais direitos fundamentais também pode ser construída a partir da Medida Provisória 2220/2001. Assim como estabelece que o poder público tem o dever de abrigar a família que reside em local de risco e que preenche os requisitos especificados em seu texto, essa medida provisória faculta ao poder público a remoção de famílias que ocupam um local ambientalmente protegido para outro local, ou seja, deve haver seu realojamento ou a concessão de uso especial no próprio local habitado pelos indivíduos.

Novamente, o poder público não poderá remover a moradia sem antes possibilitar um outro local para as famílias residirem. A faculdade do poder público, contudo, não pode ser entendida como um poder discricionário em qualquer hipótese que envolva um conflito entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Isto porque, em alguns casos, será possível haver a conciliação entre esses direitos. Um exemplo pode facilitar o entendimento de como é possível conciliar estes direitos.

O Município de São Bernardo do Campo, no Estado de São Paulo, possui 70% de seu território dentro de uma área de preservação ambiental.⁹⁰ Atualmente, desenvolve inúmeros programas para preservar o meio ambiente e dentre ele o programa “Bairro Ecológico”.

⁹⁰ Disponível em <<http://www.circuitoabc.com.br/si/site/149001>>. Acesso em 08/01/2008.

O programa Bairro Ecológico, desenvolvido em diferentes bairros do município por meio de uma parceria entre a Prefeitura Municipal, a Caixa Econômica Federal e o Ministério Público, pressupõe a participação da comunidade.

Por meio de programas de educação ambiental e da urbanização de favelas, com a construção de inúmeros equipamentos públicos, foram edificados bairros que possibilitaram a convivência harmônica entre as moradias e os mananciais. Para tanto, por exemplo, foram construídas calçadas ecológicas, em que parte da calçada é uma cobertura de grama, que permite, assim, a penetração da água, e feito o reflorestamento com árvores nativas.

Quando é possível a conciliação, não se pode remover as famílias. A não remoção, por sua vez, pode ser condicionada à colaboração das famílias com a preservação ambiental.

Da mesma forma que cabe ao proprietário zelar pela Área de Preservação Permanente do seu imóvel, indivíduos que residem próximos a áreas de proteção também têm o dever de zelar pelo meio ambiente. É possível, assim, determinar, em um Termo de Ajustamento de Conduta, obrigações como a frequência em cursos de educação ambiental. E, a depender da capacidade econômica dos habitantes do local, pode-se também determinar que a obrigação da construção de calçadas ecológicas seja dos moradores.

Veja-se, assim, que é possível garantir o direito à moradia mesmo quando em conflito com normas urbanísticas ou ambientais. A demolição sem qualquer outra providência acarreta ofensa ao seu núcleo essencial. Deve-se, contudo, entender que, por meio da concessão de uso especial para fins de moradia, protege-se tão somente alguns dos elementos do direito à moradia. Desse modo, pode-se falar que a posse é garantida e, na medida em que garante a permanência do indivíduo no local onde construiu sua rede de relação, também se protege o caráter inclusivo da moradia.

A moradia, como visto, não se restringe a esses aspectos. A concretização do direito à moradia, quando se trata de assentamentos irregulares, deve ocorrer mediante a regularização fundiária, tal como conceituada por Betânia Alfonsin, sendo que esta regularização deve pautar-se nos aspectos jurídico, físico e social, garantindo além da permanência da população, melhorias urbanísticas e resgate da cidadania.⁹¹

De toda forma, ao se construir a eficácia negativa do direito à moradia a partir da concessão de uso especial para fins de moradia, possibilita-se um início de proteção à moradia, cuja necessidade não pode ser negada.

4 A eficácia positiva do direito à moradia

Quando se fala em direito à moradia, logo surge na mente as prestações positivas a ele relacionadas, e que levam a indagações quanto à possibilidade de exigir-se em juízo uma casa para morar. Esta vinculação do direito à moradia, como de qualquer direito social, a prestações positivas em sentido estrito, ocorre porque a característica mais visível desses direitos é a sua dimensão positiva.

Como mencionado acima, os direitos sociais são também complexos de posições negativas e positivas, assim como os direitos civis e políticos. Apesar de ambas as categorias corresponderem a um complexo de direitos, é possível falar em uma diferença de grau entre os direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos sociais, de outro.⁹² E esta diferença é percebida pela faceta mais visível de cada direito: enquanto nos direitos civis e políticos trata-

⁹¹ ALFONSIN, Betânia de Moraes. *Direito à moradia: instrumentos e experiência de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas. Ippur/Fase, 1997. p. 24

⁹² ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª edição. Madrid: Editorial Trota, 2004. pp. 24-25.

se das posições negativas, a posição positiva é mais aparente quando se trata de direitos sociais.

A indagação, então, a ser colocada, é a seguinte: existe um direito subjetivo à moradia? Ou melhor, existe um direito subjetivo a uma moradia adequada, segundo os parâmetros descritos no primeiro capítulo? Essas indagações inserem-se num contexto mais amplo: os direitos sociais como direitos subjetivos, exigíveis judicialmente.

São inúmeras as objeções quanto à possibilidade de se exigir, perante o Poder Judiciário, as prestações positivas do Estado tendo como fundamentos as normas que tratam de direitos sociais.

A primeira delas refere-se à vagueza das normas constitucionais que abrigam esses direitos. Nas diferentes classificações das normas constitucionais, em regra, as normas que consagram os direitos sociais são aquelas que produzem menos efeitos jurídicos.

Na classificação de Luis Roberto Barroso, a maioria dessas normas, apesar de utilizarem a expressão “direito”, não são normas definidoras de direitos mas sim normas programáticas, gerando como efeitos: a revogação dos atos normativos anteriores; a inconstitucionalidade de atos posteriores; a faculdade de o indivíduo opor-se judicialmente ao cumprimento de normas ou atos a ela contrários; condicionam a interpretação de outras normas.⁹³

Seguindo a classificação de José Afonso da Silva, os dispositivos que tratam de direitos sociais são normas de eficácia limitada declaratórias de princípios programáticos.

⁹³ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 117.

Essas normas traçam princípios a serem cumpridos pelo Estado visando a atingir os fins para os quais foi instituído.⁹⁴

Em razão desse caráter vago, argumenta-se a necessidade de normas infraconstitucionais que especifiquem o conteúdo das normas constitucionais para ampliar os efeitos a serem produzidos.

Outra objeção à justiciabilidade dos direitos sociais, intimamente ligada à primeira, diz respeito ao princípio da separação dos poderes. Como se tratam de normas vagas, a determinação do conteúdo dessas normas cabe ao Poder Legislativo ou mesmo ao Poder Executivo, e não ao Poder Judiciário. Além disso, e aqui a terceira objeção, as prestações positivas que se pretende deduzir dessas normas implicam em custos para o Estado e, portanto, esbarram no limite da reserva do possível. Afirma-se que “a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor.”⁹⁵

A ofensa ao princípio da separação dos poderes, segundo aqueles que são contrários à sindicalidade dos direitos sociais em seu aspecto positivo, ocorre porque falta ao Judiciário legitimidade democrática para fixar prestações, que estariam englobadas em uma política pública. Trata-se de decisões políticas e, como tais, somente os Poderes Executivo e Legislativo poderiam tomá-las e implementá-las.

Os contra-argumentos a essas objeções são inúmeros. Em relação à amplitude dos enunciados normativos sobre direitos fundamentais sociais, é necessário deixar claro que essa indeterminação não é característica exclusiva das normas que consagram esses direitos. Da

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 138.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit. p. 325.

mesma forma, normas que consagram as liberdades clássicas são também vagas. Veja-se, por exemplo, o direito à intimidade. Por não se tratar de um direito absoluto, afinal não há direitos absolutos, seus contornos são amplamente debatidos.⁹⁶

Quanto à violação do princípio da separação dos poderes, deve-se ter em mente dois importantes aspectos: (i) a construção do conceito de separação de poderes passou e passa por transformações e ainda hoje adota-se um conceito elaborado no século XIX, que culminou com o modelo que consagra a supremacia do parlamento; (ii) trata-se de um princípio instrumental.⁹⁷

É preciso questionar também o argumento da ofensa ao princípio democrático. Em alguns casos, quando determina a implementação de prestações positivas pelo Estado a alguns indivíduos, o Judiciário está possibilitando a concretização do princípio democrático, na medida em que permite, por meio dessas imposições, a participação de indivíduos antes não integrantes da deliberação democrática. Isso é o que defende Claudio Pereira de Souza Neto:

Ao invés de se apoderar de prerrogativas que cabem à deliberação majoritária, o que faz de fato o Judiciário, quando concretiza direitos sociais fundamentais, é possibilitar que a maioria delibere melhor, ao incluir efetivamente um maior contingente no processo deliberativo democrático.⁹⁸

A reserva do possível, por sua vez, não pode ser utilizada como argumento abstrato. Ao deparar-se com demandas judiciais que versam sobre prestações positivas relacionadas aos direitos sociais, ‘cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da

⁹⁶ São inúmeros os processos em que se discutem os contornos do direito à intimidade, por vezes contrapondo-o à liberdade de informação e à publicidade. Para citar alguns acórdãos: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2008.001.29311. Des. Maldonado de Carvalho. Julgamento em 01/07/2008; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível 2007.001.68891. Des. Nametala Machado Jorge. Julgamento em 11/06/2008.

⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia dos princípios jurídicos*. op. cit. pp. 207-218.

⁹⁸ NETO, Claudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 42

indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.⁹⁹

A necessidade de comprovação da indisponibilidade de recursos não neutraliza a barreira da reserva do possível. Trata-se de uma barreira fática, que não pode ser superada somente com um maior detalhamento das normas constitucionais: ‘pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.¹⁰⁰ De toda forma, como a construção do mínimo existencial já diz, a incidência da reserva do possível deve ser relativizada.

Essas são, em síntese, as principais discussões que permeiam a justicialidade das prestações positivas relacionadas aos direitos sociais. Deve-se voltar, então, à pergunta inicial: há direito a uma moradia adequada? Uma tentativa de resposta deve considerar toda a discussão apresentada acima.

4.1 Direitos subjetivos e direitos fundamentais

Para a compreensão da resposta a ser formulada para a questão colocada acima, é preciso antes entender um dos pressupostos desse trabalho: direitos fundamentais e direitos subjetivos são conceitos diferentes.

A expressão “direito” tem vários significados e é utilizada, de forma indiscriminada, para designar posições jurídicas distintas.¹⁰¹ O conceito de direito subjetivo, embora tenha

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit. 375

¹⁰⁰ Ibid. 375

¹⁰¹ Sobre as diferentes utilizações da palavra direito para ver GALDINO, Flavio. *Introdução à Teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2005. p. 127 e ss. AMARAL,

como origem o direito subjetivo público, foi desenvolvido pelos privatistas, a partir da evolução do conceito de direito de propriedade. Este, em seus moldes clássicos, ainda hoje presente nos tribunais, surge com a ordem burguesa,¹⁰² e está inserido numa relação direito-dever.¹⁰³ Fala-se, assim, que para cada direito subjetivo, existe uma obrigação jurídica correlata, sendo esta obrigação exigível judicialmente.

Este conceito não se aplica aos direitos fundamentais. Como já abordado no primeiro capítulo, os direitos fundamentais são um complexo de posições jurídicas, que não necessariamente tomam como forma um direito subjetivo. Além disso, os dispositivos que tratam dos direitos fundamentais sociais constituem normas de caráter duplo, conjugando regras com princípios. Assim, mesmo tendo em mente somente os direitos subjetivos componentes do direito fundamental, é possível falar em direitos subjetivos definitivos, quando a norma em questão for uma regra, ou direitos subjetivos *prima facie*, quando se tratar de um princípio.

Veja-se: seguindo a classificação de Robert Alexy, princípios são mandados de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus. Seu cumprimento depende tanto das possibilidades fáticas como das possibilidades jurídicas.¹⁰⁴ As regras, por seu turno, contêm determinações no âmbito fático e jurídico.¹⁰⁵ Como os princípios são mandados de otimização, não há que se falar em direito subjetivo definitivo. Geram, portanto, direitos

Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 44 e ss. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito*. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humano, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 114 e ss.

¹⁰² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciários no estado social de direito*. Op. cit. p. 123.

¹⁰³ GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. p. 130.

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 86.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, op. cit. p. 87

prima facie, cuja exigibilidade dependerá das condições fáticas e ainda da conjugação com outras normas. Já as regras geram direitos subjetivos.

As prestações positivas relacionadas ao direito à moradia podem ser, assim, prestações definitivas como também prestações cuja obrigatoriedade dependerá de fatores fáticos e jurídicos. Neste caso, exigir do estado uma casa para morar, depende, portanto, das normas e das condições fáticas. É isso que se passa a analisar.

4.2 O que dizem as normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o direito à moradia

A delimitação de um direito subjetivo à moradia, como mencionado acima, deve partir das normas que tratam desse direito. Mesmo havendo situações fáticas - reserva do possível, por exemplo - que não podem ser ignoradas, são as normas jurídicas a baliza para delimitação inicial para o direito à moradia. Desta forma, é necessário o conhecimento dos dispositivos constitucionais e ainda das leis que tratam do direito à moradia para traçar as prestações positivas exigíveis.

A seguir, então, serão transcritos artigos da Constituição e de leis que tratam do direito à moradia. Essa compilação, embora possa prejudicar a fluidez desse texto, é necessária para auxiliar a delimitação desejada. A mera menção às normas também prejudicaria a fluidez, posto que a compreensão depende do contato com as normas, o que obrigaria o leitor a buscar os dispositivos analisados.

O primeiro dispositivo, já mencionado anteriormente, é o artigo 6º da Constituição da República, que estatui que o direito à moradia é um direito social, na forma da Constituição. Há também o artigo 23, IX, que determina que a competência para o desenvolvimento de

programas de construção de moradias é comum. A moradia é também objeto do artigo 183 da Constituição, que prevê a usucapião especial urbano. De maneira semelhante, a usucapião rural, previsto no artigo 191, também protege a moradia, tendo como foco os habitantes das zonas rurais.

Constituição da República

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Art. 183. 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.

Art. 191. 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.

Em relação as leis, pode-se citar o Estatuto da Cidade (Lei nº 10257/2001). Conforme esta lei, a moradia integra o direito a cidades sustentáveis, sendo esta uma das diretrizes da política urbana. Além do Estatuto da Cidade, as Leis 11124/2005 e 10188/2001, esta sobre o Programa de Arrendamento Residencial e aquela sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, também buscam proteger e implementar o direito à moradia. Estas leis, contudo, somente estabelecem programas e políticas voltadas para a moradia. Veja-se:

Lei 10257/2001

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

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

Lei 10188/2001

Art. 1º Fica instituído o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra.

Lei 11124/2005

Art. 2º Fica instituído o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, com o objetivo de:

I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;

II – implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda;

Art. 4º A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar:

I – os seguintes princípios

b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social

A interpretação de todos esses dispositivos em conjunto, considerando tão somente as possibilidades semânticas dos textos, não permite construir prestações positivas exigíveis como direitos subjetivos definitivos. Veja-se: todos os dispositivos transcritos acima são bastante amplos. Interpretar o artigo 6º da Constituição Federal, de maneira a construir uma norma segundo a qual o indivíduo tem direito de exigir do Estado uma moradia, é desconsiderar que as normas compõem um sistema e, portanto, são coerentes entre si.¹⁰⁶ Isto porque outros dispositivos da Constituição Federal, como, por exemplo, aqueles que consagram a livre iniciativa - artigo 1º, IV; art. 170 – não permitem construir tal norma. O acesso à moradia, seguindo esses dispositivos, deve ocorrer por meio do mercado.

Uma comparação com outros dispositivos constitucionais que também tratam de direitos sociais, pode auxiliar na visualização da amplitude dos dispositivos transcritos acima. O direito à educação, também presente no artigo 6º da Constituição Federal, é bastante delimitado por outros dispositivos constitucionais:

¹⁰⁶ Sobre a unidade e coerência do ordenamento jurídico ver BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 37 e ss.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

Uma rápida leitura dos dispositivos transcritos acima já permite perceber que o direito à educação está mais delimitado que o direito à moradia. Os dispositivos são claros: o Estado tem o dever de disponibilizar para os indivíduos ensino fundamental gratuito, sob pena de

responsabilização da autoridade competente. A partir desses dispositivos, portanto, é possível construir regras, gerando direitos subjetivos definitivos.¹⁰⁷

A diferenciação acima exposta foi construída a partir dos limites formais, ou seja, daqueles limites encontrados a partir das limitações semânticas dos dispositivos. Essas limitações, contudo, não podem ser consideradas intransponíveis. Pelo contrário. Em regra, partem das tradicionais classificações das normas constitucionais, que não são mais capazes de “dar razão à vontade da Constituição”.¹⁰⁸

A relatividade desses critérios formais é percebida pela própria jurisprudência do STF, que ora considera aplicável diretamente as normas classificadas como de eficácia limitada pelos critérios tradicionais, ora restringe a aplicabilidade de normas ditas de eficácia plena. Por exemplo, o STF decidiu determinar a distribuição gratuita de medicamentos para pessoas portadoras do vírus HIV, tendo como fundamento o artigo 196 da Constituição Federal, que tem eficácia reduzida. Por outro lado, o STF negou-se a aplicar diretamente o art. 37, VII da Constituição Federal, que trata do direito de greve. Embora esta seja uma norma que não demande recursos estatais para sua aplicação, foi considerada como norma de eficácia limitada.¹⁰⁹

Como alternativa para a utilização de critérios meramente formais, surge a “retomada da fundamentação dos direitos humanos, com o respectivo estabelecimento de critérios

¹⁰⁷ Segundo o Supremo Tribunal Federal, cabe à família, a sociedade e ao Estado assegurar, com prioridade, o direito à educação, dentre outros, da criança e do adolescente. Cabe ao Judiciário a concretização das normas constitucionais que tratam desse direito, não havendo qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes quando o Judiciário obriga o Estado a oferecer creche a crianças. Veja, dentre outros acórdãos, RE-AgR 384201 / SP - SÃO PAULO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 26/04/2007

¹⁰⁸ NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. op. cit. p. 29.

¹⁰⁹ Esses exemplos foram retirados de NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. op. cit. p. 27

materiais norteadores da atividade interpretativa.”¹¹⁰ A definição do que pode ser exigido judicialmente em matéria de direitos fundamentais sociais deve, então, partir não só do enunciados normativos que trazem esses direitos, mas também de critérios materiais.

Se as normas transcritas acima pouco contribuem para a determinação das prestações positivas extraídas do direito à moradia, a conjugação com critérios materiais pode ser de grande valia.

4.3 A resposta dos liberais: o mínimo existencial

Uma das formas de equacionar os limites formais com os limites materiais é a formulação do conceito de mínimo existencial. Este conceito, na verdade, desconsidera em alguns momentos a ampliação dos limites materiais pela forma de positivação dos direitos sociais e baseia-se principalmente em questões materiais.

De acordo com autores que defendem a ideia de um mínimo existencial, os direitos sociais carecem de jusfundamentalidade, com exceção daquilo que é abrangido pelo mínimo existencial. É o que explica Ricardo Lobo Torres:

A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.¹¹¹

¹¹⁰ NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. op. cit. p. 29

¹¹¹ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-2

Para esses autores, são direitos sociais fundamentais aqueles direitos da liberdade. A liberdade, contudo, deve ser entendida como liberdade fática, devendo o Estado assegurar as condições iniciais dessa liberdade. Daí o mínimo existencial, para possibilitar essas condições.¹¹² Esse conceito tem ainda como fundamento a dignidade da pessoa humana. Como se tratam de condições elementares de existência, a não proteção desse mínimo importa em violação da dignidade. Ana Paula de Barcellos, em seu estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, definiu o mínimo existencial como o núcleo desse princípio, devendo ser aplicado como norma-regra: “o chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou assimétrica.”¹¹³

Se o mínimo existencial é uma norma-regra, como mencionado acima, pode ser exigido judicialmente como direito subjetivo definitivo. Mas, o que pode ser exigido, ou seja, qual o conteúdo desse mínimo existencial? Alguma prestação relacionada ao direito à moradia está contida nesse mínimo? Que prestação é essa?

O tribunal constitucional alemão, partindo da Constituição alemã, que não traz em seus dispositivos direitos sociais expressos, construiu o conceito de mínimo vital, tendo como fundamento as disposições que consagram os direitos da liberdade. Robert Alexy, partindo dessas decisões, demonstra que é possível construir normas de direitos sociais tendo como base os direitos protegidos pela Constituição alemã. Afirma o autor que um modelo para os direitos fundamentais sociais deve levar em conta a liberdade fática, bem como a separação dos poderes e a legitimidade democrática.¹¹⁴

¹¹² TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. op. cit. p. 5

¹¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 248

¹¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. op. cit. p. 494

Para o jusfilósofo alemão, a identificação dos direitos sociais definitivos deve ser feita no caso concreto, por meio da ponderação. É possível, contudo, apresentar uma resposta geral:

Habrà que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada jusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida al través de la garantía jusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la educación escolar, a la formaci[ón profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia medica.¹¹⁵

No Brasil, uma breve definição do conteúdo do mínimo existencial é apresentada por Ricardo Lobo Torres, segundo o qual “os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis”.¹¹⁶ O mínimo no Brasil, assim, o mínimo existencial compreende a saúde preventiva, constante no artigo 196 da Constituição Federal; em relação à educação, corresponde ao mínimo que é o ensino fundamental, de acordo com o artigo 208, I§ 1º da Carta Magna. No tocante ao direito à moradia, assim expõe o autor:

E o direito à moradia, é fundamental ou social? No que concerne aos indigentes e às pessoas sem teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. Já as moradias populares ou habitação para a classe média se tornam direitos sociais, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias.¹¹⁷

¹¹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 495

¹¹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.286.

¹¹⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. op. cit. 289

Ana Paula de Barcelos propõe, de forma clara, um conteúdo para o mínimo existencial que, segundo a autora, é “composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça”.¹¹⁸

Vê-se, pois, que a moradia faz parte do conceito de mínimo existencial proposto por Ricardo Lobo Torres, consistindo na prestação de moradia aos sem-teto. No conceito de Ana Paula de Barcellos, contudo, a moradia não compõe o mínimo existencial. Para esses autores, só são fundamentais a parcela dos direitos fundamentais correspondente ao mínimo existencial. Será que essa é, de fato, a resposta mais coerente com a Constituição Federal?

4.4 Além do mínimo existencial: existe também um direito à moradia *prima facie*

Como mencionado acima, quando se está diante de uma regra, extrai-se um direito subjetivo definitivo de seu conteúdo. Por outro lado, a partir de um princípio são originados direitos subjetivos *prima facie*. Essa é a solução apontada por Robert Alexy, já mencionada no item anterior, segundo a qual a ponderação delimita aquilo que é exigível em matéria de direito fundamental social. Esta é também a resposta dada por Ingo Wolfgang Sarlet, que entende que “a proposta de solução passa necessariamente (também aqui) pela ponderação dos princípios incidentes na espécie, no âmbito de uma interpretação sistemático-hierarquizadora”.¹¹⁹

A existência digna de um ser humano pressupõe, ao menos, um abrigo contra o frio, sol, chuva e demais eventos climáticos. Acompanhando assim o que escreveu Ricardo Lobo

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. op. cit. p. 258

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. op. cit. p. 184

Torres, para as pessoas sem-teto, é possível falar em um direito subjetivo definitivo a uma moradia. Essa moradia deve, ao mínimo, seguir os requisitos estabelecidos no capítulo 1, quais sejam: segurança na posse, disponibilidade de serviços, equipamentos e infraestrutura; habitabilidade; acessibilidade; localização; adequação cultural. Não se mencionou como elementos mínimos o preço acessível, pois, afinal, está-se diante de um direito para pessoas sem qualquer recurso financeiro.

Um morador de rua pode, assim, exigir judicialmente do Estado uma moradia. Como o Estado irá disponibilizar essa moradia é questão discricionária. É facultado ao Poder Público custear o aluguel de determinada casa ou ainda fornecer um abrigo, sempre observando os elementos mínimos. A população pobre que, ao contrário dos moradores de rua, dispõe de algum recurso financeiro, pode também exigir do Estado uma moradia. Essa exigência, contudo, terá como fundamento um direito subjetivo *prima facie*, sujeito, portanto, à ponderação.

Vê-se, portanto, que é possível, na forma acima exposta, um indivíduo exigir do Estado uma casa para morar. Há, contudo, outra questão, que envolve uma demanda coletiva. Se o Estado não desenvolve políticas habitacionais para a população que não consegue por intermédio do mercado uma moradia, podem as pessoas com legitimidade para tanto propor ações para obter como resultado o desenvolvimento de determinada política pública? Esse é o tema do próximo capítulo.

5 É possível obrigar o Estado a desenvolver políticas públicas para a concretização do direito à moradia?

5.1 Políticas Públicas, Direito e Poder Judiciário

A preocupação de juristas e estudiosos do direito com o tema das políticas públicas é recente mas tem-se intensificado. Os primeiros trabalhos sobre o tema no Brasil surgiram na década de 90, com a publicação de artigos por Fábio Konder Comparato¹²⁰, José Reinaldo de Lima Lopes¹²¹, com a publicação da tese de doutoramento de Maria Paula de Dallari Bucci¹²² e da dissertação de mestrado de Luiza Cristina Fonseca Fricheisen¹²³.¹²⁴ Atualmente, o tema vem ganhando amplitude, tanto com a crescente demanda que envolve o tema nos tribunais¹²⁵, quanto pela produção de trabalhos acadêmicos.¹²⁶

O estudo de políticas públicas é também, de certa forma, tema recente para cientistas sociais e economistas. Somente na década de 80, por exemplo, com a criação do grupo

¹²⁰ COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de Políticas Públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*. 138.

¹²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, Democracia, Políticas Públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 22 Brasília. Senado Federal. Maio/julho de 1994.

¹²² Veja-se: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹²³ FRICHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

¹²⁴ BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 61.

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 575998 – MG. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Município de Cambuquira. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 575280 – SP. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Município de Santo André. Relator: Ministro José Delgado. Relator para o Acórdão: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 ago. 2005; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. . Recurso Especial nº 169876 – SP. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro José Delgado. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2005.

¹²⁶ O tema vem sendo trabalhado pela professora Ana Paula de Barcellos, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, tendo já publicado dois importantes trabalhos: Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas e Constitucionalização das políticas públicas em matérias de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza e SARMENTO, Daniel (coord). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Maria Paula Dallari Bucci também continua aprofundando-se no tema, tendo organizado recentemente o livro *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. Veja ainda APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

temático Políticas Públicas na American Political Science Association pode-se falar na institucionalização da análise de políticas públicas nos Estados Unidos, onde se inicia uma das trajetórias¹²⁷ deste estudo.¹²⁸

No Brasil, a análise de políticas públicas pelos cientistas sociais intensifica-se com a democratização do país, que “acelerou a passagem da análise crítica e maximalista do Estado autoritário à pesquisa sistemática, que produz diagnósticos e que busca informar o projeto reformista da Nova República.”¹²⁹ Essa intensificação tem também como motivos o “desencantamento” em relação ao Estado, que “levou a um maior interesse sobre as condições de efetividade da ação pública”¹³⁰ e ainda “ a difusão internacional da ideia de reforma do Estado”¹³¹.

O debate sobre o tema entre os juristas pode também ser explicado por diversos motivos. Com a inserção nas cartas constitucionais de direitos sociais e, paralelamente, com a construção da normatividade das disposições constitucionais, surgem novas possibilidades de demandas judiciais, alterando assim as funções do Poder Judiciário. Essa modificação é explicada por Tércio Sampaio Ferraz:

Os direitos sociais, produto típico do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isso altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado) mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos

¹²⁷ A outra trajetória inicia-se na França. Enquanto nos Estados Unidos a análise é feita por instituições fora do Estado, na França foi internalizada pelo Estado, sendo concebido como um problema de gestão governamental. MELO, Marcus André. Estado, Governo e Políticas Públicas. In: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira*. Volume Política. 1. São Paulo: Ed. Sumaré, 1999. p. 62

¹²⁸ Ibid. p. 62-63

¹²⁹ Ibid. p. 80.

¹³⁰ Ibid. p.81

¹³¹ Ibid. p.81

resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).¹³²

Além de um maior controle sobre o poder de legislar, como apontado por Tércio Sampaio Ferraz Junior, o Poder Judiciário teve também ampliadas as possibilidades do controle da Administração Pública. Isso porque as modificações apontadas acima implicam numa redução da discricionariedade da Administração Pública, que deve conformar seus atos e políticas com a nova ordem constitucional.

Concomitantemente a essas transformações, com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Ministério Público, com importantes garantias institucionais e pessoais, passa a acumular novas atribuições relacionadas à proteção e concretização da cidadania.¹³³ As associações representativas da sociedade civil também são fortalecidas e com a publicação da Lei de Ação Civil Pública, tornam-se legitimadas para a proteção de interesses da coletividade.

Todo esse conjunto de modificações faz chegar ao Poder Judiciário novas demandas relativas aos direitos sociais, cuja promoção e consecução estão diretamente relacionadas às políticas públicas. O debate, assim, alcança os juristas, seja num momento prévio à chegada das demandas ao Judiciário, na construção das possibilidades de exigência, seja durante a instrução e julgamentos dos processos.

O cenário apresentado até o momento demonstra como são recentes os estudos sobre o controle judicial de políticas públicas. Os avanços, contudo, já são percebidos, como será apontado. Antes, é preciso apresentar uma definição da expressão políticas públicas, que comporta uma ampla diversidade de conceitos.

¹³² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista da Universidade de São Paulo*. nº 21. 1994. p. 45.

¹³³ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 68.

Quando se fala em políticas públicas entre juristas logo vem em mente o conceito hoje bastante difundido desenvolvido por Maria Paula Dallari Bucci: “Políticas Públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”¹³⁴

Este conceito, como se nota, é bastante amplo, apresentando um objeto de controle também amplo. Pode-se, a partir desse conceito, construir diversas formas de controle, como o trabalhado por Fábio Konder Comparato, que desenvolveu a possibilidade de controle das políticas econômica e industrial¹³⁵, ou ainda o estudado por Ana Paula de Barcellos, que busca centrar no controle da realização de políticas em matéria de direitos fundamentais.¹³⁶

Para este estudo, esse amplo conceito de políticas públicas será restringido.

Uma política pública pode abranger inúmeras atividades: prestação de serviços, atividade normativa, reguladora e de fomento do Estado e ainda ações concretas.¹³⁷ Quando se perguntou no título deste capítulo se é possível exigir que o Estado desenvolva políticas ligadas ao direito à moradia, foi indagado se é possível obrigá-lo a desenvolver ações concretas. Este, então, será o objeto de estudo.

Para discutir a possibilidade de obrigar o Estado a desenvolver políticas relacionadas ao direito à moradia, antes é necessário verificar se cabe ao Judiciário o controle de políticas públicas de forma geral. Acima foi demonstrado que a discussão sobre políticas públicas

¹³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.241

¹³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*. 138.

¹³⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle jurídico no espaço democrático. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

¹³⁷ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle jurídico no espaço democrático. op. cit. p. 600

alcançou os tribunais. Contudo, ainda não foi mencionado como os tribunais estão tratando do tema, nem como os estudiosos estão justificando ou questionando essa intervenção.

5.2 Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites

É possível haver o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário? Partindo da Constituição da República de 1988, pode-se responder a esta indagação de maneira positiva. Veja-se.

Ao longo do século XX as normas constitucionais deixam de ser vistas como integrantes de um documento político e ganham status de normas jurídicas.¹³⁸ Além disso, a partir do final da década de 40, a Constituição passa a ser a norma superior, devendo as demais normas do ordenamento jurídico serem em conformidade com suas disposições.

Outras modificações são também relevantes. Após a Segunda Guerra Mundial são introduzidos nas Constituições “elementos normativos diretamente vinculados a valores ou a opções políticas”¹³⁹, principalmente aqueles relacionados à dignidade humana e aos direitos fundamentais.

Todas essas transformações dão origem ao denominado neoconstitucionalismo. No Brasil, esse novo direito constitucional desenvolveu-se após a Constituição de 1988.¹⁴⁰

A Constituição da República de 1988 por ser rígida, é dotada de supremacia. Suas normas, por serem jurídicas, são dotadas de imperatividade. A Constituição da República de

¹³⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (coord). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 209

¹³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Disponível em < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50 > p. 03. Acesso em 15/10/2006.

¹⁴⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). op. cit. p. 249

1988 traz ainda inúmeras normas referentes à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais.

Essas são somente algumas premissas necessárias à compreensão do controle judicial de políticas públicas. Como, contudo, é possível justificar esse controle a partir dos pontos tratados acima?

Como já mencionado, as políticas públicas consistem em um conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado para atingir determinados fins. Se a Constituição da República especifica os fins do Estado, sendo a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais exemplos destes fins traçados, a Administração Pública deve desenvolver políticas públicas voltadas a consecução dessas finalidades.

Sabe-se que a realização de políticas públicas, seguindo nosso conceito estrito, importa diretamente em ações para a concretização de direitos e, portanto, envolve o dispêndio de recursos públicos. Se as políticas públicas são, em certa medida, determinadas pela Constituição, também são os gastos públicos. Toda essa relação é exposta de maneira simplificada por Ana Paula de Barcellos:

(i) a Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; (ii) as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistêmica e abrangente; (iii) as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; (iv) os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo (v) a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de recursos públicos.¹⁴¹

A justificativa da possibilidade de controle de políticas públicas está apresentada. Contudo, como se sabe, muito se critica essa possibilidade, sob diversos argumentos.

¹⁴¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. op. cit. p. 11

Conhecer esses argumentos e contrapô-los contribuirá para fundamentar ainda mais a ideia defendida.

O principal argumento contra o controle judicial de políticas públicas é a separação de poderes, norma-princípio também expressa na Constituição da República.

Pelo modelo de tripartição do poder, cabe ao Legislativo elaborar as leis, ao Executivo desenvolver e executar atividades para dar concreção a essas leis e ao Judiciário a função jurisdicional. Pensando no tema das políticas públicas caberia tão somente ao Legislativo e, principalmente, ao Executivo, desenvolvê-las. Ao Legislativo caberia, em regra, criar e aprovar leis instituindo as políticas e ao Executivo, implementá-las. A iniciativa de leis como o Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual, que cabe ao Presidente da República conforme os artigos 61, § 1º, II b e 84 XXIII da Constituição, reforça a predominância do Executivo na atuação em relação às políticas públicas. Isso porque, por meio destas leis são definidos os programas e projetos de governo que serão executados, bem como o valor a ser investido em cada um deles.

Seguindo a clássica interpretação da separação de poderes, em princípio, possibilitar ao Judiciário o controle de políticas públicas seria permitir a formação de um superpoder, uma vez que concentraria prerrogativas dos demais poderes. De fato, a formulação de uma política pública pelo Judiciário, sem o amparo em normas jurídicas, viola a separação de poderes na medida em que, assevera Eduardo Appio:

(1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação de políticas sociais e econômicas. Ademais, (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social,

executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira “reserva especial da administração”. A discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto poder político, na medida em que teria que suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais poderes.¹⁴²

Mas não é isso que se propõe neste trabalho. Propõe-se o controle fundamentado em normas jurídicas, sejam elas normas constitucionais ou infraconstitucionais. Este controle, em verdade, contribui para o alcance dos objetivos da separação dos poderes, na medida em que possibilita o equilíbrio entre estes. Além disso, no entendimento de Clemerson Merlin Clève:

o princípio da separação dos poderes não pode ser visto como um princípio abstrato, fora da história. Ao contrário, o princípio deve ser compreendido tal como se apresenta, concretamente, na Constituição vigente. Ora, cumpre lembrar que o Constituinte de 1988 confiou muito no Poder Judiciário que foi bastante fortalecido na nova ordem constitucional. E no que diz respeito à legitimidade democrática, importa deixar claro que o Judiciário atua, de certa maneira, como um poder contra-majoritário em defesa dos direitos das minorias. De outro ângulo, o devido processo legal, a motivação e recorribilidade das decisões, a publicidade de suas manifestações e a vinculação à Constituição parecem constituir meios distintos de atribuição de legitimidade à esfera de atuação do Judiciário.¹⁴³

5.2.1 Parâmetros e objeto de controle

O controle judicial de políticas públicas relativas a direitos fundamentais deve pautar-se em normas jurídicas. Essa foi a conclusão alcançada até o momento. Ela, contudo, torna bastante ampla a área de atuação do Judiciário em matéria de políticas públicas. Explica-se melhor.

¹⁴² APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. pp. 151-152.

¹⁴³ Clève, Clemerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso em 19/08/2007

O artigo 6º da Constituição da República dispõe que são direitos sociais o direito à educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, na forma de suas demais normas.

Considerando que cada um desses direitos abrange um complexo de posições jurídicas¹⁴⁴, algumas delas previstas em normas constitucionais ou infraconstitucionais, mas muitas não, permitir o controle pelo Judiciário, sem qualquer outro parâmetro, seria permitir a definição pelo Poder Judiciário dessas posições não estabelecidas em normas.

É preciso, então, especificar os objetos a serem controlados, haja vista que a expressão controle judicial de políticas públicas, mesmo tendo já sido delimitado que se trata do controle de ações concretas, pode abranger diferentes objetos. É preciso identificar “que conduta ou bem será exigido de quem e sob que fundamento”¹⁴⁵.

Ana Paula de Barcellos enumera cinco possíveis objetos de controle: fixação de metas e prioridades; resultado final esperado; quantidade de recursos a ser investida; atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público; e eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos.¹⁴⁶

O controle de metas e prioridades e do resultado final esperado estão inter-relacionados assumindo “como pressuposto que há resultados esperados – e exigíveis – das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais”.¹⁴⁷

O controle de metas e prioridades consiste na verificação da inclusão nas previsões orçamentárias de rubricas capazes de atender às obrigações decorrentes do direito

¹⁴⁴ ABRAMOVICH, Victor. *Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais ou culturais: instrumentos e aliados*. In: SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos. Nº. 02. 2005. p. 198.

¹⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. op. cit. p. 616.

¹⁴⁶ Ibid.p. 617.

¹⁴⁷ Ibid.p. 617

fundamental relacionado à política. Já o controle do resultado final esperado ocorre quando os bens ou serviços necessários à consecução do direito fundamental não foram oferecidos à população.¹⁴⁸

Vê-se, pois, como enunciado acima, que a operacionalização desses controles exige a especificação do resultado final esperado:

Ao incidir sobre o resultado final esperado das políticas públicas – seja previamente no momento do estabelecimento das metas, seja posteriormente, quando verificado o não cumprimento dessas metas – esses controles exigem ao menos uma reflexão importante. Eles exigem sempre, previamente, a definição de que determinado bem ou serviço constitui, de um lado, um direito subjetivo e, de outro, pelo mesmo fundamento, um resultado necessário das políticas públicas.¹⁴⁹

No Brasil, é possível vislumbrar a especificação de metas relacionadas a diversos direitos fundamentais, pois, como apontado por Andréas Krell, normas constitucionais e infraconstitucionais trazem muitas delimitações:

A eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios.¹⁵⁰

O terceiro objeto de controle apresentado pela autora é “a quantidade de recursos a ser investida na promoção dos direitos fundamentais”.¹⁵¹ Muitos valores/percentuais são definidos pela Constituição da República, o que possibilita a exigência de direcionamento dos recursos sem a necessidade de um esforço argumentativo. Para os casos em que não há

¹⁴⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático* op. cit. p. 618.

¹⁴⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático* op. cit. p. 618

¹⁵⁰ KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (dê)s caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 31

¹⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. op. cit. p. 619

qualquer previsão constitucional ou legal é possível construir paulatinamente alguns parâmetros, identificando algumas prioridades:

Pode ser juridicamente consistente, por exemplo, sustentar que os gastos com publicidade governamental não poderão ser superiores aos investimentos com saúde ou educação, uma vez que necessidades importantes de tais áreas sofram com carências de recursos, ou que os gastos públicos com eventos culturais (*e.g. shows*) não possam ultrapassar ou representar mais do que determinada fração daqueles com educação fundamental e média, etc.¹⁵²

Há ainda o controle do atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público, cujo “objetivo central é obter informação e divulgá-la, de modo a fomentar o debate público e o controle social do tema”.¹⁵³

Por fim, a autora aponta como objeto de controle a eficiência mínima na aplicação dos recursos públicos. Através desse controle, busca-se verificar “a existência – ou não – de uma relação de eficiência mínima entre o que se investiu e o resultado específico desse investimento.”¹⁵⁴

5.3 Políticas de moradia e controle

Como aplicar os critérios apresentados acima ao controle de políticas relacionadas ao direito à moradia? Ou, previamente, é possível, a partir dos parâmetros estabelecidos por Ana Paula de Barcelos, controlar as políticas relacionadas à moradia?

¹⁵² BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático* op. cit. p. 620

¹⁵³ *Ibid.*, p. 622

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 625

Para uma melhor sistematização, é interessante verificar a aplicabilidade de cada um dos objetos e parâmetros de controle, seguindo a ordem em que foram tratados no item anterior.

O primeiro objeto de controle apresentado foi a fixação de metas, concomitante ao controle do resultado final esperado. Como mencionado, a realização desses controles pressupõe a determinação de resultados exigíveis. E qual seria o resultado exigível de políticas destinadas à promoção do direito à moradia? Possibilitar a cada indivíduo uma casa segura e confortável, reduzindo assim o déficit habitacional a zero?

De fato, o Estado deve *garantir* que cada indivíduo tenha a possibilidade de conseguir um local seguro para morar. Isso não quer dizer, contudo, que o Estado deve *prover* uma moradia a todos os cidadãos. Cabe ao Estado possibilitar que os indivíduos adquiriam a propriedade ou realizem contratos de locação de imóveis para moradia entre si, seja regulando esses contratos – como já o faz por meio da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 –, seja garantindo a liberdade de contratar nos contratos de compra e venda de imóveis.

Sabe-se, contudo, que a “habitação é um bem muito caro, de modo que sua comercialização depende muito de esquemas de financiamento de longo prazo aos demandantes finais.”¹⁵⁵

Além disso, uma grande parcela da população não dispõe de capacidade econômico-financeira para arcar com sua moradia. Segundo Ermínia Maricato, “o mercado privado residencial formal no Brasil tem produzido para uma pequena parcela da população, de um

¹⁵⁵ SANTOS, Cláudio Hamilton M. Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998. Texto para discussão nº. 654. Brasília, IPEA: 1999.

modo geral, com rendimentos situados acima dos 10 salários mínimos. Trata-se de um mercado voltado para o imóvel de luxo”.¹⁵⁶

Como o mercado limita-se a beneficiar somente uma pequena parcela da população, o déficit habitacional concentra-se na outra ponta da pirâmide de renda, principalmente entre aqueles com renda de até três salários mínimos. Conforme dados da Pesquisa “Déficit Habitacional no Brasil 2005”, realizada pela Fundação João Pinheiro, o déficit de 2005 era de 7,903 milhões de novas moradias. Desse total, 5,977 milhões de domicílios, ou 90.3% do total urbano estimado, concentram-se nas famílias com renda mensal de até três salários mínimos.¹⁵⁷

Esses números tornam-se ainda maiores se forem considerados os dados relativos aos domicílios inadequados e ainda o déficit de moradias nos aglomerados subnormais, conceito este definido como *proxy* do conceito de favelas.¹⁵⁸

Tem-se, assim, um dado relevante para a determinação de resultados exigíveis: as necessidades habitacionais concentram-se na camada da população que não dispõe de recursos para adquirir no mercado formal sua moradia.

Mas não bastam somente dados relevantes para a identificação de resultados exigíveis. Estes devem também ser extraídos de normas jurídicas. No ordenamento jurídico brasileiro, algumas normas permitem essa identificação. Veja-se.

¹⁵⁶ MARICATO, Ermínia. Para resolver o problema da habitação. In: MARCOVICTH, Jacques (org.). *Crescimento Econômico e Distribuição de Renda: prioridades para a ação*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Editora Senac de São Paulo, 2007. p. 40

¹⁵⁷ Fundação João Pinheiro. Informativo CEI. Disponível em <http://www.fjp.gov.br/exibe_subproduto.php?unidade=todas&produto=9>. Acesso em 17/04/2008.

¹⁵⁸ A pesquisa realizada pela Fundação João Pinheiro parte de um conceito amplo de necessidades habitacionais, subdividindo-o em dois segmentos: o déficit habitacional, dado utilizado para necessidade de construção de novas moradias e inadequação de domicílios, dirigido para levantar números necessários para políticas de melhorias dos domicílios existentes. Fonte: Fundação João Pinheiro. Déficit Habitacional no Brasil 2005.

Segundo o artigo 3º, III, da Constituição da República, a redução das desigualdades sociais é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Pode-se mesmo depreender deste princípio constitucional e dos demais que consagram “fins sociais e econômicos em fins jurídicos” que a “Constituição de 1988 é voltada para a transformação da sociedade brasileira”.¹⁵⁹

De fato, essa transformação pode ser perseguida executando diferentes políticas, não sendo possível, pois, afirmar que a partir desse dispositivo constitucional pode-se definir o resultado exigível de políticas relacionadas à moradia. Contudo, a interpretação desse dispositivo com outras normas constitucionais e normas infraconstitucionais possibilita essa construção.

O primeiro dispositivo que deve ser considerado nessa tarefa é o artigo 1º, III da Constituição da República: a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. A vinculação do direito à moradia à dignidade da pessoa humana é inequívoca, pois

sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um lugar para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e portanto, o seu direito à vida.¹⁶⁰

É preciso, portanto, garantir o direito à moradia, transformando a realidade brasileira. Se há um déficit fortemente mais acentuado entre os segmentos mais pobres da população, a eles devem ser destinadas prioritariamente as políticas de moradia.

¹⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. op. cit. p. 107.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *O direito fundamental à moradia na Constituição*. Algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. op. cit, 154

Concretizando ainda mais no plano normativo esses objetivos constitucionais, foi promulgada a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Esse sistema, de acordo com o artigo 2º, I, da referida lei, tem como objetivo viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável e ainda deve ser observada a prioridade para planos, programas e projetos habitacionais para a população de menor renda, articulados no âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, conforme artigo 4º, II, “a” da mesma lei.

Tendo em vista a realidade brasileira e as normas jurídicas mencionadas acima, cabe o Estado desenvolver políticas públicas de moradia destinadas à população de baixa renda. Desta forma, União, Estados e Municípios devem incluir em cada um de seus planos plurianuais metas voltadas para a diminuição das necessidades habitacionais desta população e os orçamentos anuais devem conter rubricas voltadas para a realização dessas políticas.

O conteúdo da política, contudo, não pode ser controlado pelo Judiciário. Cabe ao Executivo decidir se a política irá pautar-se na construção de novas moradias para a população por meio de mutirão, por exemplo, ou se dará, inicialmente, prioridade para a melhoria das condições habitacionais de moradias sem infraestrutura.¹⁶¹

A política prioritária, reiterando, deve ser voltada à população de baixa renda. Mas o Estado tem também a faculdade de desenvolver políticas de moradia para aqueles que podem contribuir de fato para a compra ou aluguel de suas casas. Em decisão envolvendo o despejo de um grande grupo de pessoas que habitavam um local inapropriado, a Suprema Corte da África do Sul explicou que a implementação do direito à moradia gerava duas obrigações para

¹⁶¹ Deve-se destacar, neste ponto, que a discricionariedade reside tão somente em relação à definição da política prioritária, e não para os locais onde cada política será realizada. Para aqueles locais de ocupação consolidada, não havendo risco à população e podendo conciliar moradia e meio ambiente, deve ser desenvolvida uma política de melhorias das condições de habitabilidade das moradias.

o Estado: uma voltada para aquelas pessoas que podem pagar por sua casa e outra para a população de baixa renda.¹⁶²

Para as pessoas que podem custear sua moradia, cabe ao Estado, conforme a decisão da Suprema Corte sul-africana, abrir o mercado, providenciando uma legislação que facilite a construção privada de casas. Já para a população de baixa renda, cabe ao Estado desenvolver programas que garanta uma assistência social adequada. Esses programas devem assegurar a progressiva realização do direito à moradia.¹⁶³

Os economistas e cientistas sociais que conhecem as políticas habitacionais implementadas pela União em conjunto com os Estados apontarão que a ideia de duas diferentes políticas, voltadas para esses dois diferentes grupos, norteou a elaboração do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) desde a criação do Banco Nacional de Habitação (BNH).

O Sistema Financeiro de Habitação, criado em 1964, tinha duas principais fontes de recursos e para cada uma dessas fontes foram ligadas diferentes políticas. As fontes de recursos eram “(i) a arrecadação do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) isto é, o conjunto de captação das letras imobiliárias e cadernetas de poupança; e (ii) a partir de 1967, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).”¹⁶⁴

Os recursos arrecadados pelo SBPE eram destinados a programas voltados às classes de renda média e alta, enquanto a arrecadação do FGTS era destinada à construção de casas de interesse social.¹⁶⁵

¹⁶² SUSTEIN, CASS R. *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon?index.html>> Acesso em 03/06/2007.

¹⁶³ SUSTEIN, CASS R. *Social and Economic Rights? Lessons from South Africa*. op. cit.

¹⁶⁴ SANTOS, Cláudio Hamilton M. *Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998*, p. 10

¹⁶⁵ SANTOS, Cláudio Hamilton M. *Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998*. p. 11

Vê-se, pois, que o SFH foi concebido para atender todas as faixas de renda. Entre 1964 e 1986, 26% das unidades habitacionais construídas no Brasil contaram com financiamento do BNH.¹⁶⁶

A execução dos programas, contudo, não atingiu de maneira uniforme todas as camadas da população. Em razão da grande inadimplência da população com renda até três salários mínimos, a política direcionada para este segmento modificou-se durante os anos. Entre 1970 e 1974 houve a redução de investimentos para esta camada da população e, em 1975, quando o BNH volta-se novamente ao mercado popular, é privilegiada a população com renda acima de cinco salários mínimos.¹⁶⁷

Nota-se, portanto, que a obrigação de dar prioridade a políticas voltadas à população de baixa renda é, em tese, refletida nos programas formulados pelo Estado. A execução desses programas, contudo, não segue o estabelecido e beneficia outras pessoas não pertencentes aos segmentos para os quais a política foi inicialmente desenhada. O que se propõe é exatamente uma tentativa de concretizar as diretrizes das políticas destinadas à população de baixa renda.

Seguindo o que foi dito em capítulo anterior, cabe ao Estado realizar paulatinamente o direito à moradia. O resultado esperado, então, é a contínua progressão da realização do direito à moradia, tendo como prioridade a moradia destinada à população de baixa renda.

Como controlar o alcance desse resultado esperado? Para responder essa pergunta, deve-se partir do que já foi falado acima: deve o Estado prever em seus planos plurianuais e

¹⁶⁶ RIBEIRO, Luis César de Queiroz; AZEVEDO, Sergio. *A produção da moradia nas grandes cidades: dinâmica e impasses*. In: *A crise da moradia nas grandes cidades: da questão da habitação à reforma urbana*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996. p. 13

¹⁶⁷ AZEVEDO, Sérgio. *Vinte e dois anos de política de habitação popular (1964-86): criação, trajetória e extinção do BNH*. In *Revista de Administração Pública*. Vol. 22. Out/Dez 1988. p. 113.

orçamentos anuais programas e rubricas voltadas para a diminuição das necessidades habitacionais da população de baixa renda.

Assim, não havendo qualquer programa previsto no plano plurianual com essa destinação, cabe ação judicial para inclusão no plano de diretrizes e metas com essa finalidade. Não havendo no orçamento rubricas para a moradia da população de baixa renda, e havendo a previsão genérica do programa no plano plurianual, cabe também uma ação para a inclusão de rubrica.

Não basta, contudo, a mera inclusão de previsões nas leis orçamentárias. É preciso que as metas traçadas possam de fato contribuir para o objetivo central: realizar paulatinamente o direito à moradia.

A verificação da possibilidade de contribuição ou não deve ser feita tendo como parâmetro a razoabilidade. Eventuais previsões ínfimas, elaboradas tão somente para parecer cumprir o dever de incluir essas rubricas, não são suficientes e ensejam também intervenção judicial.

O objeto de controle, como visto até o momento, refere-se à inclusão de metas e a definição de prioridades. Quando o orçamento não atende essas obrigações, o orçamento consecutivo pode e deve ser alterado.¹⁶⁸ Já em relação ao resultado esperado, como este consiste na realização do direito ao longo do tempo, havendo a inclusão mas não havendo a efetiva destinação de recursos para os programas ou realização das obras necessárias, não cabem ações para obrigar o Estado a, por exemplo, reurbanizar toda a favela do Cantagalo, localizada nas proximidades do bairro Ipanema, na cidade do Rio de Janeiro.

¹⁶⁸ KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. op. cit. p. 99

O controle da não destinação dos recursos inicialmente previstos no orçamento pode ser construído a partir de uma releitura do “orçamento público conforme a Constituição.”¹⁶⁹ Atualmente, é difundido que as despesas de um orçamento público consistem tão somente em uma autorização para o Poder Executivo, “que pode deixar de dar cumprimento às previsões de gasto, sem nem mesmo ter de justificar os motivos”.¹⁷⁰

Um primeiro passo para controlar a execução orçamentária não exige a construção de uma nova leitura do orçamento, basta aplicar o artigo 167, VI, da Constituição da República, segundo o qual é vedado a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação¹⁷¹ para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa.

O problema maior, contudo, refere-se aos reiterados contingenciamentos, que consistem no bloqueio de dotações orçamentárias durante a execução do orçamento. Neste caso, existe a possibilidade de um maior controle, pois “parece razoável dizer que os contingenciamentos orçamentários são potencialmente capazes de afetar interesses juridicamente protegidos, atraindo aplicação do art. 50, I da Lei de Procedimento Administrativo Federal (Lei nº 97841999).”¹⁷² Além disso, como a lei orçamentária

¹⁶⁹ A expressão foi retirada do título do artigo “Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição” de Eduardo Mendonça.

¹⁷⁰ MENDONÇA, Eduardo. *Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição*. In. Revista de Direito do Estado. Ano 2. nº 7. 2007. p. 293.

¹⁷¹ A definição de categoria de programação é esclarecida por James Giacomoni: “No sentido que lha dá a Constituição, categoria de programação deve ser interpretada como o conjunto das classificações de despesa da lei orçamentária até seu menor nível. Assim, no caso do orçamento federal, além da categoria de menor nível da classificação funcional-programática – subprojeto ou subatividade – a categoria de programação compreende: a esfera – fiscal ou seguridade -, o grupo, a modalidade de aplicação, a fonte de recurso e o identificador de uso.” Orçamento Público. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2001. p. 273.

¹⁷² MEDONÇA, Eduardo. *Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a constituição*. op. cit. 309.

concretiza decisões democráticas, a alteração de suas previsões por ato administrativo pressupõe pelo menos uma motivação fundamentada.¹⁷³

O controle da realização material do disposto no orçamento, após a liquidação da despesa, pode ser realizado mediante a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa.

Como se vê, portanto, o controle da inclusão de metas conjugado com os demais controles mencionados acima, possibilita um controle de fato da realização do direito à moradia. Sem o controle da inclusão de metas, os demais controles, no que consiste à busca pela implementação de direitos, ficam prejudicados.

O terceiro controle apresentado no tópico anterior refere-se à quantidade de recursos a ser investida. É possível estipular que a Administração Pública invista mais em políticas ligadas à moradia do que em publicidade, por exemplo? Quanto seria esse montante a mais?

Para definir prioridades é preciso conhecer as leis orçamentárias dos entes federativos, entendendo quais são os programas governamentais e quanto se destina para cada um deles.

As atividades dos governos podem ser conhecidas e identificadas a partir de classificações diferentes dos programas governamentais. Conforme o artigo 2º, § 2º, II da Lei 4320/1964, as leis orçamentárias devem ser acompanhadas de quadros demonstrativos de despesa, dentre os quais se inclui quadro em que as despesas são classificadas por funções. Para atualizar esse quadro, foi publicada a Portaria nº 42/1999, pelo então Ministério do Orçamento, que estabelece as classificações em funções e subfunções.

As funções, conforme o artigo 1º, § 1º dessa portaria, são o maior nível de agregação das diversas áreas de despesa que competem ao setor público, e as subfunções, por seu turno,

¹⁷³ MEDONÇA, Eduardo. *Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a constituição*. Op. cit. 309.

representam partição de funções. Aquelas, contudo, não estão vinculadas a estas. Pode haver diversas combinações entre funções e subfunções.

Essas são as funções e subfunções em que são agrupadas as despesas dos governos:

FUNÇÕES	SUBFUNÇÕES
01 - Legislativa	031 - Ação Legislativa 032 - Controle Externo
02 - Judiciária	061 - Ação Judiciária 062 - Defesa do Interesse Público no Processo Judiciário
03 - Essencial à Justiça	091 - Defesa da Ordem Jurídica 092 - Representação Judicial e Extrajudicial
04 - Administração	121 - Planejamento e Orçamento 122 - Administração Geral 123 - Administração Financeira 124 - Controle Interno 125 - Normatização e Fiscalização 126 - Tecnologia da Informação 127 - Ordenamento Territorial 128 - Formação de Recursos Humanos 129 - Administração de Receitas 130 - Administração de Concessões 131 - Comunicação Social
05 - Defesa Nacional	151 - Defesa Área 152 - Defesa Naval 153 - Defesa Terrestre
06 - Segurança Pública	181 - Policiamento 182 - Defesa Civil 183 - Informação e Inteligência
07 - Relações Exteriores	211 - Relações Diplomáticas 212 - Cooperação Internacional
08 - Assistência Social	241 - Assistência ao Idoso 242 - Assistência ao Portador de Deficiência 243 - Assistência à Criança e ao Adolescente 244 - Assistência Comunitária
09 - Previdência Social	271 - Previdência Básica 272 - Previdência do Regime Estatutário 273 - Previdência Complementar 274 - Previdência Especial
10 - Saúde	301 - Atenção Básica 302 - Assistência Hospitalar e Ambulatorial 303 - Suporte Profilático e Terapêutico 304 - Vigilância Sanitária 305 - Vigilância Epidemiológica 306 - Alimentação e Nutrição
11 - Trabalho	331 - Proteção e Benefícios ao Trabalhador 332 - Relações de Trabalho 333 - Empregabilidade 334 - Fomento ao Trabalho
12 - Educação	361 - Ensino Fundamental 362 - Ensino Médio 363 - Ensino Profissional 364 - Ensino Superior 365 - Educação Infantil 366 - Educação de Jovens e Adultos 367 - Educação Especial

13 - Cultura	391 - Patrimônio Histórico, Artístico e Arqueológico 392 - Difusão Cultural
14 - Direitos da Cidadania	421 - Custódia e Reintegração Social 422 - Direitos Individuais, Coletivos e Difusos 423 - Assistência aos Povos Indígenas
15 - Urbanismo	451 - Infraestrutura Urbana 452 - Serviços Urbanos 453 - Transportes Coletivos Urbanos
16 - Habitação	481 - Habitação Rural 482 - Habitação Urbana
17 - Saneamento	511 - Saneamento Básico Rural 512 - Saneamento Básico Urbano
18 - Gestão Ambiental	541 - Preservação e Conservação Ambiental 542 - Controle Ambiental 543 - Recuperação de Áreas Degradadas 544 - Recursos Hídricos 545 - Meteorologia
19 - Ciência e Tecnologia	571 - Desenvolvimento Científico 572 - Desenvolvimento Tecnológico e Engenharia 573 - Difusão do Conhecimento Científico e Tecnológico
20 - Agricultura	601 - Promoção da Produção Vegetal 602 - Promoção da Produção Animal 603 - Defesa Sanitária Vegetal 604 - Defesa Sanitária Animal 605 - Abastecimento 606 - Extensão Rural 607 - Irrigação
21 - Organização Agrária	631 - Reforma Agrária 632 - Colonização
22 - Indústria	661 - Promoção Industrial 662 - Produção Industrial 663 - Mineração 664 - Propriedade Industrial 665 - Normalização e Qualidade
23 - Comércio e Serviços	691 - Promoção Comercial 692 - Comercialização 693 - Comércio Exterior 694 - Serviços Financeiros 695 - Turismo
24 - Comunicações	721 - Comunicações Postais 722 - Telecomunicações
25 - Energia	751 - Conservação de Energia 752 - Energia Elétrica 753 - Petróleo 754 - Álcool
26 - Transporte	781 - Transporte Aéreo 782 - Transporte Rodoviário 783 - Transporte Ferroviário 784 - Transporte Hidroviário 785 - Transportes Especiais
27 - Desporto e Lazer	811 - Desporto de Rendimento 812 - Desporto Comunitário 813 - Lazer
28 - Encargos Especiais	841 - Refinanciamento da Dívida Interna 842 - Refinanciamento da Dívida Externa 843 - Serviço da Dívida Interna 844 - Serviço da Dívida Externa

	845 - Transferências
	846 - Outros Encargos Especiais

Quadro da Portaria nº 42 de 14 de abril de 1999

Se o Estado destina seus recursos para realizar essas diversas funções, como estipular prioridades a partir delas? Como estabelecer valores ou percentuais para programas relacionados à moradia? Antes de buscar soluções para essas questões, é necessário fazer um esclarecimento.

Como mencionado acima, a melhor forma de conhecer a destinação de recursos do Estado é analisando quanto se gasta em cada programa governamental. De fato, as Leis Orçamentárias, que englobam Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual trazem as despesas agrupadas por programas. Essa é uma orientação do governo federal seguida por inúmeros entes federativos.

As despesas agrupadas por programas são também identificadas conforme a função, subfunção, categoria econômica, dentre outras classificações. Isso quer dizer que em um mesmo programa haverá despesas em diversas das subfunções mencionadas acima. Um exemplo ajuda a esclarecer.

A Lei Orçamentária Anual da União para o ano de 2007 prevê o programa Urbanização, regularização fundiária e integração de assentamentos precários. Para este programa existem despesas para as seguintes subfunções: Administração Geral, Infraestrutura Urbana, Serviços Urbanos e Saneamento Básico Urbano. Vê-se, portanto, que um mesmo programa engloba despesas para as mais diversas subfunções.

Considerando as informações trazidas acima, por um lado, pode-se defender que o ideal seria estipular prioridades de programas, estabelecendo que programas voltados para

moradia devessem ser priorizados, por exemplo, em relação a programas voltados para o desenvolvimento do setor de astronomia do Estado. Esse critério, contudo, poderia ser mascarado, bastando, por exemplo, a utilização de recursos de um determinado programa para ações que não visem seus fins de forma direta. Utilizando o exemplo acima, uma quantia elevada destinada ao programa Urbanização, regularização fundiária e integração de assentamentos precários não necessariamente significa que muitos assentamentos serão regularizados. Isto porque pode haver destinação da maior parte dos recursos para o item Administração Geral.

O que se propõe, portanto, é o estabelecimento de critérios a partir da utilização de programas e subfunções. Considerando que as subfunções elencadas acima representam o universo de ação do governo, a pergunta que se faz é a seguinte: o que pode ser preterido para a concretização do direito à moradia?

A eleição de qualquer prioridade considerando as subfunções mencionadas é, em princípio, discricionária dos órgãos Executivo e Legislativo. Contudo, como mencionado acima, essa discricionária é limitada pela própria Constituição.

Podem-se relacionar as subfunções à realização dos objetivos da República e dos direitos fundamentais. A interligação entre esses objetivos e algumas subfunções são facilmente percebidas. Veja-se, por exemplo, a subfunção Ensino Fundamental, que está diretamente relacionada ao direito à educação. Transporte rodoviário também é facilmente relacionado à garantia do desenvolvimento nacional.

Dentre as subfunções trazidas pela Portaria 42, uma delas é constantemente utilizada por alguns tribunais para o controle de políticas públicas. Trata-se da subfunção Comunicação Social.

A Comunicação Social não pode ser entendida como desvinculada de qualquer direito ou objetivo constitucionalmente protegido. Pelo contrário. A administração pública, na forma do artigo 37 da Constituição Federal, obedecerá ao princípio da publicidade. E é por meio de despesas em comunicação social que se dá publicidade aos atos do governo, promovendo a transparência pública e, conseqüentemente, possibilitando o controle social.

As despesas com Comunicação Social podem abranger diferentes ações, não havendo uniformidade entre os orçamentos dos entes federativos. Podem assim abranger tanto ações relacionadas à imprensa oficial quanto à publicidade.¹⁷⁴ A publicidade, por sua vez, engloba publicidade de utilidade pública, a publicidade institucional, a publicidade mercadológica, a publicidade legal e a promoção institucional e mercadológica, incluídos os patrocínios, conforme Decreto 4.799/2003.

No âmbito da União, a definição de cada uma dessas subdivisões da publicidade é trazida na Instrução Normativa nº 28, de 06 de junho de 2002: I) Publicidade Legal - a que se realiza em obediência à prescrição de leis, decretos, portarias, instruções, estatutos, regimentos ou regulamentos internos dos integrantes do SICOM; II) Publicidade Mercadológica - a que se destina a lançar, modificar, reposicionar ou promover produtos e serviços de integrantes do SICOM¹⁷⁵ que atuem numa relação de concorrência no mercado III) Publicidade Institucional - a que tem como objetivo divulgar informações sobre atos, obras e programas dos integrantes do SICOM, suas metas e resultados; IV) Publicidade de Utilidade Pública - a que tem como objetivo informar, orientar, avisar, prevenir ou alertar a população ou segmento da população para adotar comportamentos que lhe tragam benefícios sociais reais, visando melhorar a sua qualidade de vida.

¹⁷⁴ As ações de comunicação do governo federal, por exemplo, podem abranger tanto publicidade institucional quanto publicidade de utilidade pública, conforme o Manual Técnico do Orçamento para 2005. Disponível em: <<http://contasabertas.uol.com.br/asp/mto2005.pdf>> Acesso em: 03/10/2006.

¹⁷⁵ SICOM é a sigla para Sistema de Comunicação de Governo do Poder Executivo Federal.

A partir das subclassificações acima é possível afirmar que publicidade de utilidade pública é bastante necessária para campanhas, por exemplo, de combate à dengue. Mas, se o que se está buscando é a identificação de prioridades, ou melhor, a identificação do que pode ser preterido para realização de programas voltados para moradias, e o critério utilizado é a relação entre as rubricas e os objetivos constitucionais, em princípio não é possível determinar em abstrato que a subfunção “comunicação social” deve ser preterida. Isto porque, como em geral os orçamentos não trazem subdivisão quanto à subfunção Comunicação Social, em princípio, o estabelecimento de prioridades considerando a subfunção em seu todo também fica prejudicado.

É necessário, pois, ações judiciais visando tornar mais claro o orçamento, exigindo do Estado que identifique as ações ligadas à Comunicação Social, separando a publicidade institucional da publicidade de utilidade pública.

Entendendo que o direito à moradia é diretamente protegido pela Constituição, enquanto ações de publicidade institucional só o são indiretamente, pode-se exigir que o Estado destine mais recursos aos programas voltados à moradia da população de baixa renda em detrimento de despesas com publicidade desvinculada do interesse público primário.

Para este controle, devem-se comparar de um lado os programas voltados para a moradia da população de baixa renda, e aqui se incluem aqueles de melhorias de infraestrutura, as relacionadas às subfunções habitação urbana e habitação rural e, de outro lado, as dotações para a comunicação social que não visam a realização do interesse público primário. Como aquelas ações são prioridades, a dotação deve ser maior.

Em relação aos outros dois objetos de controle, atingimento ou não das metas fixadas pelo poder público e a eficiência mínima na aplicação de recursos públicos, pode-se afirmar

que são eles aplicáveis também a políticas voltadas para a moradia, na forma apresentada por Ana Paula de Barcelos. Quanto ao atingimento das metas, pode-se exigir do Estado a divulgação não só da execução orçamentária, mas também de um maior detalhamento, a fim de possibilitar o controle social.

O controle da eficiência mínima, por sua vez, exige certa cautela. Como há discricionariedade na escolha dos meios para implementar políticas voltadas para a população de baixa renda, nesta forma de controle não se pode comparar a execução de determinada política com uma outra, com a mesma finalidade. Um exemplo pode ajudar.

Se o Estado opta por subsidiar o aluguel e depois é verificado que o mais eficiente seria a construção de moradias, não é cabível uma ação judicial para responsabilizar o gestor. Por outro lado, deve-se controlar, por exemplo, se o valor gasto com o aluguel é de um preço de mercado.

Vê-se, pois, que a partir das normas de direito à moradia pode-se exigir do Estado que desenvolva políticas habitacionais para população de baixa renda.

6 Conclusões

O presente trabalho buscou apresentar alguns dos possíveis efeitos jurídicos das normas que consagram o direito à moradia no Brasil. Por meio do debate teórico e da análise de alguns casos concretos, foram levantadas diferentes dimensões e possibilidades de eficácia desse direito fundamental. É importante deixar claro que não se pretendeu esgotar o tema. A elaboração deste trabalho foi um grande aprendizado em relação a este ponto. O recorte é sempre necessário, e este trabalho foi um grande exercício de delimitação.

Neste momento, serão expostas, de forma sintética, as principais questões discutidas e conclusões alcançadas no decorrer do estudo.

1. O direito à moradia, como um direito social fundamental, é compreendido por um complexo de posições jurídicas. Abrange, assim, posições negativas, impedindo o Estado de atentar contra a moradia de um indivíduo, bem como posições positivas, havendo a possibilidade de se exigir do Estado uma casa para morar, quando o indivíduo não tem condições financeiras para tanto. Há ainda uma outra dimensão desse direito: a moradia como um vetor para o poder público, o que permite formular a obrigação do Estado de desenvolver políticas habitacionais.
2. A construção das posições jurídicas e das dimensões do direito à moradia deve considerar que o conceito de moradia é mais amplo do que um mero abrigo. Uma moradia minimamente adequada deve apresentar os seguintes elementos: segurança na posse, disponibilidade de serviços, equipamentos e infraestrutura, disponibilidade a preços acessíveis; habitabilidade; acessibilidade; localização; adequação cultural.
3. A proteção ao direito à moradia não requer, necessariamente, uma proteção do direito de propriedade. Pelo contrário. Em muitos casos, a moradia deve ser

protegida contra o direito de propriedade. Pode-se promover o direito à moradia por meio da implementação de uma política de subsídio de aluguel.

4. O conteúdo da moradia também não pode ser determinado exclusivamente por aspectos jurídicos. A proteção da moradia deve considerar o local onde o indivíduo construiu sua casa. Nesse local, ele desenvolve rede de relações extremamente importantes para sua realização pessoal e mesmo para seu desenvolvimento humano.
5. A previsão legal da possibilidade de penhorar o único imóvel do fiador é inconstitucional, posto que fere o direito à moradia do fiador. Ao retirar do fiador seu único imóvel, fere-se o núcleo do direito à moradia.
6. A retirada de famílias que ocupam irregularmente o solo urbano deve ser ponderada com o direito à moradia. No caso de imóveis públicos, preenchidos os requisitos da concessão de uso para fins de moradia, há um direito subjetivo do indivíduo de obter a concessão, o que lhe garante ao menos um dos elementos que constituem a moradia: a segurança da posse.
7. Embora as normas que tratam do direito à moradia sejam bastante amplas possibilitando, em princípio, somente a construção de direito subjetivos *prima facie*, a partir do entendimento segundo o qual um local para morar é condição necessária para o desenvolvimento humano, é possível construir um direito subjetivo definitivo. Aqueles que não dispõem de qualquer recurso para custear sua moradia podem, assim, exigir uma moradia do Estado.
8. É possível também exigir do Estado a implementação de políticas habitacionais voltadas para a população de baixa renda. O Estado deve privilegiar essas políticas em detrimento de políticas voltadas para outras camadas da

população. Além disso, deve direcionar mais recursos para políticas de moradia do que para publicidade desvinculada do interesse público.

7 Referências Bibliográficas

ABRAMO, Pedro. *La teoría económica de la favela: cuatro notas sobre la localización residencial de los pobres y el mercado inmobiliario informal*. Documento cortesia do autor para o Lincoln Institute of Land Policy, cópia do artigo publicado na Revista Ciudad y Territorios: Estudios Territoriales. Vol. XXXV. Nº 136-137. 2003. Ministerio de Fomento. Espanha.

ABRAMOVICH, Victor. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. In. *SUR, Revista Internacional de Derechos Humanos*. Ano 2. Nº. 2.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª edição. Madrid: Editorial Trota, 2004.

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia: o direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALFONSIN, Betânia de Moraes. Concessão de uso especial para fins de moradia: garantindo a função social da propriedade pública. In: OSORIO, Letícia Marques (Org). *Estatuto da Cidade e Reforma Urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. *Direito à moradia: instrumentos e experiência de regularização fundiária nas cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Observatório de Políticas Urbanas. Ippur/Fase, 1997.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolhas: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª edição. São Paulo, Malheiros: 2006.

AZEVEDO, Sérgio. *Vinte e dois anos de política de habitação popular (1964-86): criação, trajetória e extinção do BNH*. In Revista de Administração Pública. Vol. 22. Out/Dez 1988.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle jurídico no espaço democrático*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Coord.) *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=50> p. 03. Acesso em 15/10/2006.

_____. *Ponderação, Racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (coord). *A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BERCOVICI, *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Ed. Campus. 1992.

_____. *Igualdade e liberdade*. Tradução de COUTINHO, Carlos Nelson. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Clève, Clemerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Disponível em <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=441>. Acesso em 19/08/2007.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de Políticas Públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*. 138.

CUNHA, J. R.; WERNECK, D. ; GARRIDO, A. Possibilidades e Limites da Criatividade Judicial: a relação entre Estado de Direito e argumentação jurídica razoável (e o problema do desconhecimento dos Direitos Humanos). In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 6, 2006.

DE GRAZIA, Grazia. Estatuto da Cidade: uma longa história com vitórias e derrotas. In: Osório, Letícia Marques. *Estatuto da Cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista da Universidade de São Paulo*. nº 21. 1994.

Forced Evictions: violations of human rights. Global Survey 10. The Centre for housing rights and evictions. Gevebra, 2006. Disponível em: <http://www.cohre.org/store/attachments/Global_Survey_10.pdf>. Acesso em 13/04/2008.

FRICHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Déficit Habitacional no Brasil 2005. Centro de Estatística e Informações. Belo Horizonte, 2006

GALDINO, Flavio. Introdução à Teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2005.

GIACOMONI, James.:” Orçamento Público. 10ª edição. São Paulo: Atlas, 2001.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LECKIE, Scott. *Legal Resources for housing rights: International and National Standards*. Geneva: Centre on Housing Rights and Evictions, 2000. Disponível em <<http://www.cohre.org/store/attachments/COHRE%20Sources%204.pdf>>. Acesso em 05/11/2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (org). *Direitos humano, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, Democracia, Políticas Públicas. In: *Revista de Informação Legislativa*. n. 22 Brasília. Senado Federal. Maio/julho de 1994.

LUNO, Antonio E. Perez. *Los derechos fundamentales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MARICATO, Ermínia. Para resolver o problema da habitação. In: MARCOVICTH, Jacques (org.). *Crescimento Econômico e Distribuição de Renda: prioridades para a ação*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Editora Senac de São Paulo, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade* 3ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Marcus André. Estado, Governo e Políticas Públicas. In: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira*. Volume Política. 1. São Paulo: Ed. Sumaré, 1999.

MENDONÇA, Eduardo. *Alguns pressupostos para um orçamento público conforme a Constituição*. In. *Revista de Direito do Estado*. Ano 2. nº 7. 2007.

MORAIS, Maria da Piedade; GUIA, George Alex da; Paula, Rubem de. Monitorando o direito à moradia no Brasil (1992-2004). In. *Políticas Sociais – acompanhamento e análise*. Fev. 2006. IPEA. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/bpsociais/bps_12/ensaio4_monitorando.pdf>. Acesso em 20/08/2007.

NETO, Claudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: MELLO, Celso D. de

Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PISARELLO, Gerardo. *Vivienda para todos: um derecho en (de)construcción*. El derecho a uma vivienda digna y adecuada como derecho exigible. Barcelona: Icaria editorial, 2003.

RELATÓRIO DO RELATOR ESPECIAL SOBRE MORADIA ADEQUADA COMO COMPONENTE DE UM DIREITO À UM PADRÃO ADEQUADO DE VIDA. Missão ao Brasil. 2005. Disponível em < http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/programas-urbanos/biblioteca/regularizacao-fundiaria/publicacoes-institucionais-1/guias-cartilhas-e-manuais/direito_moradia_brasil.pdf.> Acesso em 20/05/2008.

RIBEIRO, Luis César de Queiroz; AZEVEDO, Sergio. *A produção da moradia nas grandes cidades: dinâmica e impasses*. In: *A crise da moradia nas grandes cidades: da questão da habitação à reforma urbana*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTOS, Cláudio Hamilton M. *Políticas Federais de Habitação no Brasil: 1964/1998*. Texto para discussão nº. 654. Brasília, IPEA: 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *O Direito a moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de Direitos Humanos*. Vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. *O Direito à Moradia no Brasil*. Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, 29 de maio a 12 de junho de 2004 – Violações, Práticas positivas e Recomendações ao Governo Brasileiro. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.

SCHMIDT, Selma; LIMA, Ludmilla de. Omissão da prefeitura: MP processará município por não impedir favelização de área de preservação no Leblon. *O Globo*. Publicada em 18/12/2007. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/rio/mat/2007/12/17/327649015.asp>>. Acesso em 18/12/2007

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Conteúdo dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado*. nº 4. 2006.

SUSTEIN, CASS R. Social and Economic Rights? *Lessons from South Africa*. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon?index.html>> Acesso em 03/06/2007.

TASCHNER, Suzana Pasternak. Política Habitacional no Brasil: retrospectivas e perspectivas. In: *Cadernos de Pesquisa do LAP*. nº 21. 1997.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org) *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VERÍSSIMO, Antonio Augusto. Parcelamento informal do solo na cidade do Rio de Janeiro: raízes legais da informalidade. In: COUTINHO, Ronaldo; BONIZZATO, Luigi (Coord). *Direito da Cidade*. Novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007