

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE LIVRE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

João Vicente Padão Rovani

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA

Conteúdo normativo e realização judicial

Porto Alegre

2015

JOÃO VICENTE PADÃO ROVANI

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA

Conteúdo normativo e realização judicial

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Curso de Graduação da Faculdade Livre de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Me. Domingos Sávio Dresch da Silveira

Porto Alegre

2015

JOÃO VICENTE PADÃO ROVANI

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA

Conteúdo normativo e realização judicial

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pelo Curso de Graduação da Faculdade Livre de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Me. Domingos Sávio Dresch da Silveira

Aprovado em 16 de dezembro de 2015.

Professor Mestre Domingos Sávio Dresch da Silveira

Orientador

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

À memória do meu querido amigo e avô

José Lopes Padão.

“Por fim, Sr. Presidente, permita-me uma consideração sobre teoria constitucional. Considero que a discussão que se tem feito ultimamente no Brasil, em termos de uma Constituição alongada, uma Constituição analítica e uma Constituição contida, curta na declaração de direitos, é uma falsa questão, absolutamente despicienda em relação ao que há de mais dramático no terreno da vida, porque uma Constituição não deve ser longa ou curta; deve sim, ser dotada de suficiência constitucional para plasmar o que há de dialético e de dramático na vida social e no embate dos poderosos contra os mais fracos. Por isso, esta Constituição não deve ter comedimento ou parcimônia ao declarar os direitos fundamentais, como, no caso, o são os dos favelados à moradia e o dos trabalhadores ao primado do trabalho sobre o capital”.

Carlos Roberto Siqueira Castro, em discurso na Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte, realizada em 27 de agosto de 1987.

RESUMO

A inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais contidos no artigo 6º da Constituição Federal deu força argumentativa à possibilidade de sua exigibilidade em face do Poder Judiciário, o que restou empiricamente evidenciado pelo aumento do número de ajuizamentos nesta seara – muito embora sua jusfundamentabilidade já estivesse contida no texto original promulgado em 1988. Este trabalho possui por escopo a verificação, por meio de revisão bibliográfica e, subsidiariamente, jurisprudencial, da possibilidade de exigir-se o cumprimento de prestações materiais derivadas do direito à moradia em face do Poder Judiciário. Inicialmente é realizada uma análise do direito à moradia quanto à sua posituação nas esferas internacional e constitucional, seguido de um exame do seu conteúdo normativo. Observa-se, a seguir, diferentes posições doutrinárias acerca da possibilidade de realização judicial dos direitos prestacionais, empregando para tanto o método dialético. Em seguida, estuda-se com mais profundidade a teoria dos princípios de Robert Alexy, considerada aqui como a mais adequada para a compreensão do *ius*. Por derradeiro, analisa-se a questão da reserva do possível, que é a restrição mais corrente quanto ao direito à moradia, abarcando inclusive o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Direito à moradia; Judicialização; Teoria dos princípios; Direitos sociais; Reserva do possível.

ABSTRACT

The inclusion of the right of housing in the list of the fundamental rights contained in the 6th Article of the Federal Constitution gave argumentative strength to the possibility of its enforceability by the Judiciary. That was empirically highlighted by the number of prosecutions associated to this right – nevertheless its fundamentability was already included in the original text promulgated in 1988. The scope of this study is to verify, by literature review and, subsidiarily, jurisprudential, the possibility of requiring the fulfillment of material benefits derived from the right to housing in the face of the Judiciary. First, an analysis of the right to housing in regard to their affirmation in international and constitutional spheres is made, followed by an examination of its normative content. After that, different doctrinal positions about the possibility of judicial realization of rights to provide are analyzed, using the dialectical method. Then we study more deeply Robert Alexy's principle theory, considered here as the most appropriate for understanding the main subject. Finally, the issue of the most common restriction on the right to housing, *the limits of the possible*, is explored, including the understanding of the Federal Supreme Court.

Keywords: Right of housing; Judicialization; Principle theory; Social Rights; Limits of the possible.

SUMÁRIO

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | INTRODUÇÃO | 8 |
| 2 | CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA | 11 |
| 2.1 | CONTEÚDO NORMATIVO E JUSFUNDAMENTALIDADE | 11 |
| 2.2 | OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO DIREITOS HISTÓRICOS | 13 |
| 2.3 | O RECONHECIMENTO NORMATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 18 |
| 2.4.1 | ESFERA INTERNACIONAL | 18 |
| 2.4.1.1 | <i>Direitos fundamentais em geral</i> | <i>18</i> |
| 2.4.1.2 | <i>Direito à moradia em específico</i> | <i>19</i> |
| 2.4.2 | ESFERA CONSTITUCIONAL | 23 |
| 2.4.2.1 | <i>Conteúdo do texto originário da Constituição.....</i> | <i>24</i> |
| 2.4.2.2 | <i>Inclusão do direito à moradia no rol do art. 6º da Constituição Federal</i> | <i>26</i> |
| 2.4.3 | CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À MORADIA | 31 |
| 3 | REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À MORADIA DIGNA | 40 |
| 3.1 | MODELOS TEÓRICOS | 40 |
| 3.2 | A TEORIA DOS PRINCÍPIOS | 44 |
| 3.2.1 | REGRAS E PRINCÍPIOS | 44 |
| 3.2.1.1 | <i>Pressupostos contidos em Dworkin.....</i> | <i>44</i> |
| 3.2.1.2 | <i>Regras e princípios em Alexy.....</i> | <i>46</i> |
| 3.2.1.3 | <i>A lei de ponderação.....</i> | <i>48</i> |
| 3.2.1.4 | <i>O carácter prima facie das regras e dos princípios.....</i> | <i>48</i> |
| 3.2.2 | AS NORMAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS | 49 |
| 3.2.3 | O EXAME DA PROPORCIONALIDADE..... | 51 |
| 3.2.3.1 | <i>Subprincípio da adequação.....</i> | <i>52</i> |
| 3.2.3.2 | <i>Subprincípio da necessidade ou exigibilidade</i> | <i>52</i> |
| 3.2.3.3 | <i>Subprincípio da proporcionalidade stricto sensu</i> | <i>53</i> |
| 3.2.4 | A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS | 54 |
| 3.3 | A RESERVA DO POSSÍVEL | 55 |
| 4 | CONCLUSÃO | 61 |
| 5 | BIBLIOGRAFIA | 63 |

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é uma nação que, em sua efêmera história republicana, experimentou crises e tensões políticas, sociais ou econômicas amiúde. A fim de se restabelecer o progresso e a prosperidade, uma diversidade de ações foram propostas e executadas, de acordo com as particularidades de cada época e as possibilidades de execução pelos respectivos agentes econômicos. Historicamente, tais políticas adotadas atingiram de maneira mais intensa os cidadãos que estão inseridos em um contexto de vulnerabilidade econômica, de forma a preservar o capital financeiro e seus gestores.

É sabido que o Brasil é, desde sua gênese, uma nação das mais desiguais social e economicamente. Apesar de este contexto histórico remanescer ao presente, certo esforço foi empreendido, no âmbito jus-político, no sentido de criar mecanismos de mitigação desta desigualdade, estabelecendo-se novos direitos e linhas gerais de atuação estatal; tal é a principiologia contida na Constituição Federal de 1988, não por acaso chamada de Constituição Cidadã. Em matéria de direitos sociais, um dos avanços mais relevantes dá-se com a inclusão do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais contidos no artigo 6º da Constituição Federal e com o posterior estabelecimento de uma série de novas ferramentas e mecanismos para assegurar o cumprimento do seu conteúdo normativo, notadamente a habitação e moradia digna e universal. Com efeito, a imagem mais representativa da miséria que assola os centros urbanos brasileiros é a da população em situação de rua. Um indivíduo sem moradia é um indivíduo sem dignidade. Fomos ensinados a ignorar esse contingente populacional, ideia que nos é reforçada diariamente, de forma a relegar sua existência ao limbo da invisibilidade. No âmbito desta discussão, a adoção pelo constituinte de dispositivos que permitem uma análise do contorno normativo do direito à moradia, tais quais a ideia de possuir a propriedade uma função social que compõe um de seus elementos constitutivos e cuja importância é elevada, no dispositivo constitucional, ao patamar do próprio direito à propriedade; as condições dignas de habitação enquanto um dos elementos que servem de parâmetro para a fixação do salário mínimo nacional; as competências constitucionais expressas relativas aos programas habitacionais; a garantia do usucapião especial para fins de moradia, denotam o avanço jurídico em matéria de justiça social. Seguiu-se à Carta Magna uma série de diplomas normativos contendo previsões similares, notadamente o novo Código Civil e o Estatuto da Cidade.

A segunda década do século XXI trouxe consigo uma crise econômica de impacto global, no Brasil ensejadora, como antes foram tantas outras, de políticas protecionistas cujas consequências mais severas voltaram-se à população de baixa renda. Os preparativos para a Copa do Mundo de Futebol de 2014 trouxeram realocações forçadas e um processo de higienização social nos centros urbanos que deram o tom da política urbanística pátria adotada hodiernamente. O uso da soberania estatal a título de intervenção no direito de posse e de propriedade foi exercido em prol dos grandes empresários e em detrimento da população. A política econômica atualmente adotada, sobretudo no que concerne aos chamados "ajustes fiscais", em todas as esferas federativas, segue a mesma linha: arrochos salariais, supressão de direitos trabalhistas e previdenciários, aumento da carga tributária sobre bens de consumo, cortes orçamentários nas políticas sociais, sucateamento de escolas e hospitais, parcelamento de vencimentos. O desemprego, acompanhado pelo aprofundamento da precarização das relações de trabalho, agrava a vulnerabilidade do contingente excluído das benesses do capitalismo atual. Entre os anos de 1991 e 1997, “as metrópoles brasileiras perderam 4% dos seus empregos, registraram uma queda de 28% de trabalhadores com carteira assinada e um aumento de 27% de trabalhadores sem carteira”.¹

Em matéria de habitação, os indicadores demonstram situação paupérrima. Em todo o país, apenas 62,6% das residências situadas em áreas urbanas contam com acesso simultâneo a serviços de saneamento básico (acesso à água potável e à rede de esgoto sanitário) e coleta de lixo. Das famílias que percebem, mensalmente, até $\frac{1}{2}$ salário mínimo *per capita*, apenas 41,3% moram em locais que há acesso a estes serviços; 77,5% das famílias que contam com mais de 2 salários mínimos *per capita* a cada mês, por outro lado, estão integradas nessas redes de serviços. Os números alarmam não apenas por demonstrar a vertente desigualdade social que nos assola, mas também por assinalar que as políticas públicas, sequer, contemplam as populações mais abastadas. Os índices regionais causam ainda mais espanto: a taxa de domicílios contemplados, na Região Nordeste, cai para 37,0%, e na Região Norte para deploráveis 13,7%.²

Qual o papel do jurista diante de um quadro fático tão escatológico? A clássica passagem escrita por Norberto Bobbio retorna à memória de maneira retumbante: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los,

¹ ROLNIK, R. . **Política urbana no Brasil: esperança em meio ao caos?**. Revista da ANTP, São Paulo, 2003.

² PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS 2010. Brasil. Rio de Janeiro: **IBGE**, v. 27, 2010, p. 82. Disponível em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45700.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2015.

mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.” A filosofia, contudo, e em particular a filosofia jurídica, deve servir de instrumento para a compreensão e efetivação dos valores democraticamente consubstanciados nas normas constitucionais; em última instância, deve servir à vontade do povo: é o direito que deve servir à sociedade, e não o contrário.

Dado que consideramos (i) a problemática dos direitos fundamentais, sobretudo, enquanto uma questão jurídica, pois vinculativa, e que a análise dos seus deslindes normativos é imprescindível para a sua concretização (ii) a efetivação do direito à moradia digna como uma das principais promessas arguidas na Constituição Federal ainda pendente de cumprimento por parte do Poder Executivo em todas as esferas federativas, de acordo com suas respectivas competências; (iii) que há, nestes tempos de crise econômica, um retrocesso na maneira como o Estado brasileiro vem implantando suas políticas urbanísticas; e (iv) o ensino jurídico, de características manualísticas, distante da realidade social e direcionado para uma perspectiva mercadológica de Direito, esta pesquisa buscará investigar o conteúdo normativo do direito à moradia e a possibilidade deste conteúdo ser exigível perante o Poder Judiciário. Para tanto, uma investigação da doutrina jurídica será levada a cabo a partir da revisão bibliográfica de autores nacionais e estrangeiros; particularmente quanto à questão da judicialização dos direitos fundamentais, examinar-se-á com minúcias a teoria dos princípios de Robert Alexy, adotada aqui como referencial teórico. Por outro lado, análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não será olvidada. No primeiro capítulo será realizada uma análise da jusfundamentalidade dos direitos sociais, a partir de uma compreensão destes enquanto direitos históricos, da positivação destes direitos e do direito à moradia em especial. A seguir, é feita uma apreciação do conteúdo do texto constitucional originário, a fim de ver se nele estava contemplado o direito à moradia, antes de sua prescrição explícita obtida através da Emenda Constitucional nº 26, de 2000. Segue-se a isto um exame acurado do seu conteúdo normativo, com especial atenção às considerações do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas. No segundo capítulo observar-se-á as diferentes posições doutrinárias acerca da possibilidade de realização judicial dos direitos prestacionais, empregando para tanto o método dialético, detendo-se ao estudo aprofundado da teoria dos princípios de Robert Alexy. Por derradeiro, analisa-se a questão da reserva do possível, entendida aqui como a mais recorrente restrição aos direitos fundamentais, abarcando inclusive o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

2 CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA

2.1 CONTEÚDO NORMATIVO E JUSFUNDAMENTALIDADE

A primeira preocupação que se deve ter ao tratar dos direitos humanos fundamentais é a de não fazer de seu conteúdo um axioma; deve-se tomar o cuidado de circunscrever desde logo a jusfundamentalidade deste direito, ou *o que caracteriza um direito como humano e fundamental*. E esta não é uma tarefa das mais singelas; as questões mais complexas apresentam-se, à primeira vista, como as mais simples. São conhecidas as considerações de Santo Agostinho a propósito do tempo:

Que é, pois, o tempo? Quem poderia explicá-lo de maneira breve e fácil? Quem pode concebê-lo, mesmo no pensamento, com bastante clareza para exprimir a ideia com palavras? E, no entanto, haverá noção mais familiar e mais conhecida usada em nossas conversações? Quando falamos dele, certamente compreendemos o que dizemos; o mesmo acontece quando ouvimos alguém falar do tempo. Que é, pois, o tempo? Se ninguém me pergunta, eu sei; mas se quiser explicar a quem indaga, já não sei¹.

Felizmente, as teorias jus-políticas não possuem o mesmo grau de complexidade que possuem as referentes à natureza do tempo, o que permitiu que se formasse um corpo de conhecimento acerca do conceito de direito humano fundamental.

O uso das terminologias *direitos humanos* e *direitos do homem* é mais frequente entre os autores anglo-americanos e latinos; já os publicistas alemães preferem a expressão *direitos fundamentais*². Em seu *Direito Constitucional*, José Canotilho dedica todo um subcapítulo para tratar de classificações doutrinárias e históricas que circundam a temática dos direitos fundamentais. A primeira distinção que o autor trás é, justamente, a entre *direitos do homem* e *direitos fundamentais*:

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-

¹ AGOSTINHO, S. Confissões. **Coleção os pensadores**, vol. VII. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril cultural, 1980, p. 264.

² BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 278.

temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta³.

Por outro lado, é frequente utilização da expressão *direitos humanos* na esfera do direito internacional⁴, sobretudo por esta disciplina almejar o reconhecimento destes direitos a todo o género humano, assim universalizando-os⁵. Percebemos, pois, que as distinções que se faz entre uns e outros não adentram ao conteúdo destes direitos, que são, na sua essência, os mesmos. Neste sentido, afirma Ingo Sarlet:

Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas.⁶

Portanto, a análise a ser feita diz respeito ao conteúdo que possui a jusfundamentalidade destes direitos. José Afonso da Silva, que prefere unir ambos os termos em *direitos fundamentais do homem*⁷, compreende que a sua concretização garante:

[...] uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive.⁸

No mesmo sentido está o pensamento do publicista alemão Konrad Hesse:

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre, e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos,

³ CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 517. No mesmo sentido, COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 239.

⁴ SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 7ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 157.

⁵ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 29.

⁶ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 35.

⁷ Expressão que doravante se utilizará, flexionada na forma *direitos humanos fundamentais*.

⁸ SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 178.

sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade.⁹

De forma que, ao cabo, podemos entender os direitos humanos fundamentais como instrumentos hábeis a tutelar as mais vitais necessidades dos seres humanos – não de um grupo específico, mas de todos eles. Ainda que os recursos aptos a satisfazer tais necessidades variem conforme o contexto social em que estes indivíduos estão inseridos, o âmago de suas indigências é comum a toda humanidade, pois deriva da própria condição humana¹⁰. É claro, esses direitos não protegem a totalidade de necessidades vitais, uma vez que as pessoas conseguem atender certas delas de maneira satisfatória sem correrem perigo ou precisarem de auxílio; por isso os direitos humanos fundamentais são instrumentos de tutela:

Onde há uma necessidade não atendida ou ameaçada amiúde surge um requerimento em face aos demais. Em linguagem moderna, os direitos são precisamente isto: uma exigência, uma pretensão dirigida ao poder público para que se tutelem, inclusive perante terceiros, determinados interesses ou necessidades consideradas vitais. Às vezes, por meio de prestações positivas, fazendo algo; às vezes, por prestações negativas, deixando de agir de uma forma que possa prejudicar a necessidade em questão. A percepção de uma necessidade não atendida ou ameaçada, em consequência, pode conduzir à formulação de um direito.¹¹

2.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS ENQUANTO DIREITOS HISTÓRICOS

Desde o ponto de vista apresentado no ponto anterior, podemos compreender os direitos humanos fundamentais, sobretudo, enquanto *direitos históricos*, isto é, cujo nascimento é fruto das lutas e reivindicações sociais e ocorre de forma gradual, conforme surjam, do seio de atritos sociais, novas ameaças à liberdade do homem ou novas soluções para as suas necessidades¹².

⁹ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos Almeida, Gilmar Mendes e Inocência Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33.

¹⁰ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 23.

¹¹ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 24. O original está em espanhol (tradução nossa): “Sin embargo, allí donde existe una necesidad insatisfecha o amenazada suele suscitarse un reclamo frente a los demás. En el lenguaje moderno, los derechos son precisamente eso: una exigencia, una pretensión dirigida al poder público para que tutele, incluso frente a los demás, ciertos intereses o necesidades considerados vitales. A veces, mediante acciones positivas, haciendo algo; a veces, de manera negativa, absteniéndose de actuar en un sentido que pueda menoscabar la necesidad en cuestión.”

¹² BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

[...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem — que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens — ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. [...] Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios¹³.

Desta sorte, se pode compreender o desenvolvimento dos direitos fundamentais em sucessivas gerações, cujas características jurídicas estavam, inicialmente, bastante definidas. Sua divisão clássica se dá em pelo menos três gerações ou dimensões¹⁴:

- a) a primeira geração, dos direitos de liberdade ou direitos civis e políticos, que compreendem os direitos do indivíduo perante o Estado. Possuem fundamento nos ideais iluministas dos séculos XVII e XVIII, especialmente no pensamento de autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Kant, portanto direitos propostos num contexto liberal-burguês que buscava assegurar as conquistas revolucionárias em relação ao modelo estatal absolutista de outrora. Dessa forma, se caracterizam por serem direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, garantindo ao cidadão uma esfera de autonomia privada na qual o Poder Público não pode adentrar. São, portanto, direitos de cunho negativo, na medida em que prescrevem para o Estado um dever de abstenção, uma omissão, um não-agir¹⁵;
- b) a segunda geração, dos direitos de igualdade ou direitos sociais, exigem um comportamento ativo do Estado, na medida em que exigem não uma abstenção, mas sim uma atitude ativa por parte da máquina estatal, a qual encube promovê-los. São direitos, pois, que se efetivam por intermédio do Estado. Surgem conforme se avultam os gravames socioeconômicos trazidos pela Revolução Industrial, mediante a percepção de que os direitos de primeira geração não garantem, por si só, o pleno gozo da liberdade, contando ainda com a influência da doutrina socialista que estava em pleno advento. Quando se refere a estes como

¹³ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

¹⁴ Segundo Ingo Sarlet (2008, p. 52), “o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais.”

¹⁵ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54.

direitos de igualdade, deve-se entender igualdade em sentido material, até porque a igualdade formal já estava prevista, de certa forma, no arcabouço dos direitos de liberdade. Concretizam-se a partir de um comportamento ativo do Estado, e portanto exigem deste prestações positivas, a partir de um fazer; concretização em forma de ações.¹⁶ No seio dos direitos sociais está enquadrado o direito à moradia.

- c) a terceira geração, dos direitos de fraternidade ou de solidariedade, é caracterizada principalmente pela sua conotação transindividual, extrapolando a esfera de proteção individual e adquirindo caráter de direitos coletivos ou difusos. Seu destinatário, pois, torna-se o “gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”;¹⁷ são eles, dentre outros, os concernentes ao desenvolvimento, ao meio-ambiente, à comunicação, ao patrimônio comum da humanidade. Nasceram das vicissitudes do final do século, com o advento da terceira revolução industrial e a entrada da humanidade na era da informática. Enquanto direitos transindividuais, têm a peculiaridade de ter como destinatário uma própria nação, que é o caso, por exemplo, do direito à autodeterminação dos povos. Sua positivação constitucional é, quando muito, recente, possuindo maior reconhecimento na esfera internacional.¹⁸ São caracterizados, por fim, por serem direitos que comportam tanto prestações positivas quanto negativas.¹⁹

Esta classificação, hoje, comporta novas nuances; há autores que falam em uma quarta geração de direitos fundamentais²⁰, e até mesmo em uma quinta geração, a do direito à paz.²¹ Quanto aos direitos que compõe cada geração, é perceptível serem eles produtos dos ideais consubstanciados dos grupos predominantes da época em que foram reconhecidos, o que se explica pelo seu caráter eminentemente histórico, conforme visto. Neste aspecto, ressonante são as palavras de Marx e de Engels:

¹⁶ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55-56.

¹⁷ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 588.

¹⁸ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 54-58.

¹⁹ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

²⁰ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 58-59.

²¹ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 598 et seq.

Os pensamentos da classe dominante são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes; em outras palavras, a classe que é o poder material dominante numa dada sociedade é também ao poder espiritual dominante. A classe que dispõe dos meios da produção material dispõe também dos meios da produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles aos quais são negados os meios de produção intelectual está submetido também à classe dominante. Os pensamentos dominantes nada mais são do que a expressão ideal das relações materiais dominantes; eles são essas relações materiais dominantes consideradas sob forma de ideias, portanto a expressão das relações que fazem de uma classe a classe dominante; em outras palavras, são as ideias de sua dominação. [...] Admitamos que, no modo de conceber a marcha da história, as ideias da classe dominante sejam desvinculadas dessa mesma classe e ganhem autonomia. Suponhamos que fiquemos apenas no fato de terem estas ideias dominado em tal época, sem nos preocuparmos com as condições da produção nem com os produtores dessas ideias, abstraindo-nos portanto dos indivíduos e das circunstâncias mundiais que estão na base dessas ideias. Então poderemos dizer, por exemplo, que no tempo em que imperava a aristocracia imperavam os conceitos de honra, fidelidade, etc. e que, no tempo em que dominava a burguesia, imperavam os conceitos de liberdade, igualdade etc.²²

Esta clássica divisão em gerações apresenta-se, à primeira vista, demasiada heterogênea, isto é, contendo “direitos que são incompatíveis entre si, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros”.²³ Isto é devido, em grande monta, ao caráter histórico do reconhecimento de cada grupo de direitos, mormente por estarem baseados em ideais em grande medida contrapostos.²⁴ Desta forma, é compreensível, por exemplo, a incompatibilidade *prima facie* do direito à moradia que possui um proprietário de imóvel residencial em face do direito de propriedade e de segurança jurídica de um eventual exequente que faça pedido de penhora.²⁵ E, em que pese ser caso em que a atuação do Estado mantém-se mais coerente, poder-se-ia falar em incompatibilidade entre direitos de uma mesma geração (v.g., liberdade de expressão de um discursante em face ao direito à manifestação de determinado grupo, na hipótese de ambos os fatos ocorrerem simultaneamente no mesmo local – muito comum em épocas eleitorais), ou mesmo entre duas facetas de um mesmo direito – é o caso da repartição de medicamentos, por exemplo, em não havendo medicação disponível para todos aqueles que as necessitem.²⁶

²² MARX, K.; ENGELS, F. **A ideologia alemã**. Tradução de Luis Carlos de Castro e Costa. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 48-50.

²³ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24.

²⁴ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

²⁵ Trata-se do caso debatido no RE nº 407.688-8.

²⁶ Por mais que se tenham critérios de justiça distributiva moralmente aceitos que poderão resolver um problema deste tipo, a contraposição dos interesses é inegável, principalmente por tais critérios estarem, em princípio, no campo da Moral, e não do Direito.

Esta aparente incompatibilidade tem sido redimensionada, a começar porque a forma como se tem concebido esta classificação tem mudado com o passar do tempo. Tem-se amplamente aceitado que os direitos de liberdade comportam também prestações positivas, e que os direitos sociais comportam também prestações negativas, admitindo-se que os direitos fundamentais formam, todos eles, um complexo heterogêneo de direitos (e deveres correlatos) negativos e positivos²⁷. De qualquer forma, e em que pese estarem as ideias que embasaram o florescer destes direitos fulcradas em determinadas linhas de pensamento, no momento em que estes são positivados daquelas desvinculam-se, tendo valor normativo próprio; não há de se falar em uma interpretação de acordo com a vontade do legislador.

De fato, uma vez posta em vigor, a lei se desprende do complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores. Isso é tanto mais verdade quanto mais se distancie no tempo o início da vigência da lei. O intérprete, ensinou Ferrara, deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis*, e não a *mens legislatoris*.²⁸

A interpretação do conteúdo dos direitos humanos fundamentais vai, pois, mudando conforme mudam-se os valores da época, o contexto político, as possibilidades econômicas, os atores sociais e, até mesmo, conforme o local em que se os pondera, evoluindo, enfim, através de uma “mutação hermenêutica e da criação jurisprudencial”.²⁹ E não se pode olvidar a lição de Gadamer, no sentido de que “todo ponto de vista humano tem algo de aleatório. O modo como alguém experimenta o mundo, pela visão, pelo ouvido e sobretudo pelo gosto permanece um mistério intransponível”.³⁰

Este *aggiornamento*, contudo, não elimina por completo as incoerências inatas a essa metodologia classificatória, por vezes até deixanado de contribuir para um manuseio apropriado das situações que envolvam direitos contrapostos, de modo que há autores que até mesmo rechaçam essa estrutura classificatória.³¹ É por isso que, mais do que ter esta noção, é preciso alinhar este conhecimento com uma teoria que permita aos direitos sociais, quando em colisão, restringirem-se sem perder coerência e normatividade. É justamente isto que discutir-se-á na sessão 3.

²⁷ LINS JÚNIOR, G. S. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**: Maceió, v. 1, p. 15-90, 2005.

²⁸ BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 113.

²⁹ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 61.

³⁰ GADAMER, H.-G. **Verdade e método**. Tradução de Enio Paulo Gianchini. Petrópolis: Vozes, v. II, 2004, p. 246.

³¹ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 65-66.

2.3 O RECONHECIMENTO NORMATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.4.1 ESFERA INTERNACIONAL

2.4.1.1 Direitos fundamentais em geral

O pensamento jurídico contemporâneo predominante rechaça a ideia de direitos naturais, metafísicos, compreendendo os direitos humanos fundamentais enquanto figuras deônticas situadas no plano normativo, e que, portanto, necessitam estar positivados³². Todavia, tanto a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* quanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos tem somente valor declaratório, não instituindo direitos positivos. A declaração francesa foi escrita dessa forma por ter sido concebida no seio dos ideais jusnaturalistas, cujos pressupostos indicam que o conteúdo dos direitos declarados, “naturais e evidentes à razão”, limitadores da soberania estatal, é pré-existente, não precisando ser reconhecido mas apenas declarado. Apenas por terem esta característica de pré-existência, possuem já efeitos jurídicos vinculantes³³.

A declaração de 1948, por outro lado, foi estruturada desde o princípio de forma a ser um instrumento sem valor vinculante, que não obriga juridicamente os Estados ao seu cumprimento, em função das tensões políticas instaladas neste peculiar momento da história em que as forças internacionais reestruturavam-se após a queda do nazi-fascismo, de forma que não é um tratado e possui apenas valor de recomendação. Desde o momento de concepção da Declaração havia a previsão de que seria criado um documento posterior que lhe fosse juridicamente mais vinculante, previsão que foi concretizada através dos dois Pactos de 1966: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, referente aos direitos de primeira geração, e o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, referente aos direitos de segunda geração. Desde este ponto de vista, recomendar tais direitos, ao invés de obrigar-se para com eles, importa dar-lhes maior amplitude e reconhecimento: embora a Declaração tenha sido aprovada por unanimidade, o bloco de países socialistas, dentre outros, absteve-se de votar, em razão de não partilharem, à época, de todas as

³² Por exemplo, em Bobbio (2004, p. 38): “‘Direito’ é uma figura deôntica e, portanto, é um termo da linguagem normativa, ou seja, de uma linguagem na qual se fala de normas e sobre normas. A existência de um direito, seja em sentido forte ou fraco, implica sempre a existência de um sistema normativo, onde por ‘existência’ deve entender-se tanto o mero fato exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação.”

³³ MATTEUCCI, N. Direitos Humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 354.

convicções declaradas – principalmente no que tange ao reconhecimento do direito à propriedade (art. 17), motivo pelo qual este acabou não figurando em nenhum dos dois Pactos. De toda sorte, a doutrina hodierna considera os direitos reconhecidos na Declaração Universal enquanto princípios gerais do direito ou como direito costumeiro, contidos no arcabouço das normas imperativas do direito internacional, as *ius cogens*³⁴.

Outros diplomas que reconhecem direitos humanos, via de regra, vinculam os Estados signatários ao seu cumprimento, pois as obrigações, no plano internacional, advêm do antigo princípio *pacta sunt servanda*³⁵ – o que justifica, inclusive, a possibilidade dos signatários fazerem ressalvas. Justamente para que essas obrigações que os Estados assumem não fiquem apenas num plano programático se inclui amiúde nos diplomas internacionais a obrigação de internalizá-los, isto é, positiva-los no ordenamento jurídico interno de cada signatário, tal como está posto no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos³⁶. Dá-se preferência, sobretudo nas constituições rígidas, para que esta internalização aconteça em nível constitucional, conforme explica Pisarello³⁷:

Así, aunque la configuración legal o reglamentaria sean en último término indispensables para detallar y especificar el régimen de protección de cualquier derecho, la constitucionalización comporta un elemento central para identificar, al menos de manera embrionaria, el contenido irrenunciable, inviolable, de dicho derecho y los ámbitos en que una demana ante los tribunales tendría más facilidades para prosperar.

2.4.1.2 Direito à moradia em específico

A necessidade de abrigar-se, de ter um teto, um local protegido de intempéries e de agentes agressores externos, ainda que temporária, sempre foi uma necessidade humana – faz parte das condições de subsistência do homem. De toda sorte, isso não impediu que o seu reconhecimento se desse apenas tardiamente; com efeito, suas primeiras aparições em nível

³⁴ COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 237 et seq; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004, p. 870.

³⁵ REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, P. 166.

³⁶ “[...] a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos, como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.”

³⁷ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 46-47.

Constitucional ocorrem em 1917 no México e em 1919 na Alemanha (Weimar)³⁸ – advindas, portanto, do déficit habitacional gerado pela Primeira Guerra Mundial³⁹. De forma similar, após a Segunda Guerra Mundial a Organização das Nações Unidas compromissou-se a “realizar uma mais estreita cooperação e solidariedade internacional, [em] que foi possível a criação de um perfil de ação internacional pela promoção e tutela do homem enquanto tal”⁴⁰, que ficou consubstanciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No que diz respeito ao tratamento internacional do direito à moradia, os tratados acabam servindo mais para reconhecê-lo como direito do que para definir o seu conteúdo; o mais importante tratado que trata sobre o assunto, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tem esse status não pelo seu conteúdo, mas justamente por conta das Observações Gerais, exaradas pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas, que visam definir os direitos ali reconhecidos. No nosso caso, há a Observação Geral nº 4 sobre o direito a uma moradia digna e a Observação Geral nº 7 sobre desalojamentos forçados, cujo conteúdo será analisado adiante. Querendo apresentar um painel claro e comparativo sem, contudo, elaborar um texto enfadonho e raso, como tem sido apresentado em dissertações sobre direitos humanos, procurei sistematizar os diplomas internacionais em um quadro comparativo que transcrevo a seguir⁴¹:

Quadro 1: Pactos internacionais relativos ao direito à moradia

Continua

| Pacto ou Tratado | Data de aprovação | Data em que entrou em vigor | Data em que entrou em vigor no Brasil | Dispositivos pertinentes |
|---|-------------------------|--|--|--|
| Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). ⁴² | 10 de dezembro de 1948. | Não se trata de instrumento jurídico vinculante. | Não se trata de instrumento jurídico vinculante. | Artigo 25, parágrafo 1º Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive [...] habitação. |

Fonte: próprio autor.

³⁸ BORGES, V. V. **Direito fundamental social à moradia**: contornos jurídico-normativos e o papel do Estado na sua efetivação. 2012. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, p. 20.

³⁹ PISARELLO, G. **Vivienda para todos**: un derecho en (de)construcción. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 43.

⁴⁰ MENGOZZI, P. Direitos Humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 355.

⁴¹ Não se quer, com isso, relativizar a importância destes diplomas para o reconhecimento e compreensão dos direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos. Entendo que uma abordagem rasa não condiz com os fins que um trabalho como este possui, servindo antes para confundir o leitor com o excesso de informações; uma abordagem profunda, por outro lado, desviaria do tema central aqui posto (sua judicialização), que pressupõe apenas uma compreensão geral do conteúdo destes diplomas.

⁴² Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>. Acesso em 07 dez. 2015.

Quadro 1: Pactos internacionais relativos ao direito à moradia

Continuação

| Pacto ou Tratado | Data de aprovação | Data em que entrou em vigor | Data em que entrou em vigor no Brasil | Dispositivos pertinentes |
|--|--------------------------|------------------------------------|--|--|
| Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP). ⁴³ | 16 de Dezembro de 1966. | 23 de Março de 1976. | 24 de abril de 1992. | Artigo 17, parágrafo 1º Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em [...] seu domicílio. |
| Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC). ⁴⁴ | 19 de dezembro de 1966. | 3 de Janeiro de 1976. | 24 de abril de 1992. | Artigo 11, parágrafo 1º [...] direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive (...) moradia adequadas. |
| Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. ⁴⁵ | 21 de dezembro de 1965. | 4 de janeiro de 1969. | 04 de janeiro de 1969. | Artigo 5º Os Estados-partes comprometem-se a proibir e a eliminar a discriminação racial em todas suas formas e a garantir o direito de cada um à igualdade perante a lei sem distinção de raça, de cor ou de origem nacional ou étnica, principalmente no gozo dos seguintes direitos: e) direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente: iii) direito à habitação. |
| Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher. ⁴⁶ | 18 de Dezembro de 1979. | 3 de setembro de 1981. | 28 de setembro de 2002. | Artigo 14, alínea 2 Os Estados-partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdades entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular assegurar-lhes-ão o direito a: h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações. |

Fonte: próprio autor.

⁴³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁵ Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=94836> Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm Acesso em 07 dez. 2015.

Quadro 1: Pactos internacionais relativos ao direito à moradia

Continuação

| Pacto ou Tratado | Data de aprovação | Data em que entrou em vigor | Data em que entrou em vigor no Brasil | Dispositivos pertinentes |
|--|----------------------------|-------------------------------|---------------------------------------|--|
| <p>Protocolos adicionais à Convenção de Genebra sobre proteção de civis em tempo de Guerra.⁴⁷</p> | <p>10 de junho de 1977</p> | <p>7 de dezembro de 1978.</p> | <p>5 de novembro de 1992.</p> | <p>Artigo 49</p> <p>A Potência ocupante, ao realizar estas transferências ou evacuações, deverá providenciar, em toda a medida do possível, para que as pessoas protegidas sejam recebidas em instalações apropriadas;</p> <p>Artigo 53</p> <p>É proibido à Potência ocupante destruir os bens móveis ou imóveis, pertencendo individual ou coletivamente a pessoas particulares, ao Estado ou a coletividades públicas, a organizações sociais ou cooperativas, a não ser que tais destruições sejam consideradas absolutamente necessárias para as operações militares;</p> <p>Artigo 85</p> <p>A Potência detentora tem o dever de tomar todas as medidas necessárias e possíveis para que as pessoas protegidas sejam, desde o início do seu internamento, alojadas em prédios ou acantonamentos que ofereçam todas as garantias de higiene e de salubridade e que assegurem uma proteção eficaz contra o rigor do clima e os efeitos da guerra [segue detalhamento extensivo das condições mínimas de adequação];</p> <p>Artigo 134</p> <p>As Altas Partes contratantes esforçar-se-ão, no fim das hostilidades ou da ocupação, por assegurar o regresso de todos os internados à sua última residência ou facilitar o seu repatriamento.</p> |

Fonte: próprio autor.

⁴⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm Acesso em 07 dez. 2015.

Quadro 1: Pactos internacionais relativos ao direito à moradia

Conclusão

| Pacto ou Tratado | Data de aprovação | Data em que entrou em vigor | Data em que entrou em vigor no Brasil | Dispositivos pertinentes |
|--|-------------------------|-----------------------------|---------------------------------------|---|
| Convenção sobre os Direitos das Crianças. ⁴⁸ | 20 de novembro de 1989. | 02 de setembro de 1990. | 23 de outubro de 1990. | Artigo 16, alínea 1 Nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação. Artigo 27, alínea 3 Os Estados-partes, de acordo com as condições nacionais e dentro de suas possibilidades, adotarão medidas apropriadas a fim de ajudar os pais e outras pessoas responsáveis pela criança a tornar efetivo esse direito e, caso necessário, proporcionarão assistência material e programas de apoio, especialmente no que diz respeito à nutrição, ao vestuário e à habitação. |
| Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias. ⁴⁹ | 18 de Dezembro de 1990. | 1 de Julho de 2003. | Ainda não ratificado pelo Brasil. | Artigo 43, alínea 1. Trabalhadores migrantes devem gozar de igualdade de tratamento em relação aos nacionais do Estado do emprego em relação ao (d) Acesso à moradia, incluindo projetos de moradia social, e proteção contra exploração em relação a alugueis. |

Fonte: próprio autor.

2.4.2 ESFERA CONSTITUCIONAL

O direito à moradia está reconhecido expressamente na Constituição Federal brasileira em seu artigo 6º, que elenca os direitos sociais, quais sejam “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.⁵⁰ Não estava presente no texto original promulgado em 1988, sendo posto no

⁴⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm Acesso em 07 dez. 2015.

⁴⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/917816.pdf> Acesso em 07 dez. 2015.

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 dez. 2015.

artigo supracitado quando da edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000. É, entretanto, uma afirmação capciosa a de que o direito à moradia só foi reconhecido constitucionalmente com a entrada em vigor da Emenda nº 26. Isto porque, a partir de uma compreensão sistemática do texto constitucional⁵¹, o direito à moradia está contemplado, de forma global, na redação original através de normas esparsas.

2.4.2.1 Conteúdo do texto originário da Constituição

A inviolabilidade da moradia, direito de liberdade clássico, está contido no art. 5º, inciso XI.⁵² A inviolabilidade da intimidade e da vida privada, do inciso anterior,⁵³ apresenta-se, desde a perspectiva do direito à moradia, como um complemento, na medida em que a moradia é elemento essencial para lhes assegurar – uma moradia adequada, pois, deverá estar adequada para proteger a intimidade e a vida privada de seus ocupantes.

O direito à moradia também aparece como conteúdo disciplinado nos artigos que pertinem à divisão das competências. A Constituição estabelece, como competência exclusiva da União, a criação de diretrizes que irão regular o desenvolvimento habitacional – art. 21, inciso XX⁵⁴ – enquanto que a sua promoção é de competência comum de todos entes federativos, conforme consta no art. 23.⁵⁵ No mesmo sentido é o entendimento de José Afonso da Silva:

O direito à moradia já era reconhecido como uma expressão dos direitos sociais por força mesmo do disposto no art. 23, IX [...]. Ai já se traduzia um poder-dever do Poder Público que implicava a contrapartida do direito correspondente a tantos quantos necessitem de uma habitação. Essa

⁵¹ “Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas ideias que configuram um núcleo irredutível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade [da Constituição] é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior.” (BARROSO, 1999). Ainda, em uma síntese precisa, “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços.” (GRAU, 2005, p. 166).

⁵² “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.” (BRASIL, 1988).

⁵³ “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (BRASIL, 1988).

⁵⁴ “Compete à União [...] instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos.” (BRASIL, 1988).

⁵⁵ “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios [...] promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.” (BRASIL, 1988).

contrapartida é o direito à moradia que agora a E.C. 26, de 14.2.2000, explicitou no art. 6º.⁵⁶

O direito à moradia relaciona-se, ainda, com os direitos dos trabalhadores. O artigo 7º, inciso IV,⁵⁷ quando define os elementos que compõe o valor do salário mínimo cita, expressa e primeiramente, a moradia. No mesmo sentido, o artigo 187, inciso VIII,⁵⁸ ordena que seja levada em conta e com prioridade, quando do planejamento da política agrícola, a habitação do trabalhador rural.

E, como não poderia deixar de ser, a relação de proximidade que possui o direito à moradia com o direito à propriedade está contemplada no texto originário. Enquanto moradia, a propriedade cumpre função individual, e portanto, não lhe sendo imputável restrição por conta da função social.⁵⁹ Desta forma, a vinculação da propriedade à sua função social (artigo 5º, inciso XXIII;⁶⁰ artigo 170, inciso III;⁶¹ artigo 182, parágrafo 2º)⁶², bem como os dispositivos que garantem o usucapião especial urbano (artigo 183)⁶³ e rural (artigo 191)⁶⁴ para fins de moradia, denotam que o conteúdo deste direito já estava contido no texto originário da Constituição.

Segundo outra acepção, o direito à moradia constitui um dos pilares do direito a uma vida digna e adequada, integrando o arcabouço de elementos que constituem o princípio

⁵⁶ SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 315.

⁵⁷ “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...] salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.” (BRASIL, 1988).

⁵⁸ “A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente [...] a habitação para o trabalhador rural.” (BRASIL, 1988).

⁵⁹ GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 235.

⁶⁰ “A propriedade atenderá a sua função social.” (BRASIL, 1988).

⁶¹ “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] função social da propriedade.” (BRASIL, 1988).

⁶² “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.” (BRASIL, 1988).

⁶³ “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.” (BRASIL, 1988).

⁶⁴ “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.” (BRASIL, 1988).

fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição desde seu texto originário e, por isto, contemplado desde o princípio. Esta é a posição de Ingo Sarlet:

Além disso, sempre haveria como reconhecer um direito fundamental à moradia como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal), já que este reclama, na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade e do assim chamado mínimo existencial. Neste contexto, vale sempre lembrar exemplo garimpado do direito comparado, designadamente da jurisprudência francesa, de onde extraímos importante aresto do Conselho Constitucional (Decisão nº 94-359, de 19.01.95), reconhecendo que a possibilidade de toda pessoa dispor de um alojamento decente constitui um valor de matriz constitucional, diretamente fundado na dignidade da pessoa humana, isto mesmo sem que houvesse previsão expressa na ordem constitucional.⁶⁵

De forma que podemos concluir que a carência que há no texto original da Constituição diz respeito ao reconhecimento expresso do direito à moradia enquanto um direito fundamental. Entretanto, sua jusfundamentalidade já está contida e positivada no texto original, ao menos de maneira implícita. De outra sorte, já era o Brasil, à época da promulgação da Constituição, signatário de diplomas internacionais que reconhecem o direito à moradia como um direito humano fundamental. Assim, o texto originário reconhece-o de maneira direta e integral, por força do §2º do art. 5º,⁶⁶ cuja aplicabilidade é imediata.⁶⁷

2.4.2.2 *Inclusão do direito à moradia no rol do art. 6º da Constituição Federal*

É perceptível na Constituição de 1988 certo esmero na consagração de direitos de cunho habitacional, quando comparada às suas antecessoras, que são, neste particular, deveras pobres. O reconhecimento do direito à moradia e de seus direitos correlatos não fazem parte da tradição constitucional brasileira. De fato, o único que está presente em todas as

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 690-691.

⁶⁶ “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.” (BRASIL, 1998). Em dezembro de 2008 o Supremo Tribunal Federal adotou interpretação, no Recurso Especial nº 34.9703, no sentido de que “o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão” (RE 349703, Carlos Britto, STF.).

⁶⁷ Conforme o art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” (BRASIL, 1988).

constituições brasileiras, desde a Constituição Imperial (1824), é o da inviolabilidade da moradia, hoje posto no art. 5º, XI. Nas Constituições de 1934 e de 1937 há a previsão da usucapião em razão de trabalho e de moradia, nos art. 125 e 148, respectivamente. Na Constituição de 1946 há a previsão de isenção tributária para artigos classificados como o “mínimo indispensável à habitação vestuário, alimentação e tratamento médico das pessoas de restrita capacidade econômica”, no art. 15, §1º; e, no art. 156, §1º, há a garantia, a quem tiver a posse de terras devolutas, do direito de preferência de aquisição, contanto que nestas terras tiver estabelecido moradia.

É preciso sublinhar, todavia, que a ausência de referência expressa ao direito à moradia no texto constitucional originário foi uma consciente escolha política do constituinte. Com efeito, havia extensa disposição reconhecendo os direitos habitacionais já no anteprojeto constitucional Afonso Arinos, elaborado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais criada pelo Decreto nº 91450 de 18 de julho de 1985, cuja presidência estava a cargo do jurista homônimo. Em seu art. 342, que inaugura o Título IV - da Ordem Social, o direito à moradia aparece como um de seus *princípios*:

Art. 342 – A ordem social tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

VI – direito a moradia de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto;⁶⁸

Mas o anteprojeto aprofunda-se ainda mais na garantia da moradia enquanto direito, ao dedicar-lhe um capítulo inteiro, a saber:

CAPÍTULO V DA MORADIA

Art. 368 – É garantido a todos o direito, para si e para a sua família, de moradia digna e adequada, que lhes preserve a segurança, a intimidade pessoal e familiar.

Art. 369 – Os Poderes Públicos promoverão e executarão planos e programas habitacionais que visem a impedir a especulação imobiliária; a promover a regularização fundiária e a desapropriação das áreas urbanas ociosas; a urbanizar áreas ocupa das por população de baixa renda; e a apoiar a iniciativa privada e das comunidades locais, a autoconstrução e as cooperativas habitacionais.

Art. 370 – Das contribuições sociais arrecadadas das empresas, destinará a lei determinada percentagem, que ficará retida com o próprio contribuinte e administrada por uma comissão paritária composta de representantes do

⁶⁸ Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 20/10/2015.

empregador e de seus empregados, sujeita à fiscalização dos órgãos públicos competentes, com a finalidade de formar um fundo a ser aplicado na construção de moradias e na prestação de serviços assistenciais aos trabalhadores.

§ 1º – A administração paritária será gratuita, como serviço relevante e de fim social.

§ 2º – A lei estabelecerá níveis de remuneração, tempo de serviço ao mesmo empregador e número de dependentes, para, segundo estes critérios, distribuir proporcionalmente entre os empregados as moradias e demais benefícios aos de renda mais baixa em maiores encargos domésticos⁶⁹.

O anteprojeto Afonso Arinos jamais foi oficialmente remetido ao Congresso Nacional, em razão das tensões sociais existentes naquele delicado momento de transição política⁷⁰. Apesar disto, os constituintes possuíam total acesso à íntegra do texto, que fora publicado no Diário Oficial da União em 26 de setembro de 1986 e serviu de inspiração para muitos congressistas – o próprio presidente da comissão, Afonso Arinos, ocupou o cargo de presidente da Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte.

Os anais da Assembleia Nacional Constituinte dão conta de que ocorreu, efetivamente, largo debate sobre o reconhecimento constitucional do direito a moradia, no âmbito da Subcomissão da Questão Urbana e Transportes, da Comissão da Ordem Econômica e, por derradeiro, da Comissão de Sistematização. Houve, ademais, duas emendas populares que trataram, dentre outros temas, do reconhecimento do direito à moradia – a emenda 63, patrocinada pela Federação Nacional dos Engenheiros, pela Federação Nacional dos Arquitetos e pelo Instituto dos Arquitetos do Brasil, que contou com 133.086 assinaturas, e a emenda 115, patrocinada pela Confederação Nacional das Associações de moradores (CONAM), pela Federação das Associações de Moradores de Belo Horizonte e pela Federação das Associações de Moradores do Estado de Santa Catarina, assinada por 30.398

⁶⁹ Disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>. Acesso em 20/10/2015

⁷⁰ A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, em que pese seu carácter evidentemente pluralista (era composta por 50 integrantes, dentre eles o empresário Antônio Ermírio de Moraes, o cientista político Bolívar Lamounier, o antropólogo e sociólogo Gilberto Freyre, o escritor Jorge Amado, o jurista Miguel Reale, o sindicalista José Francisco da Silva, o jurista Sepúlveda Pertence, então procurador-geral da República e o economista Walter Barelli, na época diretor-técnico do DIEESE), por ter sido instituída por decreto do então presidente José Sarney, foi considerada, pela Assembleia Nacional Constituinte, um ato de interferência do Executivo nas suas atribuições constitucionais. A fim de se “evitar uma crise”, José Sarney tomou a decisão de não remeter o texto para o Congresso. Estas informações foram extraídas de entrevistas realizadas com figuras políticas da época e veiculadas em uma série de textos publicados no site do Senado em outubro de 2008, por ocasião do vigésimo aniversário da Constituição Federal. A matéria que serviu de base para a escrita deste parágrafo pode ser acessada através do [link http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2008/10/01/comissao-afonso-arinos-elaborou-anteprojeto-de-constituicao). Acesso em 20/10/2015.

eleitores. As duas emendas, a seu modo, propunham (i) o reconhecimento normativo explícito do direito à moradia enquanto um direito fundamental e (ii) a instituição de um usucapião extraordinário destinado a efetivar o acesso à moradia⁷¹.

É interessante ressaltar que, naquele momento, tinha-se uma visão bastante acurada do conteúdo normativo do direito à moradia, em que pese o Comentário Geral N° 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, marco interpretativo desse conteúdo, ter sido adotado apenas na 6ª sessão do Comitê, realizada em 1991 – quatro anos depois. Isso pode ser observado na proposta da emenda n° 115 (grifo nosso):

Art. O direito à moradia precede e predomina sobre o direito de propriedade.

Art. O acesso à moradia digna e adequada é garantido a todos pelo Poder Público e, prioritariamente, aos trabalhadores assalariados de baixo rendimento.

§1º - A dimensão da unidade habitacional deverá corresponder à necessidades básicas da família, garantindo-se um mínimo de 10 m2 de área construída por pessoa.

§ 2º - entende-se como moradia digna e adequada não apenas a casa, mas também o acesso aos serviços públicos essenciais, como saneamento básico, educação, saúde, transporte coletivo e lazer.

Essas duas propostas foram incorporadas no anteprojeto da Subcomissão da Questão Urbana e Transportes permanecendo, posteriormente, no anteprojeto da Comissão da Ordem Econômica, cuja redação transcrevo:

Art. 17 - É garantido a todos, para si e sua família, acesso a moradia digna, com infra-estrutura urbana adequada, de forma que lhes preserve a segurança e a intimidade.

Art. 21 - Aquele que, não sendo proprietário de imóvel urbano ou rural, possuir como seu, por cinco anos ininterruptos, de boa fé e sem oposição, imóvel urbano de até 250 (duzentos e cinquenta) metros quadrados de área, adquirir-lhe-á o domínio, podendo requerer ao Juiz que assim o declare, por sentença, a qual lhe servirá de título para matrícula no registro de imóveis. Parágrafo único - Os bens públicos não serão adquiridos por usucapião.

Na Comissão de Sistematização, as propostas foram desconectadas, ficando a primeira (art. 17) a cargo da Emenda Aditiva n° 34.575, que possuía a seguinte redação:

⁷¹ BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Congresso Nacional. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte**: Atas da Comissão de Sistematização. 1987. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015. *Passim*.

Art. - A República assegura a todos o direito, para sí e para sua família, à moradia digna, adequada e inviolável, que lhes preserve a intimidade pessoal e familiar.

Note-se que, conforme a proposta progride nas etapas do processo legiferante próprio da Constituinte, o seu texto vai assumindo um carácter mais abstrato e de cunho mais principiológico e assim distanciando-se daquela primeira visão acurada sobre o conteúdo normativo do direito à moradia – tendência que se manteve na Emenda Constitucional 26/2000. Isso não obstou ao relator da Emenda Aditiva nº 34.575 exarar parecer no sentido de rejeitar o aditamento proposto, de cuja defesa, realizada pelo deputado Nelson Carneiro no dia 06 de outubro de 1987, transcrevo excerto:

De pronto, cabe o registro de que o propósito da emenda é o mais elevado, as intenções do nobre Constituinte são as mais altas e dignas da maior consideração. [...] Ocorre, porém, Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, que a emenda enuncia um princípio em termos absolutos, e a Assembléia Nacional Constituinte há de ter em mente a necessidade, a imperiosa necessidade de conhecer as dimensões da aplicabilidade de todo e qualquer princípio, por mais generoso que seja, dentro da realidade brasileira. É cômodo, é generoso, eu diria mesmo que é sedutor incluir princípios, em carácter absoluto, na Constituição sem levar em consideração a possibilidade real de sua aplicabilidade. Foi em razão desse cuidado, dessa prudência que o Sr. Relator, ao encarar o problema da habitação em nosso País, problema dos mais graves cuja solução é das mais urgentes, inclinou-se, não pela adoção de princípios absolutos cuja aplicabilidade é discutível, e incluiu no texto da Constituição regras substantivas capazes de equacionar e dar racional solução à questão. [...] Em razão dessa colocação realista, sincera e corajosa do Sr. Relator é que S. Ex.^a preferiu, ao invés de inscrever um princípio absoluto no texto do projeto ora em exame, contemplar o problema com regras substantivas que, uma vez inscritas no texto constitucional, darão condições para que o problema seja devidamente equacionado e satisfatoriamente resolvido. [...] para resolver o problema, o projeto já contempla normas substantivas capazes de dar ao Estado os instrumentos eficazes para a solução racional da grave questão.⁷²

A Emenda acabou rejeitada, com 30 votos favoráveis e 61 contrários, de forma que o texto original da Constituição foi aprovado sem reconhecimento explícito do direito à moradia. A segunda proposta (art. 21), de outra sorte, foi aprovada pela Comissão de Sistematização e, posteriormente, consubstanciada no art. 183, ainda em vigor⁷³. Apenas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 26, em fevereiro de 2000, houve o

⁷² Diário da Assembléia Nacional Constituinte, Suplemento "C", pag. 1129. Acesso disponível em <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/sistema.pdf>. Acesso em 21/10/15.

⁷³ NASSAR, P. A. S. **Judicialização do direito à moradia e transformação social**: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2011, p. 38.

reconhecimento expresso do direito à moradia no art. 6º da Constituição, junto aos demais direitos sociais, cujo processo de aprovação foi muito bem descrito por Vinícius Borges:

A Proposta de Emenda Constitucional teve origem no Senado Federal em junho de 1996, mesmo ano em que se realizara a já mencionada Conferência Habitat II, na qual o Brasil ocupava a posição de relator da parte da Agenda que cabia ao direito à moradia. Já em maio de 1997 foi aprovado parecer favorável pela Comissão de Constituição e Justiça, seguindo a PEC para discussão e votação em dois turnos, incluída na ordem do dia da sessão do dia 06 de abril de 1998. Um mês depois, a PEC foi votada e aprovada em primeiro turno, sem nenhum voto contrário. Dia 27 de maio foi aprovada no Senado Federal por unanimidade. Passando à Câmara dos Deputados, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação admitiu a proposta em dezembro de 1997. Criada Comissão Especial para o assunto, cuja relatoria coube à Deputada Almerinda Carvalho, a Comissão aprovou o parecer em 10 de novembro de 1999, de forma unânime. Em 11 de janeiro do ano 2000, o projeto é aprovado por 432 votos a favor, sem abstenções nem votos contrários, o que demonstra o apoio dos deputados federais de todos os partidos. No dia 26 do mesmo mês, o segundo turno da votação novamente foi unânime, sendo a PEC promulgada em 14 de fevereiro de 2000, transformando-se na Emenda Constitucional n.º 26.⁷⁴

O que importa notar, por derradeiro, é que a tendência reducionista ocorrida no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte, que logrou tornar os textos referentes ao direito à moradia cada vez mais genéricos e abstratos, perdurou ainda por 12 anos, mesmo que o embate de forças que explica esta tendência fosse típico daquele momento singular. Desta forma foi consagrado constitucionalmente texto deveras enxuto, que não busca delimitar o conteúdo do direito, a sua natureza, os seus titulares, em face de quem ele é exigido, etc., contribuindo, desta forma, para que o intérprete e o dador das leis compreendam erroneamente este direito como de natureza meramente programática. Vejamos isto no próximo ponto.

2.4.3 CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À MORADIA

O que diferencia o Direito dos demais ordenamentos normativos é o seu carácter coativo. Isto significa que o Direito, para ver-se cumprido, recorre, em última instância, a instrumentos de coação – o uso da força. O poder coativo, quando organizado na forma de Estado, garante a efetivação da norma jurídica; em última análise, podemos entender Estado e

⁷⁴ BORGES, V. V. **Direito fundamental social à moradia**: contornos jurídico-normativos e o papel do Estado na sua efetivação. 2012. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012, p. 35.

Direito “como duas faces da mesma medalha”⁷⁵. Portanto, para que um direito seja efetivo, não seja mera letra-morta, é necessário haver uma prestação do Estado, um ato jurídico, ação ou omissão que irá garantir o cumprimento desta norma.

A teoria clássica dos direitos humanos fundamentais faz cristalina distinção entre as formas de prestação entre os direitos de primeira e os de segunda geração: aqueles, direitos de liberdade, detentores de uma prioridade cronológica e axiológica, efetivados por uma módica abstenção estatal; estes, direitos de igualdade cuja efetivação necessita intervenções estatais positivas, dispendiosas e, portanto, vinculadas às possibilidades econômicas⁷⁶.

Este raciocínio aparece em autores clássicos, como Bobbio⁷⁷:

[os direitos] nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem [...] ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado.

Logo por exigirem do Estado prestações materiais através de um comportamento ativo de custos amiúde elevados, os direitos de segunda geração foram classificados como direitos de efeitos indiretos, princípios programáticos de aplicabilidade mediata, aspirações éticas com escassa vinculação jurídica, cujo principal escopo seria o de orientar o processo legiferante⁷⁸.

Desde o ponto de vista dos autores contemporâneos, esta visão está ultrapassada. Tem-se hoje compreendido os direitos humanos fundamentais a partir de uma relação de continuidade estrutural e axiológica entre cada uma de suas gerações, às luzes dos princípios de universalização, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, que estão contidos no parágrafo 5 da Declaração de Viena e Programa de Ação, de 1993⁷⁹. Desde este ponto de vista, os direitos de segunda geração cumprem a função de garantir o pleno gozo dos direitos de primeira geração, e vice-versa. A supressão de um direito de liberdade acarretará na redução de um direito social, necessariamente, tal como a violação de

⁷⁵ BOBBIO, N. Direito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 349.

⁷⁶ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 25-30.

⁷⁷ BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

⁷⁸ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 153; PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 19-20.

⁷⁹ Cujas bases estão na Proclamação de Teerã, parágrafo 13: “a plena realização dos direitos civis e políticos, sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, é impossível”.

um direito social restringirá a esfera de liberdades individuais do violado, de forma que as prestações estatais, outrora bem definidas para cada uma destas gerações, acabam confundindo-se e adquirindo, pois, carácter híbrido⁸⁰. “A garantia de qualquer direito civil ou político, em outras palavras, pode exigir prestações positivas. E a garantia dos direitos sociais, por sua vez, pode demandar obrigações negativas”⁸¹. No mesmo sentido posiciona-se George Sarmento:

No constitucionalismo contemporâneo, as dimensões negativa e positiva dos direitos fundamentais são duas faces da mesma moeda. A inviolabilidade de domicílio é direito que impõe simultaneamente ao Estado o dever de não penetrar na residência sem o expresse consentimento do proprietário e de dar todas as garantias – legais e administrativas – de que o titular do direito fundamental possa fruí-lo livremente. [...] Além de adotar uma atitude de não-intervenção, o Estado está obrigado a editar leis e desenvolver políticas de segurança pública destinadas a proteger a esfera da intimidade do cidadão⁸².

O direito à moradia, enquanto um direito de segunda geração, possui esta duplicidade exigencial, conforme explica José Afonso da Silva:

Esse é daqueles direitos que têm duas faces: uma negativa e uma *positiva*. A primeira significa que o cidadão não pode ser privado de uma moradia nem impedido de conseguir uma, no que importa a abstenção do Estado e de terceiros. A segunda, que é a nota principal do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, consiste no direito de obter uma moradia digna e adequada, revelando-se como um direito positivo de carácter prestacional, porque legitima a pretensão do seu titular à realização do direito por via de ação positiva do Estado.⁸³

Embora o reconhecimento deste seu carácter dúplice seja contemporâneo, não é fruto da complexidade das relações sociais hodiernas. O dever de prestações negativas por parte do Estado existe desde quando existe o direito à moradia, e sua necessidade é mesmo anterior ao reconhecimento desse direito, como demonstra este excerto de *Os Miseráveis*, de Victor Hugo⁸⁴:

[Myriel, bispo de Digne] um dia, na catedral, pregou este sermão: “Meus queridos irmãos e amados ouvintes, há em França um milhão e trezentas e vinte mil casas de habitação de camponeses, as quais só têm três aberturas;

⁸⁰ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 25-30.

⁸¹ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 30. Em espanhol no original; tradução nossa.

⁸² LINS JÚNIOR, G. S. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**: Maceió, v. 1, p. 15-90, 2005.

⁸³ SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 7ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 315.

⁸⁴ HUGO, V. **Os miseráveis**. São Paulo: Edameris, v. 3, 1967, p. 22.

um milhão oitocentas e dezassete mil, que têm apenas duas, uma porta e uma janela; e, finalmente, trezentas e quarenta e seis mil cabanas, cuja única abertura é a porta. A causa disto é o denominado imposto das portas e janelas. Imaginai um montão de pessoas, uma família numerosa composta de velhos e crianças, vivendo juntas em cada um desses domicílios sem ar nem luz e pensai nas febres e epidemias a que isto pode dar origem! [...]"

Fica claro pelo sermão da personagem que o tal *imposto das portas e janelas* que havia em França nas primeiras décadas do Século XIX, que era tributo e portanto um ato do Estado, obstava a adequação da moradia dos grupos mais vulneráveis. Em casos como esse, exige-se do Estado uma abstenção, um não-agir, uma atitude negativa, qual seja a de não elencar fatos geradores de tributo que tolham a adequação de uma moradia.

Nas constituições modernas há pelo menos duas formas identificáveis de contemplar o direito à moradia, de acordo com a técnica de positivação preferida pelo legislador. As tradicionais europeias tendem a serem exíguas em seu reconhecimento, vinculando o direito à moradia a um mais amplo direito a gozar de uma vida digna. Neste contexto, o argumento de que a Constituição brasileira, antes da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, contemplava o direito à moradia por ser este uma das faces do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Constituições mais recentes tendem à prolixidade e a delimitar, ao menos de forma geral, o conteúdo do direito à moradia, sem vinculá-lo necessariamente a um princípio geral mais abrangente.⁸⁵

De toda sorte, em ambos os casos há um elemento em comum que merece especial atenção: todas as formas de conceber este direito qualificam o elemento *moradia*. Não se trata de simples direito à posse de um abrigo ou de uma residência, quatro paredes e um teto, e também não se esgota na realização de uma moradia, pois é direito que se relaciona transversalmente com a propriedade e com a própria cidade. A moradia, pois, deve ser *digna*⁸⁶. O *busílis* posto é o da delimitação do conteúdo desta qualificadora: o que é uma moradia digna? Que elementos devem estar presentes para que uma moradia seja considerada digna?

Falar-se da dignidade de uma moradia é, sobretudo, pensar em elementos minimamente necessários para tornar uma moradia digna, de forma a delimitar um conteúdo

⁸⁵ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 47.

⁸⁶ Há uma ampla gama de termos utilizados para referir-se a este elemento qualificador do direito à moradia. Neste trabalho será utilizada a expressão “direito à moradia digna”, por ser, conforme aponta Nassar (2011, p. 47), a expressão “mais utilizada no Brasil, [que] corresponde à expressão corrente no linguajar da ONU, *right to adequate housing*”.

normativo que compreenda condições elementares e minimamente exigíveis de habitabilidade, salubridade, higiene, qualidade, segurança, durabilidade e que assegurem o normal desenvolvimento das relações familiares e a intimidade pessoal, proporcionando, ainda, o resguardo necessário frente a adversidades climáticas e a eventuais agressões externas⁸⁷ – o que, evidentemente, irá variar de acordo com as condições locais, na medida em que as necessidades protegidas variam de acordo com o local em que a moradia se localiza (principalmente no que tange às condições geográficas). Ingo Sarlet busca delimitar o conteúdo deste direito:

Nessa perspectiva, talvez seja ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local 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, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida.⁸⁸

José Afonso da Silva, neste diapasão, possui considerações próximas:

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar. [...] O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente [...]. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia.

O conteúdo do direito à moradia envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar.⁸⁹

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, das Nações Unidas, a fim de definir sistematicamente o conteúdo dos direitos habitacionais contidos no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, exarou duas Observações Gerais que tornaram-se referência internacional sobre o conteúdo destes direitos; são elas a Observação Geral nº 4, sobre o direito a uma moradia digna, e a Observação Geral nº 7, sobre

⁸⁷ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 100.

⁸⁸ SARLET, I. W. Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, I. W.; SARMENTO, D. (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 696.

⁸⁹ SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 314.

desalojamentos forçados. Estas duas Observações Gerais são hoje os documentos internacionais mais importantes e bem elaborados no que diz respeito ao conteúdo do direito à moradia digna e, em que pese carecerem de vinculação jurídica (não foram elaboradas sob o rito dos tratados, portanto não tendo força normativa própria), possui caráter prescritivo para os Estados que ratificaram o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na medida em que busca definir um alcance para o conteúdo dos seus artigos, e ao mesmo tempo serve como fonte de interpretação desses artigos em âmbito estatal interno⁹⁰. Nelas define-se que uma moradia digna é aquela que atende, pelo menos, os seguintes elementos:

- a) segurança jurídica para a posse: pode se dizer que a posse é o elemento jurídico mais importante dentre os que compõem o direito à moradia, verdadeiro ponto nevrálgico, uma vez que, em relação aos demais, é o que pertence com maior exclusividade à esfera de proteção da moradia, relacionando-se mais perenemente com a esfera de proteção de outros direitos. A segurança da posse deve ser integral, independentemente de sua natureza ou origem: propriedade privada, coletiva, aluguel, ocupações irregulares, transitórias (desde abrigos improvisados até quartos de hotel), etc. A posse deve ser compreendida enquanto direito real, isto é, *erga omnes*, oponível a todos e contra todos, até mesmo contra o poder público – a previsão do instrumento da *concessão real de uso para fins de moradia* é louvável exemplo de verificação deste aspecto do direito à moradia no ordenamento jurídico brasileiro. A plena satisfação deste requisito garantirá o direito de morar sem medo de remoção ou de ameaças indevidas ou inesperadas, sejam elas por parte do Estado (desalojamento forçado, desapropriação, reassentamento), seja por parte de particulares (esbulho, despejo inadequado, aumento desproporcional no preço dos aluguéis), tomando contornos especiais para certos grupos, como imigrantes, deficientes, ou mulheres (proteção em caso de abandono forçado por violência doméstica, de dissolução de matrimônio ou advinda de viuvez – direito real de habitação)⁹¹;
- b) disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos: elementos internos e externos à moradia que devem estar presentes para configuração de seu

⁹⁰ PISARELLO, G. **Vivienda para todos**: un derecho en (de)construcción. Barcelona: Icaria editorial, 2003 p. 66.

⁹¹ PISARELLO, G. **Vivienda para todos**: un derecho en (de)construcción. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 100.

qualitativo *digna*. Trata-se aqui do acesso a serviços públicos e privados que garantam aos seus moradores acesso à água potável, saneamento básico, gás, energia elétrica, energia para cozinhar, aquecimento e ventilação, conservação de alimentos, e também a serviços comunitários como escolas, creches, postos de saúde, áreas de esporte e lazer, transporte público, coleta de lixo, corpo de bombeiros;

- c) custo acessível: o custo com a aquisição ou o aluguel da moradia, bem como o custo de sua manutenção e das despesas ordinárias habituais devem ser acessíveis, de modo a não comprometer a satisfação de outras necessidades básicas e não dificultar a efetivação a outros direitos humanos fundamentais de seus habitantes;
- d) habitabilidade: conjunto de condições físicas direcionadas à segurança e salubridade, de forma a garantir proteção contra condições climáticas diversas e ameaças estruturais, tais como vento, chuva, frio, calor, umidade, incêndio, desmoronamento, inundação, deslizamentos, terremotos, etc. Para tanto, é fundamental que o tamanho da moradia e a quantidade de cômodos sejam condizentes com o número de moradores;
- e) não discriminação e priorização de grupos vulneráveis: adequação material a pessoas socialmente vulneráveis: idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, portadores de doenças graves, etc. Em um sentido mais amplo, é a acessibilidade da moradia em conformidade com as necessidades específicas de seus habitantes. Inter-relaciona-se com todos os outros elementos, na medida em que os modifica para adequar-se às necessidades específicas dos seus moradores – espaços apropriados, serviços específicos, localização especialmente adequada, custos diferenciados, etc;
- f) localização adequada: por um lado, a localização será adequada quando edificada em um espaço físico-geográfico seguro, evitando-se encostas com risco de desabamento, margem de rios sem proteção contra cheias, presença de poluição excessiva, etc., garantindo-se acesso a um meio ambiente equilibrado. Será adequada, por outro lado, quando em um espaço físico-social que permita o acesso a oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social: opções de emprego, centros educacionais, centros de informação e comunicação, supermercados, farmácias, correios, etc. Este elemento importa também no acesso a vias de pedestres e de veículos, com o devido endereçamento postal;

- g) adequação cultural: finalmente, a moradia só será digna se estiver adequada com a identidade cultural de seus ocupantes e com o meio no qual se encontra. Tal quais todos os outros direitos sociais, o direito à moradia é composto por elementos universais, advindos das necessidades gerais inatas ao ser humano (os quais tentou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais organizar, como vimos); é, outrossim, composto por elementos individualizados, relacionados às necessidades específicas que terão os membros de determinadas comunidades e que dependem do contexto cultural no qual estas comunidades estarão inseridas. Desta forma, as políticas habitacionais devem ser capazes de expressar a diversidade cultural dos locais em que são empregadas.

Uma discricção exhaustiva dos limiares mínimos que compõe a dignidade da moradia é de suma importância, em que pese relegados no tratamento doutrinário brasileiro, porque é ela que servirá de instrumento de interpretação de casos concretos na esfera jurídica, permitindo aos operadores jurídicos uma aplicação efetiva desse direito⁹². As Observações Gerais nº 4 e 7, como pode se depreender de seu conteúdo, vinculam o direito à moradia a outros direitos humanos fundamentais; mais do que a vinculação comumente presente em todos os direitos humanos fundamentais, compreendidas a partir dos princípios da universalização, indivisibilidade, interdependência e inter-relação, há uma especificidade pertencente ao gênero dos direitos sociais cuja definição é marcada pela intensa dinâmica entre as espécies neles compreendidas. Nas palavras de Ingo Sarlet:

[...] o conteúdo do direito à moradia (em outras palavras, o seu âmbito de proteção ou de aplicação) há de ser identificado também mediante uma interpretação simultaneamente tópica e sistemática, que, além de observar a necessidade de um diálogo entre diversas fontes do Direito (interno e internacional) dialogue com os diversos direitos e deveres fundamentais que com ele guardam conexão. É que também o direito à moradia, da mesma forma como ocorre com o direito à saúde e uma série de outros direitos (e bens) fundamentais, embora seja sempre um direito autônomo, encontra-se ‘marcado por zonas de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas’, como é o caso, dentre outras, da vida, da alimentação, da saúde, da privacidade e intimidade, do meio ambiente e da propriedade [...]’⁹³.

⁹² NASSAR, P. A. S.. **Judicialização do direito à moradia e transformação social**: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

⁹³ SARLET, I. W. Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, I. W.; SARMENTO, D. (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 701-702.

Esta característica toma maiores proporções no direito à moradia em relação a outros direitos sociais, na medida em que sua complexidade acompanha a complexidade dos centros urbanos pós-industriais. O complexo de direitos que orbitam em torno do núcleo do direito à moradia (e, tal qual elétrons em relação a átomos, o compõe) necessita ser analisado a partir da individualização de cada um de seus elementos; somente dessa forma pode o direito à moradia ser compreendido enquanto esse complexo de direitos, de forma que se pode tomá-lo por um direito *multifacetado*.

3 REALIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO À MORADIA DIGNA

3.1 MODELOS TEÓRICOS

O debate envolvendo a judicialização dos direitos sociais restringe-se às prestações positivas que dele derivam, uma vez que quanto aos “direitos fundamentais à omissão, [...] ninguém nega o seu caráter justicializável”¹. Com efeito, em que pese muitas vezes seja olvidado pelos tribunais que o direito à moradia (e outros direitos sociais, outrossim) comporta prestações negativas, não se lhes nega a possibilidade de tutela jurisdicional. A doutrina clássica é cristalina no sentido de que deve o Judiciário, dentro do sistema de freios e contrapesos montesquiano, conter as ações abusivas que o Legislativo e o Executivo perpetuarem, declarando, por exemplo, a inconstitucionalidade das normas violadoras dos direitos sociais e impedindo a implementação de políticas que lhes restrinjam excessivamente, respectivamente. No que tange ao direito à moradia, os exemplos poderiam ser relativos ao já citado caso do imposto sobre portas e janelas descrito por Victor Hugo em *Os Miseráveis*², em um, e a casos de desalojamentos forçados sem a estrita observância dos procedimentos legais – e, ainda, dos critérios internacionalmente concebidos dos quais se seja signatário –, em outro.

Os autores clássicos, contudo, restringem-se a admitir a possibilidade de judicialização dos direitos sociais apenas quanto ao seu caráter omissivo; o poder-dever de prestar ações positivas seria de exclusiva competência dos demais poderes, não cabendo ao Judiciário sua apreciação, senão em situações excepcionalíssimas. Desta forma, foram “remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade.”³ Esta é, por exemplo, a visão de Konrad Hesse⁴. Segundo o autor alemão, a

¹ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 73. Importante referir que Leivas tem em conta o momento histórico do desenvolvimento dos direitos sociais, isto é, não se nega a dificuldade de reconhecimento e efetivação dos direitos políticos em um primeiro momento, anterior ao referencial posto (até mesmo porque foram pioneiros no reconhecimento positivo e, portanto, na força cogente das normas de direitos fundamentais); como nos lembra Barroso (1993, p. 100), “também os direitos políticos e individuais enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação.”, o que recorda a ideia de Bobbio, já exarada anteriormente nesse trabalho, de que os direitos humanos fundamentais são, em essência, direitos históricos.

² Veja-se sessão 2.4.3.

³ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 583.

problemática dos direitos sociais advém da estrutura jurídica que possuem, distinta dos direitos de liberdade, pois não basta que sejam respeitados e amparados, requerendo “de antemão e em qualquer caso mais do que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles”⁵. Como não exigem ações apenas do Legislativo, mas também da Administração, acabam por limitar os direitos de liberdade alheio.⁶

Os direitos sociais fundamentais não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta, como na doutrina dos direitos fundamentais. Só podem chegar a ter significação prática e concreta enquanto, de modo vinculante, imponham ao Estado o dever de realizá-los como se prevê, por exemplo, no art. 26 do projeto da nova Constituição Federal suíça. Só a partir de normas do legislador podem nascer pretensões jurídicas bem determinadas e invocáveis perante os poderes públicos. Só depois de cumprido legislativamente o programa de direitos sociais fundamentais podem esses direitos, sobretudo no terreno de seguridade social, surtir efeitos de garantia constitucional amparadora de direitos adquiridos. Em princípio, não podem tais direitos fundamentais sociais assumir o caráter de direitos subjetivos individuais⁷.

É certo que, na narrativa histórica dos direitos humanos fundamentais, houve forte resistência das classes abastadas contra os avanços sociais e em defesa de seus privilégios; antes atrelada à negativa deste direitos, transferiu-se, com sua positivação, para a efetivação dos direitos já reconhecidos, traduzindo-se, inclusive, na negação da natureza cogente das normas instituidoras de tais avanços.⁸ Os direitos sociais atravessaram, em seguida, “uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.”⁹ De sorte que a doutrina brasileira se ateve durante longo período a tratar da aplicabilidade e da eficácia dos direitos fundamentais,¹⁰ doutrina cujo principal expoente é José Afonso da Silva, desde a publicação de seu *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. Segundo o autor:

⁴ No mesmo sentido, conforme Leivas (2006, p. 91-92), posicionam-se outros juristas germânicos clássicos – Ernst-Wolfgang Böckenförde e Ernst Benda.

⁵ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

⁶ Hesse apresenta, desse modo, clara preferência pelos direitos de liberdade em relação aos direitos sociais.

⁷ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos Almeida, Gilmar Mendes e Inocêncio Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 46.

⁸ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 102.

⁹ BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 583.

¹⁰ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 94.

A *eficácia e aplicabilidade* das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as *normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender da legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, mas são tão jurídicas como as outras e exercem relevante função, porque, quanto mais de aperfeiçoam e adquirem eficácia mais ampla, mais se tornam garantias da democracia e do efetivo exercício dos demais direitos fundamentais.¹¹

De forma que podemos considerar que o art. 6º da Constituição de 1988, e portanto o próprio direito à moradia, possui eficácia contida e aplicabilidade imediata¹², motivo pelo qual se lhe afasta daquela esfera programática referida por Bonavides¹³.

Luís Roberto Barroso, na mesma esteira, admite que os direitos sociais possam ter eficácia plena e aplicabilidade imediata, eis que “existem direitos sociais desfrutáveis e exigíveis independentemente de integração legislativa”¹⁴, ainda que existam também aqueles “que não podem prescindir da atuação do legislador ordinário.”¹⁵ O buslilis, para o autor, está na questão jus-semântica relativa ao termo *direito*, no sentido que lhe dá a Constituição Federal. Assinala Barroso que só poderá ser considerado direito se servir para designar uma posição jurídica específica, qual seja a de direito subjetivo público, de forma que o jurisdicionado, “onde se lhe assegurar um *direito*, saber-se-á que se encontra ele investido no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, via Poder Judiciário, sempre que o

¹¹ SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, p. 180.

¹² Vale lembrar, “Normas de eficácia contida, portanto, são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados. [...] Tendo eficácia independente da interferência do legislador ordinário, sua aplicabilidade não fica condicionada a uma normação ulterior, mas fica dependente dos limites (daí: eficácia contida) que ulteriormente se lhes estabeleçam mediante lei, ou de que as circunstâncias restritivas, constitucionalmente admitidas, ocorram.” (SILVA, 1982, p. 105)

¹³ José Afonso da Silva é categórico neste sentido, em se tratando do direito à moradia, chegando inclusive a admitir o dever do poder público de garantir uma moradia àqueles que não a tenham (SILVA, 2005, p. 314-315).

¹⁴ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 108.

¹⁵ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 109.

sujeito passivo deixar de satisfazê-la”¹⁶. O autor destaca, ainda, que não há como o Poder Judiciário negar a tutela requerida de um direito por esse ser não exigível, uma vez que não há direito que não seja juridicamente exigível¹⁷ – afinal, o que caracteriza o Direito enquanto uma ordem social é justamente o caráter coativo de suas normas¹⁸. A possibilidade de negar o caráter coativo de um direito social, pois, restringir-se-ia a hipótese de absoluta impossibilidade material. Assim como as demais posições apresentadas, contudo, esta de Barroso carece de uma definição precisa que responda claramente à questão posta: quando e em que medida o direito à moradia é exigível perante o Judiciário?¹⁹

Ricardo Lobo Torres parece responder esta questão satisfatoriamente. Apesar disto, o modelo teórico adotado pelo autor diverge com os demais até agora estudados por conta de seus pressupostos lógicos: para Torres, os direitos sociais não são considerados direitos fundamentais. A jusfundamentalidade existente nos direitos de liberdade (estes sim fundamentais) irá “tocar” uma parte reduzida daqueles, transformando esta parte em um *mínimo existencial*, um conteúdo mínimo que garantirá ao jurisdicionado “*situações existenciais dignas*.”²⁰ Em outras palavras, o mínimo existencial dos direitos sociais é o conteúdo destes direitos que coincide com o dos direitos fundamentais (direitos de liberdade). São, por conta disto, exigíveis perante o Poder Judiciário, dado tratarem-se de *regra*, e não de *valor* ou de *princípio*,²¹ sendo, pois, definitivos e aplicados por subsunção, jamais por ponderação. Afora este mínimo existencial, o restante do conteúdo dos direitos sociais é totalmente passível de restrição por parte do legislador²². Ainda, segundo Torres:

Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos

¹⁶ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 106. Grifo no original.

¹⁷ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 107.

¹⁸ Kelsen, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 23.

¹⁹ Barroso afastou-se posteriormente da posição aqui descrita (mas esta, não por isso, deixa de demonstrar a posição de uma parte da doutrina naquele momento particular, portanto ainda assim relevante) e passou a adotar posição mais próxima àquela adotada neste trabalho, tomando parte num debate principiológico (TORRES, 2009, p. 52). Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p.13-38, 1998. Semestral.

²⁰ TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.

²¹ Torres se utiliza dos conceitos de Dworkin e Alexy, que serão analisados mais adiante neste trabalho.

²² TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41 et seq., p. 89.

sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima.²³

Tendo sido apresentada várias classificações e concepções diferentes relativas aos direitos humanos fundamentais e sua jurisdicionalização, em especial no que diz respeito aos direitos sociais e, dentre estes, ao direito à moradia, é preciso compreender, por derradeiro, que, em que pese as diferenças entre tais classificações e concepções serem substanciais, não o são excludentes entre si. Não há aquela que seja a verdadeira, em detrimento das outras; é, cada uma delas, um recurso que será teleologicamente adotado perante determinada situação, a fim de que seja escolhida aquela que melhor cumpre o objetivo que se quer, a partir de uma análise feita em relação à sua pertinência e utilidade²⁴.

[É] a decisão por uma classificação semelhante à opção que se faça entre o sistema métrico decimal e o sistema de medição dos ingleses; se o primeiro é preferível em relação ao segundo, não é porque aquele seja verdadeiro e este falso, mas sim porque o primeiro é mais cômodo, mais fácil de manejar e mais apto a satisfazer, com menor esforço, certas necessidades ou conveniências humanas.²⁵

Desde esta ótica, utiliza-se, neste trabalho, o referencial teórico que vai permitir responder à questão que os demais não conseguiram de maneira satisfatória, qual seja, a de quando e em que medida ocorre a justiciabilidade do direito à moradia. O modelo referido, e que se passa a analisar, é o elaborado por Robert Alexy em seu *Theorie der Grundrechte*.²⁶

3.2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

3.2.1 REGRAS E PRINCÍPIOS

3.2.1.1 Pressupostos contidos em Dworkin

Ronald Dworkin foi quem suscitou o debate sobre a normatividade dos princípios que hoje domina a academia jurídica. A distinção que faz entre regras e princípios é, destarte, pressuposto para a compreensão da tese de Alexy; daí porque se passa, brevemente, à sua análise.

²³ TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41 et seq., 81.

²⁴ GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 76.

²⁵ GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 161.

²⁶ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, na versão espanhola, a que foi consultada para este trabalho.

Para Dworkin, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem.”²⁷ As regras estariam estruturadas a partir de um critério lógico disjuntivo, em que se as aplicam como um tudo-ou-nada, isto é, em sendo a regra válida, ocorrendo a sua hipótese, então a sua resposta deve ser aceita e utilizada na decisão judicial; em sendo a regra inválida, não servirá como contributo para a decisão²⁸. Sem embargo, as regras comportam exceções, mas o fazem de uma forma em que se poderia listar todas as exceções e pô-las no enunciado da norma, preservando assim o critério de tudo-ou-nada. Se uma norma por ventura não contém uma exceção no seu enunciado e, ainda assim, a exceção persiste, então a norma está incompleta. Os princípios, contudo, não operam a partir desta lógica disjuntiva; sua aplicação ocorre mediante aquilo que denominou *dimensão do peso* ou *importância*:

Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.²⁹

As regras não operam a partir desta lógica. Em havendo duas regras contraditórias entre si, de forma a estabelecer um conflito entre regras, uma delas não pode ser válida; admitir a validade de ambas seria ferir a coerência lógica do ordenamento jurídico³⁰. O que importa, por derradeiro, é que os princípios não podem ser desconsiderados enquanto normas jurídicas.

Quando Dworkin fala em princípios o faz de modo genérico (*lato sensu*), querendo indicar todo o conjunto de padrões (*standards*, no original) que não sejam regras, compostos basicamente por princípios (*stricto sensu*), políticas e outros tipos de padrão. A distinção que faz entre princípios e políticas não pode passar despercebida. Para Dworkin, as políticas

²⁷ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 39

²⁸ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 39.

²⁹ DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 1ª. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 42-43.

³⁰ A perspectiva aqui está assaz alinhada com as ideias de Kelsen (1998, p. 53): “duas normas jurídicas contradizem-se e não podem, por isso, ser afirmadas simultaneamente como válidas quando as proposições jurídicas que as descrevem se contradizem.”

comportam "aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade"³¹; um princípio, por outro lado, é "um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade."³² Segundo Leivas, contudo, "a diferença entre ambos os estândares não é clara e suas consequências discutíveis."³³

3.2.1.2 Regras e princípios em Alexy

A estrutura normativa das regras e de seus conflitos, em Alexy, é, essencialmente, a mesma de Dworkin³⁴. Assim como este³⁵, Alexy compreende que tanto regras como princípios são normas, pois prescrevem o que é devido (dever-ser), podendo ser escritas a partir das expressões deônticas básicas: obrigação, permissão e proibição³⁶. A distinção, destarte, se dá entre dois tipos de norma, a partir de um critério qualitativo.

Os princípios, para Alexy, seriam mandados³⁷ de otimização, ou seja, "normas que ordenam que algo sea realizado em la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes."³⁸ Estes mandados teriam por característica a possibilidade de serem cumpridos em diferentes graus, mais ou menos elevados. A distinção fica mais clara quando há uma colisão entre princípios.

Conforme sobredito, os conflitos entre regras são em Alexy tais quais são em Dworkin: uma regra ou é válida juridicamente ou não o é. Se uma regra é válida, e aplicável ao caso concreto, a consequência jurídica prescrita nessa regra também é válida. Em caso de

³¹ DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1ª. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 36

³² DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1ª. ed. São Paulo: Martin Fontes, 2002, p. 36

³³ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006, p. 33.

³⁴ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006, p. 39-40.

³⁵ Na nota de rodapé nº 27, Alexy explicita que "la distinción presentada [entre reglas e principios, num primeiro momento] se parece a la de Dworkin [...]. Sin embargo, se diferencia de ella en un punto esencial, es decir, en la caracterización de los principios como mandatos de optimización." (2008, p. 68).

³⁶ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 65.

³⁷ Mandados em sentido amplo, abarcando permissões, proibições e mandados (obrigações) em sentido estrito. (ALEXY, 2008)

³⁸ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 67.

conflito, há duas soluções possíveis: ou (i) se introduz em uma delas uma cláusula de exceção que extinga o conflito, com base em uma regra ou em um princípio, ou (ii) uma das regras será válida e a outra inválida, necessariamente.³⁹

Quando princípios são contraditórios entre si, por outro lado, não há o estabelecimento de um conflito, mas sim de uma *colisão*, cuja solução opera de modo diferente. Tal como nas regras, um dos princípios terá de ceder perante o outro, a partir da dimensão de peso ou importância de Dworkin – isto, contudo, sem que se declare a invalidade de quaisquer dos princípios e sem que se introduza em um deles uma exceção.⁴⁰ Esta análise levará em conta, sobretudo, as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas:

Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso⁴¹.

Por conseguinte, há, perante um caso concreto, uma relação de precedência condicionada entre os princípios nele incidentes. Dado que uma precedência dependerá sempre das condições postas dentro do contexto do caso em análise, e que essas condições não são quantificáveis, conclui-se que não há falar em precedência absoluta de um princípio perante outro. O processo que resulta na precedência dá-se o nome de *ponderação*; a colisão de princípios se resolve pela ponderação destes perante as circunstâncias do caso concreto. Deste procedimento resultará, necessariamente, uma regra que expresse a consequência jurídica do princípio precedente, cujo enunciado bastará para que haja a subsunção do caso e, portanto, uma solução. Esta regra passará a solucionar todos os casos que apresentem elementos tais que nela sejam subsumidos, de forma que dá-se validade ao seguinte enunciado: “como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formular-se una norma adscrita de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso.”⁴²

³⁹ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 69.

⁴⁰ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 70.

⁴¹ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 71.

⁴² ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 78-79.

3.2.1.3 A lei de ponderação

A lei de ponderação pode ser formulada da seguinte maneira: quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.⁴³ Conforme haja uma colisão de princípios, ocorrerá uma intervenção de um princípio em outro. Estão em jogo, pois, dois objetos de ponderação: (i) a intensidade da intervenção; e (ii) a importância da intervenção. Estes dois objetos são relacionados entre si: na medida que aumenta-se a necessidade de intervenção, a sua importância fica mais justificada, estabelecendo uma relação de causa. Para o intérprete, contudo, estes dois objetos já estarão dados, motivo pelo qual a análise deverá versar sobre se esta relação causal está proporcional. Desde este ponto de vista, portanto, são objetos contrapostos – daí que sobrevém a ponderação. A análise ocorrerá a partir da fixação em uma escala de intensidade e importância que gradua-se nos níveis leve, médio e grave.

Ilustro a questão com um exemplo trazido por Alexy. Trata-se das restrições e alertas relativamente aos danos causados pelo ato de fumar. Assim, a obrigação para as empresas do ramo de tabaco colocarem em seus produtos alertas de perigos à saúde caracteriza uma intervenção leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria uma proibição total da fabricação e venda de todos os produtos da tabacaria. Outras medidas podem ser classificadas como intervenções de intensidade média. Em sentido contrário, os perigos à saúde causados pelo fumo são altos. O grau de importância dessa intervenção, então, pode ser classificado como alto. Desse modo, o grau de importância alto da proteção da saúde justifica a intervenção leve na liberdade de profissão.⁴⁴

Esta escala poderá ser refinada com a atribuição de níveis diversos (v.g., dividindo-se os graus leve, médio e grave em três, cada), afinal, “quanto mais refinada a graduação de intensidades, menos espaço de ação possui o legislador”.⁴⁵

3.2.1.4 O carácter *prima facie* das regras e dos princípios

Alexy trás ainda outra distinção entre regras e princípios, que diz respeito às diferenças entre o carácter *prima facie* em um e em outro. Enquanto mandados de otimização,

⁴³ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 138.

⁴⁴ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51.

⁴⁵ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 51.

os princípios prescrevem que algo deva ser feito na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas e de acordo com o maior ou menor peso de outros princípios que lhe estejam conflitantes. Diante destas variáveis, não se pode dizer que os princípios contenham mandados definitivos, mas tão somente mandados *prima facie*, isto é, que não contém determinações em definitivo, mas somente determinações à primeira vista, em um primeiro momento de análise, antes de um exame profundo de acordo com as variáveis já expostas. As regras, por outro lado, por prescreverem mandados firmados na premissa de tudo-ou-nada, contém determinações em definitivo. As possibilidades fáticas e jurídicas poderão determinar que a regra seja inválida; se não o for, então a determinação que prescreve tem validade definitiva.⁴⁶

Essa diferença de determinações aparece em Dworkin, mas é demasiada simplista, diz Alexy. A partir dos deslindes que tomam o caso, é possível “introducir en las reglas una cláusula de excepción. Cuando esto sucede, la regla pierde su carácter definitivo para la decisión del caso.”⁴⁷ Quando isto ocorre, subsiste nas regras um caráter *prima facie*, não obstante diferente daquele que possuem os princípios: estes cedem perante outro princípio que apresente peso maior; uma regra não cederá perante um princípio que tenha maior peso do que o princípio no qual esta regra esteja calçada. Daí que o caráter *prima facie* das regras, além de diferente, é, em essência, mais forte que o dos princípios.⁴⁸

3.2.2 AS NORMAS RESTRITIVAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, visto serem normas, podem estar estruturados na forma de regras ou na de princípios. Os que estão contidos na Constituição Federal, em especial para este trabalho os do art. 6º, estão formulados enquanto princípios. Para que se tenha um adequado manejo destes direitos (e, portanto, para que sejam concretamente efetivados), é necessário um modelo de aplicação que esteja a meio-termo entre vinculação e flexibilidade.⁴⁹ Um modelo sem vinculação não permitirá que os direitos fundamentais exerçam força normativa suficiente para serem impostos perante o Estado; um modelo sem flexibilidade

⁴⁶ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 79 et seq.

⁴⁷ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 80.

⁴⁸ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 79 et seq.

⁴⁹ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 38.

tornará sua efetivação deveras restrita, na medida em que, se não for possível a sua plena realização, não será em nenhuma medida efetivado. O modelo aqui apresentado, que prediz os princípios enquanto mandados de otimização, está posicionados neste meio-termo. Para que se efetive concretamente estes direitos, destarte, é necessário uma teoria que possibilite haver restrições a eles e, concomitantemente, serem efetivados na maior medida possível.

Para Alexy, as restrições aos direitos fundamentais são “normas que restringen las posiciones *prima facie* de derecho fundamental”.⁵⁰ O primeiro carácter que uma restrição deverá possuir, portanto, é a de norma. Somente uma norma poderá restringir outra. Mais do que isto, estas normas deverão derivar sempre da Constituição, seja diretamente (normas de nível constitucional), seja indiretamente (normas de nível infraconstitucional que possuem autorização constitucional).⁵¹ Isto, inclusive, em respeito à hierarquia normativa dos direitos fundamentais.⁵²

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, v.g., “nos termos da lei” (art. 5o, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5o, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5o, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5o, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula da “função social” (art. 5o, XXIII).⁵³

A questão das restrições nos leva imediatamente à diferenciação, feita no ponto anterior, entre o carácter *prima facie* e o carácter definitivo de um direito fundamental. As restrições operam apenas no carácter *prima facie*; se se aplicassem no carácter definitivo, não seria uma restrição ao direito, mas sim uma violação, no sentido de ser um ato atentatório à norma jusfundamental.

Em um primeiro momento, indaga-se se uma determinada ação ou omissão é conteúdo de um direito *prima facie*. Reconhecido o direito *prima facie*, procede-se a uma busca de eventuais restrições a este direito com base em eventuais normas restritivas. Estas normas restritivas tanto podem ter a característica de princípios como de regras. No caso de existirem normas restritivas, procede-se, então, ao exame de sua proporcionalidade. Caso essas

⁵⁰ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 244.

⁵¹ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 244.

⁵² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 36.

normas restritivas não sejam proporcionais, então se reconhece um direito definitivo.⁵⁴

O ponto que nos é nevrálgico: o direito definitivo poderá ser realizável judicialmente⁵⁵.

3.2.3 O EXAME DA PROPORCIONALIDADE

Quando fala-se de exame de proporcionalidade refere-se ao princípio geral de direito homônimo. Há algumas acepções possíveis (e necessárias) de serem feitas quando pensamos nos princípios a partir do *princípio da proporcionalidade*, também chamado no Brasil de *princípio da razoabilidade*.⁵⁶ Isto porque têm os dois conexão, decorrendo um do outro.

O princípio da proporcionalidade se divide, pois, em três subprincípios; são eles, nas palavras de Luís Roberto Barroso:

(a) da *adequação*, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) da *necessidade* ou *exigibilidade*, que impõe a verificação da existência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) da proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.⁵⁷

O princípio da proporcionalidade funcionará, para os direitos de defesa, como um preceito de proibição de excesso. Por decorrência, para os direitos prestacionais funcionará como proibição de não-suficiência.⁵⁸ Ambos são resultantes lógicos da essência dos direitos fundamentais, quando suas normas estão estruturadas na forma de princípios.⁵⁹ Se equivalem e funcionam como limitadores da atuação estatal: “o Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição de excesso, e por outro, por meio de limites

⁵⁴ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006, p. 62-63.

⁵⁵ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006, p. 62.

⁵⁶ Este, segundo Alexy, não se trata de um princípio, na acepção aqui exposta: “apesar de que el principio de proporcionalidad suela ser llamado de esta manera, no se trata de un principio en el sentido aqui expuesto. La idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se ponderan frente a algo diferente [...]. Por lo tanto, los tres subprincipios tienen que catalogarse como reglas.” (2008, p. 92)

⁵⁷ BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 219-220.

⁵⁸ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006, p. 76.

⁵⁹ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 92.

inferiores da proibição de não-suficiência”.⁶⁰ Como muitos direitos, o direito à moradia possui uma natureza dúplce quanto às prestações que lhe são devidas; no seu caso, a análise será realizada tendo em vista ambos os limites.

Sendo os três subprincípios facetas do princípio da proporcionalidade *lato sensu*, portanto nele contidos, um meio deve estar de acordo com todos os três para que seja considerado adequado, isto é, para que seja aprovado no exame de proporcionalidade. Passa-se à análise individual de cada subprincípio.

3.2.3.1 Subprincípio da adequação

O subprincípio da adequação avalia o meio que se emprega para atingir um objetivo; esta análise leva em conta, exclusivamente, a adequação em função do fim, não estabelecendo, neste momento um exame de pertinência (v.g., se afeta ou não outros direitos fundamentais). Basta que o meio empregado esteja apto a atingir o objetivo; deve, pois, haver uma relação silogística entre meio e fim.

Se o meio M_1 não é adequado para atingir o princípio P_1 , então ele estará proibido de ser utilizado para a resolução do caso. Se o meio M_2 é adequado, então é permitido sua utilização. Isto funciona também para a análise das restrições.

Funciona de forma idêntica em ambos os sentidos de proibição de excesso e de proibição de não-suficiência.

3.2.3.2 Subprincípio da necessidade ou exigibilidade

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade é o que avalia a pertinência do meio em relação ao fim. Possui aspectos diferentes para direitos prestacionais e para direitos de defesa: o meio escolhido deverá ser aquele que cause maior satisfação possível ou menor ingerência possível, respectivamente⁶¹.

⁶⁰ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76.

⁶¹ Estas duas posições são, ao cabo, dois lados de uma mesma moeda. De acordo com o ponto de vista tomado, uma medida que vise promover um direito prestacional poderá causar ingerência em outro direito fundamental, da mesma forma que uma medida que vise assegurar um direito de defesa poderá causar satisfação a um outro direito fundamental. Esta diferenciação torna-se mais nebulosa ainda conforme a compreensão de que os direitos fundamentais, todos, são passíveis de prestações positivas e negativas, conforme as circunstâncias apresentadas.

Mais do que adequado, o meio deverá ser efetivo em relação aos princípios envolvidos, tanto o que se vai promover quanto o que restará afetado, e, ainda, outros correlatos. O mesmo pensamento serve para a análise das restrições. Desta forma, se se está diante da análise dos meios M_1 , M_2 e M_3 , sendo que são todos igualmente adequados para a realização de um determinado fim (a realização de um princípio P_1), mas M_1 prejudica em maior medida um princípio P_2 , e M_2 prejudica em maior medida um princípio P_3 , então M_1 e M_2 estão proibidos.

O subprincípio da necessidade ou exigibilidade, bem como o subprincípio da adequação, está relacionado com as possibilidades fáticas que circundam o problema.

3.2.3.3 *Subprincípio da proporcionalidade stricto sensu*

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que a aplicação da lei da ponderação, nos moldes vistos na sessão 3.2.1.3. Uma vez que os direitos fundamentais são mandados de otimização, exigem do Estado a sua satisfação ou não-ingerência no maior grau que as condições fáticas e jurídicas permitam. Logo, uma ponderação de direitos fundamentais levará em conta os graus de satisfação ou de não-ingerência pelos meios adequados e necessários (isto é, que estejam em acordo com os demais subprincípios). Em síntese, segundo Canotilho:

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação do meio para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à «carga coactiva» da mesma. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de «medida» ou «desmedida» para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.⁶²

Desta sorte, se o meio M_1 está de acordo com os demais subprincípios, deve-se analisar o seu grau de satisfação perante o princípio P_1 e, da mesma forma, deve-se analisar o grau de afetação de M_1 perante o princípio P_2 , que está em colisão com P_1 . Se o grau de ingerência de M_1 em P_2 é grave e o grau de satisfação de M_1 em relação a P_1 é leve, então a utilização do meio M_1 não é razoável, apesar de ser adequado e necessário. Logo, M_1 está proibido e outros meios devem ser buscados. No que pertine às restrições, a ponderação ocorrerá entre o princípio que se pretende restringir e o princípio que embasa a restrição.

⁶² CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6ª. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 384.

Diferentemente dos outros subprincípios, a ponderação se dará sob as possibilidades jurídicas.⁶³

3.2.4 A JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Aos direitos sociais, na medida em que comportam principalmente prestações positivas, têm-se negado a possibilidade de exigência perante o Judiciário. No momento em que se reconhece que comportam prestações negativas, outrossim, lhes é admitido a justiciabilidade, ainda que restrita a este particular. Perante a teoria aqui exposta, contudo, “não é adequada a asseveração que direitos a ações positivas não seriam determináveis estruturalmente. Não surge neles nenhum problema que não se apresente também no âmbito dos direitos de defesa”.⁶⁴

É certo que uma análise do conteúdo do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes levará à conclusão que o Legislativo e o Executivo possuem, em relação ao Judiciário, preferência quanto à efetivação das prestações positivas⁶⁵ – ou, sob outro ponto de vista, possuem um dever primário de atuação, enquanto o Judiciário possui um dever secundário. Isso não afasta, contudo, o poder-dever que incube ao Judiciário, que está associado às omissões ou prestações inadequadas ou insuficientes dos outros entes estatais.

Estes dois princípios – democrático e da separação dos poderes – têm sido invocados com frequência como argumentos contrários à justiciabilidade dos direitos sociais. Embora, como examinado, estes sejam plenamente exigíveis judicialmente, aqueles princípios de fato estão em constante colisão com os direitos sociais. O cerne da discussão está no contexto de cada caso, onde se poderá verificar, mediante as condições fáticas e jurídicas presentes, quais apresentam-se mais importantes, através de uma ponderação adequada. Desta forma, poderão ser restringidos total ou parcialmente ou, caso não os sejam, tornar-se-ão direitos definitivos.⁶⁶

⁶³ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 92.

⁶⁴ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006, p. 81.

⁶⁵ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 155 et seq.

⁶⁶ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006, p. 96.

3.3 A RESERVA DO POSSÍVEL

Grande parte dos argumentos contrários à judicialização dos direitos sociais (portanto do direito à moradia), dentro do debate travado na seara jurídica brasileira, invoca como fundamento o chamado “princípio da reserva do possível” ou, ainda, “teoria da reserva do possível”. Inicialmente este argumento foi utilizado por advogados públicos nos debates travados em âmbito judicial envolvendo contendas relativas à efetivação de direitos sociais. O debate foi logo avocado pela doutrina que, mesmo quando para defender a força normativa dos direitos fundamentais, compreendeu, amiúde, este “princípio” ou “teoria” de forma distinta da qual foi originalmente concebida.

A expressão reserva do possível possui origem no julgamento do caso *Numerus Clausus I* pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que leva o nome de uma política de limitação de vagas universitárias levada a cabo na Alemanha em 1960⁶⁷. Esta política deveu-se à tensão criada pelo grande número de interessados em áreas como direito, medicina e farmácia em face do art. 12 da Lei Fundamental (constituição alemã) que prevê o direito à livre escolha do centro de formação, nestes termos:

Artigo 12, (1): Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o de aprendizagem. O exercício da profissão pode ser regulamentado por lei ou em virtude de lei.⁶⁸

Com base neste artigo, estudantes não admitidos em universidades em Munique e em Hamburgo contestaram judicialmente a política *Numerus Clausus*. O Tribunal Constitucional alemão exarou decisão em que distinguiu dois direitos distintos:

Em sua sentença de 08/02/1977, o Tribunal faz uma distinção, com maior clareza que na primeira sentença sobre o caso *numerus clausus*, entre ‘o direito (abstrato), garantido constitucionalmente, de ser admitido na carreira de sua escolha, que é devido ao cidadão que satisfizer as exigências subjetivas necessárias para a admissão (ter concluído o ensino médio)’, e que se encontra ‘sob a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo razoavelmente pode esperar da sociedade’; e entre uma ‘pretensão individual (concreta) do cidadão, exigível judicialmente, à ampliação das possibilidades de formação’.⁶⁹

⁶⁷ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98.

⁶⁸ ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Berlim: Parlamento Federal Alemão. Departamento de Relações Públicas, Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

⁶⁹ ALEXYS, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 92, p. 388. Tradução nossa. Original em espanhol:

Dito de outra forma, o Tribunal Constitucional alemão faz distinção, respectivamente, entre (i) um direito *prima facie*, de ser admitido no curso universitário de sua escolha, que poderá ser restringido pela reserva do possível; e (ii) um direito definitivo, qual seja o da ampliação das possibilidades de formação. Desta forma, a reserva do possível afigura-se como sendo nada mais do que uma restrição ao direito contido no art. 12, devendo ambos serem objeto de ponderação entre si. A referência àquilo que “o indivíduo razoavelmente pode esperar da sociedade” nada mais é do que uma alusão ao exame de proporcionalidade. “Portanto, a reserva do possível, como cláusula restritiva ao direito *prima facie*, não significa a ineficácia ou não-aplicabilidade imediata do direito. Ela expressa simplesmente a necessidade da ponderação entre princípios.”⁷⁰ Não se trata, pois, nem de princípio e nem de teoria, sendo classificado por Lobo Torres como um “conceito heurístico aplicável aos direitos sociais”.⁷¹

Infelizmente, a reserva do possível foi importada para o debate jurídico brasileiro a partir de uma compreensão equivocada, objetivando antes sustar a efetivação dos direitos sociais do que compreender melhor as hipóteses de seu cabimento, passando a ser utilizada como argumento para legitimar a ausência do Estado nos seus deveres de provedor, em outras palavras, utilizada contra as funções precípua do Estado Social. Canotilho critica da mesma forma a realidade portuguesa:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.⁷²

Esta confusão é devida, em grande parte, às dificuldades que possui a doutrina germânica de penetração no país, tendo em vista, principalmente, a dificuldade de aprendizado que é característica do idioma alemão e à falta de tradição do seu ensino no país, o que dá margem a interpretações duvidosas, por imperícia ou imparcialidade, de forma a

Em su Sentencia del 8.2.1977, el Tribunal distingue, con mayor claridad que en la primera Sentencia sobre el *numerus clausus*, entre ‘el derecho (abstracto), constitucionalmente garantizado, a ser admitido para la carrera de su elección y que es propio del ciudadano que satisface las exigencias subjetivas impuestas para la admisión (haber culminado el bachillerato)’, y que se encuentra ‘bajo la reserva de lo posible, en el sentido de aquello que el individuo puede esperar razonablemente de la sociedad’, y una ‘pretensión individual (concreta) del ciudadano, judicialmente exigible, a la ampliación de las posibilidades de formación’.

⁷⁰ LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

⁷¹ TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.

deixar o estudioso à mercê de um verdadeiro telefone-sem-fio jurídico. É devido, por outro lado, à falta de dedicação científica do operador jurídico brasileiro: “na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais.”⁷³

Apesar disto, muitos dos argumentos propostos a fim de explicar a reserva do possível são merecedores de análise mais aprofundada, por funcionarem como restrição aos direitos fundamentais *prima facie*, e ao direito à moradia de modo particular. Neste diapasão, Ingo Sarlet, ao analisar a decisão exarada no caso *Numerus Clausus* conclui que;

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.⁷⁴

De tal forma que podemos concluir que a reserva do possível, em seus múltiplos aspectos, será resolvida com base na ponderação de princípios.

Cabe analisar outro argumento recorrente, que é utilizado erroneamente como se derivado da reserva do possível fosse, acerca da legitimidade de atuação do Judiciário de forma subsidiária ao Legislativo e ao Executivo. Não se trata aqui de interferência no princípio da separação de poderes, que também é resolvido via ponderação na medida em que seu grau de intervenção seja justificado pelo grau de satisfação do direito fundamental exigido judicialmente. Segundo este argumento, o Poder Judiciário não estaria legitimado para tomar

⁷³ BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002, p. 237; apud ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

⁷⁴ SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 307.

decisões referentes ao implantamento de políticas públicas ou invalidar as decisões dos outros Poderes, uma vez que os agentes do Legislativo e do Executivo foram eleitos democraticamente, via sufrágio, portanto representantes da soberania popular; os agentes do Judiciário, não eleitos, careceriam então de legitimidade democrática. Em contraposição a este argumento há duas justificativas, uma de ordem normativa e outra de ordem filosófica.⁷⁵

O argumento normativo é singelo. Diz respeito ao próprio tratamento que recebe a questão no plano normativo constitucional. Com efeito, é a própria Constituição Federal que reserva ao Judiciário (art. 5º, XXXV),⁷⁶ e em especial ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, *caput*),⁷⁷ a incumbência de proteção das normas jurídicas, em especial dos direitos fundamentais. É ela, ainda, que prevê que os julgadores não terão mandados eletivos, sendo providos mediante concurso público. De outra banda, cabe aos magistrados a interpretação e aplicação das leis, de forma a concretizar as escolhas tomadas democraticamente pelos representantes do povo, formal e materialmente; se houver ingerência do Judiciário em uma dessas escolhas, será decorrência da ordem hierárquica que possuem. Uma vez que o processo interpretativo somente ocorrerá através de um ato de vontade nos limites que o legislador der margem, após realizada a devida interpretação cognoscitiva⁷⁸, não haverá interferência por parte do magistrado na força democrática da lei; admitir o contrário seria descaracterizar o direito enquanto ciência.

Em decisão exarada pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 19 de maio de 2015, se discutiu a possibilidade de aplicação da reserva do possível. Tratava-se de caso em que o Município de Niterói requeria, dentre outros, a aplicação da reserva do possível a fim de ser reformar decisão mandamental que incluiu o requerido em programa habitacional e determinou que recebesse aluguel social, em função de sua residência ter sido interdita pela defesa civil municipal em decorrência de desastres ambientais. Nesta oportunidade, a Turma se pronunciou da seguinte maneira:

Acerca da teoria da reserva do possível, a jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal entende inaplicável por injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado. Nesse sentido, a

⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, 1998. Semestral, p. 10.

⁷⁶ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988)

⁷⁷ “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]” (BRASIL, 1988)

⁷⁸ KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 248 et seq.

intervenção judicial torna-se possível, pois não se trata de inovação na ordem jurídica, mas apenas determinação de que o Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. Ademais, a jurisprudência desta Corte também abona a possibilidade de controle jurisdicional na espécie, tendo em vista a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais na implementação de políticas públicas.⁷⁹

O argumento filosófico diz respeito ao conceito de democracia constitucional, modelo adotado pelo Brasil e que está positivado no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Se, por um lado, o poder emana do povo (princípio democrático), por outro lado, cabe a Constituição lhe dar forma e lhe restringir. Possui, portanto, duas funções elementares a Constituição: (i) a de estruturar a democracia, garantindo a soberania popular e a ampla participação política; e (ii) proteger os direitos fundamentais das decisões dessa maioria. As normas de direito fundamental vinculam o legislador,⁸⁰ de forma que cabe ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição, garantir que essa vinculação seja concretizada, através do controle de constitucionalidade. Conforme assevera Gerardo Pisarello:

Si lo que se pretende es que los tribunales difieran al legislador todas las cuestiones que involucren decisiones fiscales o de política social, lo lógico sería no optar por democracias constitucionales. A diferencia de las democracias simplemente parlamentarias o presidencialistas, fundadas en la idea (con frecuencia sólo formal) de la soberanía del legislador o del ejecutivo, una democracia constitucional sopesa límites, incluso a las mayorías electorales, cuando éstas, por acción u omisión, vulneran derechos de los ciudadanos.⁸¹

Neste contexto, Alexy elabora um enunciado geral acerca dos direitos prestacionais:

Sobre la base de las normas de derecho fundamental, cada cual tiene las posiciones de derechos prestacionales que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su atribución o denegación no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple.⁸²

Em recente decisão examinada de acordo com a sistemática dos recursos repetitivos, o Supremo Tribunal Federal elaborou a seguinte tese de repercussão geral:

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 855.762 – RJ. Recorrente: Município de Niterói. Recorrido: Jefferson Marques Faria. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 19 mai. 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8597788>>. Acesso em 07/12/2015.

⁸⁰ ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 395.

⁸¹ PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003, p. 158-159.

⁸² ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2008, p. 398.

É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o artigo 5º (inciso XLIX) da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes.⁸³

Lembra-nos Luis Roberto Barroso que “a ausência da prestação será sempre inconstitucional e sancionável; mas determinar se ela é plenamente satisfatória é tarefa árdua, muitas vezes, e impossível outras tantas”.⁸⁴ Pois o âmago da discussão é justamente este, o papel do Judiciário por excelência. Entender de modo contrário seria declarar a ineficácia de suas ordens.

⁸³ (RE 592581 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128)

⁸⁴ BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 103.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho é fruto das aflições políticas que vivemos no Brasil.

Quando da realização de pesquisa jurisprudencial, cujo foco esteve a todo momento voltado para a posição do Supremo Tribunal Federal, encontrou-se parco material para análise. Embora desde 2000 expressamente contido no rol de direitos fundamentais da Constituição, o direito à moradia não suscitou, perante à suprema corte pátria, debate aprofundado sobre sua aplicação ou conteúdo, senão em situações excepcionais. Um observador estrangeiro, desatento, que tenha feito contato com a legislação brasileira referente ao tema – a qual possui inquestionáveis e significantes avanços técnicos – poderia concluir que a falta de judicialização da matéria, principalmente em nível de controle constitucional (Supremo Tribunal Federal), é sinal de um panorama social cujas condições de habitabilidade estão razoavelmente adequadas.

Essa assertiva é sabidamente falaciosa. A falta de judicialização em nível extraordinário é decorrência de uma série de fatores distintos que merecem análise mais aprofundada da que aqui pode ser feita. Por suposto, ela acompanha a falta de políticas sociais, motivo pelo qual a reserva do possível atua, no país, enquanto verdadeira égide para os defensores de um Estado mínimo e da retomada da política neoliberalista posta em marcha na década de 1990.

O Partido dos Trabalhadores, ao suceder os governos neoliberais, não desejosos de promover rompimento com o modelo econômico imposto pelas potências mundiais, promoveu a inclusão social mediante o acesso ao consumo, contributo insuficiente para a deflagração do processo de emancipação popular. Neste ínterim, as moradias, em especial aquelas situadas nas zonas urbanas periféricas, mantiveram-se em um mesmo nível geral de adequação. Se antes seu interior era escasso em relação a bens de consumo – móveis, eletrodomésticos, itens de lazer e suprimentos dos mais variados –, já não o é mais; sua estrutura e entorno, todavia, continuam as mesmas, no mesmo contexto que a falta de políticas públicas desenvoltas suscita. Quer se dizer, em suma, que pouco avanço obteve-se em relação às condições de habitabilidade e à ampliação no acesso a serviços, infraestrutura e equipamentos públicos. Muitas moradias seguem localizadas em ambientes inapropriados, sobre zonas de alto risco estrutural; os preços imobiliários, mormente dos aluguéis, seguem em ascensão, restringindo cada vez mais o acesso à moradia em zonas urbanas centrais, nas

quais há um mais elevado grau de infraestrutura. As políticas habitacionais são desviadas do seu papel cardinal de promoção dos direitos fundamentais, sendo muitas vezes instrumentalizadas de acordo com interesses específicos advindos das relações espúrias que mantém o Poder Público com os setores econômicos. As remoções levadas à cabo sob o escopo do progresso, sobretudo em razão da organização de megaeventos sediados em solo nacional – Copa do Mundo de Futebol da FIFA de 2014 e as Olimpíadas de 2016, especialmente – ferem os direitos fundamentais mais variados, principalmente o de moradia, e são realizadas a partir de pressupostos inequivocamente higienistas.

A concretização do Estado Social no país ainda é um desafio. Na medida em que o Poder Público é ineficiente, o Judiciário apresenta-se como o último bastião apto a satisfazer as pretensões legitimamente esperadas dos direitos sociais postos na Constituição. Apostar no Judiciário como concretizador destas políticas, contudo, é utópico. A começar pela própria atuação do Supremo Tribunal Federal, que nega ao tema uma abordagem aprofundada, resolvendo as questões de pranto e sem adentrar na delimitação do conteúdo dos direitos. Neste sentido, a Súmula 279 daquele Tribunal, que diz que “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, funciona, por vezes, como entrave para a observância de tais direitos, na medida em que utilizado à largo para não conhecimento de recursos – ainda que estejam envolvidas questões de direito junto às de prova.

O modelo teórico utilizado neste trabalho é adotado pelo Supremo Tribunal Federal recorrentemente, inclusive de maneira explícita. Seu grande mérito está em poder garantir a efetivação dos direitos sociais na maior medida possível, sem deixar de observar os demais direitos fundamentais. Portanto é, sobretudo, uma teoria democrática. Desta forma, espera-se que este trabalho possa ser de grande valia na compreensão do direito à moradia enquanto um direito exigível judicialmente.

5 BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Santo. Confissões. **Coleção os pensadores**, vol. VII. Tradução de J. Oliveira Santos e A. Ambrósio de Pina. São Paulo: Abril cultural, 1980.

ALEMANHA. Constituição (1949). **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 07 dez.

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. 2ª. ed. Madrid: Centro de estudios politicos y constitucionales, 2008.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2002; apud ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível . **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24062>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, v. 11, n. 15, p.13-38, 1998. Semestral.

BARROSO, L. R. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da constituição**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Direito. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 349-353.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 27ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BORGES, Vinícius Verdi. **Direito fundamental social à moradia: contornos jurídico-normativos e o papel do Estado na sua efetivação**. 2012. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Congresso Nacional. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte: Atas da Comissão de Sistematização**. 1987. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/sistema.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 07 dez. 2015.

- CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6^a. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004, p. 481.
- COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DWORKIN, R. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martin Fontes, 2002.
- GADAMER, H.-G. **Verdade e método**. Tradução de Enio Paulo Gianchini. Petrópolis: Vozes, v. II, 2004.
- GRAU, E. R. **A ordem econômica na constituição de 1988: (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- HESSE, K. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HUGO, V. **Os miseráveis**. São Paulo: Edameris, v. 3, 1967, p. 22.
- KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEIVAS, P. G. C. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livaria do Advogado, 2006.
- LINS JÚNIOR, G. S. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista do Mestrado em Direito (UFAL)**: Maceió, v. 1, p. 15-90, 2005.
- MARX, K.; ENGELS, F. **A ideologia alemã**. Tradução de Luis Carlos de Castro e Costa. 2^a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. MATTEUCCI, Nicola. Direitos Humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 353-355.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENGOZZI, Paolo. Direitos Humanos. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de política**. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p. 355-361.
- NASSAR, Paulo André Silva. **Judicialização do direito à moradia e transformação social: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**. 2011. 134 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.
- PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS 2010. Brasil. Rio de Janeiro: **IBGE**, v. 27, 2010, p. 82. Disponível em <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45700.pdf>>. Acesso em 07 dez. 2015.
- PISARELLO, G. **Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción**. Barcelona: Icaria editorial, 2003.
- ROLNIK, R. . **Política urbana no Brasil: esperança em meio ao caos?**. Revista da ANTP, São Paulo, 2003.

- REZEK, J. F. **Direito internacional público: curso elementar**. 15^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.
- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Notas a respeito do direito fundamental à moradia na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 687-721.
- SILVA, J. A. D. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 7^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
- SILVA, J. A. D. **Curso de direito constitucional positivo**. 25^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- TORRES, R. L. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.