

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**DIREITO À MORADIA E CORTES CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO
COMPARADO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A
CORTE CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANA**

THATYANE ALECRIM AZEREDO

Rio de Janeiro
2018/ 2º semestre

THATYANE ALECRIM AZEREDO

**DIREITO À MORADIA E CORTES CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO
COMPARADO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A
CORTE CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Bolonha**.

Rio de Janeiro
2018/ 2º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

A366d Alecrim Azeredo, Thatyane
DIREITO À MORADIA E CORTES CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANA / Thatyane Alecrim Azeredo. -- Rio de Janeiro, 2018.
352 f.

Orientador: Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha.

Coorientador: Jean Rodrigo Ribeiro de Pontes. Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Direito à Moradia. 2. Direitos Sociais. 3. Supremo Tribunal Federal. 4. Corte Constitucional Sul-Africana. 5. Capacidade Institucional. I. Pereira das Neves Bolonha, Carlos Alberto, orient. II. Ribeiro de Pontes, Jean Rodrigo, coorient. III. Título.

THATYANE ALECRIM AZEREDO

DIREITO À MORADIA E CORTES CONSTITUCIONAIS: UM ESTUDO
COMPARADO ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE
CONSTITUCIONAL SUL-AFRICANA

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Carlos Bolonha**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha

Membro da banca

Membro da banca

Rio de Janeiro
2018 / 2º Semestre

*A Deus, por seu infinito amor.
Aos moradores do Campo de Santana que tanto me inspiraram e a quem desejo condições
dignas de vida e principalmente o acesso à devida moradia.*

AGRADECIMENTOS

Esses dias eu estava lendo sobre gratidão e descobri que, diferentemente da palavra “obrigado” que tem em sua origem o *obligatus*, do latim, significando *obligare*, ligar, amarrar. Gratidão vem do latim *gratia*, que significa literalmente graça, ou *gratus*, e que por sua vez significa agradável. É, dessa forma, um reconhecimento agradável por tudo quanto se recebe ou lhe é reconhecido, uma emoção, que envolve um sentimento e, portanto, não há ligações por obrigações, mas apenas pela graça e graça é uma expressão de amor. Por isso, mesmo quando eu disser “obrigada”, estarei dizendo isso com o significado de gratidão.

Minha vida é repleta de gratidão e não poderia deixar de tentar expressar isso nessa, que eu costumo dizer que é uma das minhas partes favoritas da monografia. Primeiramente eu gostaria de agradecer ao meu melhor amigo em tudo. Ele sonhou com esse momento antes mesmo que eu pudesse imaginar que estivesse acontecendo. É ele quem cuida de mim com todo amor, carinho e zelo. Eu jamais, em toda minha vida, serei capaz de expressar o quanto sou grata por cada detalhe de seu cuidado. Deus (papai), eu poderia começar lembrando do sacrifício do seu filho e essa já seria prova de amor suficiente, mas o senhor é tão maravilhoso que sempre me vejo inundada de mais e mais da sua graça. Sou grata por me amar primeiro, por ser sua filhinha, por me amar não por quem sou, mas apesar disso e porque mesmo sendo completamente imperfeita, o Senhor só me ama cada vez mais. Obrigada porque quando eu pensei em desistir, o senhor me deu o dobro de motivos para louva-lo. Eu o amo com todo o meu coração e de toda a m'alma.

Quero agradecer também à minha família que sempre esteve comigo. Vocês sabem o quanto esse momento significa. Eu não tenho mais lágrimas pra derramar de tanto que choro ao lembrar que nunca foi fácil. Obrigada por sempre me amarem e com esse amor todo, me tornarem mais forte. Especialmente, agradeço aos meus pais, Marcelo e Eliane, que apesar das dificuldades sempre fizeram de tudo para o meu bem e me ver sorrindo. Minha mãe, aos 19 anos se viu com uma criança pra cuidar e mesmo precisando trabalhar e estudar, nunca reclamou de ao chegar brincar de boneca ou de escolinha comigo. Obrigada por me presentear com o meu “cantinho da leitura” e me apresentar ao incrível mundo da leitura. Mãe, você me inspira. Ao meu pai, aquele que me entende como ninguém, com a inteligência mais múltipla que eu conheço. Obrigada por ser meu norte, pelos inúmeros perdões e por me amar infinitamente e por ser minha fonte da minha inspiração.

Não posso deixar de agradecer aos meus irmãos, meus tesourinhos que tem todo meu amor desde ainda o ventre da minha mãe. Aqueles por quem eu daria a minha vida e sempre vou proteger. Obrigada por entenderem minha ausência e continuarem me amando cada vez mais. Obrigada, lito, por ser meu parceiro e cúmplice em tudo desde que me entendo por gente. Obrigada por acreditar em mim e por ser a minha metade, a parte que me preenche. Obrigada Celly por ser essa menina tão especial e linda. Quando eu vejo você crescendo, eu sinto uma responsabilidade ainda maior de ser alguém melhor por você. Ao Clayton, meu irmão mais velho de coração por todo seu amor.

Aos meus avós, Arlete, Eliezer, Irene e Milton - *in memorian* - por serem fonte de conhecimento, de amor, carinho e respeito. Eu não sei como seria sem vocês, obrigada por serem minha base e meu refúgio. Também à Ari, Nuri (que desde sempre me ninou e deu colo nos momentos difíceis), Ludy (a quem eu amo como minha irmã mas que cuida de mim como minha mãe), Tio Tiago, Tio William, Tio César, Tia Débora, Tio Welligton e minha dinda Tia Cláudia (minha musa inspiradora acadêmica) por serem tios tão amorosos que não medem esforços pra me fazer feliz e superam a saudade por saberem que só estou longe fisicamente, já que estão sempre em meu coração. Aos meus primos: Mari, minha princesa de sorriso frouxo; ao Thutu - *in memorian* - meu único afilhado que veio alegrar minha vida um tempinho e se foi para olhar por nós do céu e me deixou tanta saudade; Jhully, Leo, Miguel, Fernandinha, João Marcos, Pedro Farias, Luana e Eduardo fontes do meu amor.

Gostaria de agradecer também, de maneira especial, a todos aqueles que foram meus professores e desde sempre me inspiraram a ser alguém melhor. Agradeço à Tia Fabiana porque desde as primeiras palavrinhas enxergou em mim potencial. Aos professores Lúcia e André Luíz e Leandro Garcia que me apresentaram a história, a geografia política e a literatura de maneira encantadora e significou um dos primeiros passos para que no futuro eu quisesse estudar direito. Ao meu professor do pré-vestibular Jorge Crim que nunca duvidou de que eu fosse conseguir realizar meu sonho de estudar direito. Com imenso carinho e gratidão agradeço aos professores da FAETEC que em meio ao caos do nosso ensino público, conseguiram passar conhecimento com tanto amor e dedicação. Em especial aos professores Vitor Fernandes e Pedro Carné, o primeiro por me impulsionar a seguir o meu sonho de estudar direito e por tantos debates após as aulas de sociologia e o segundo porque quando nem eu acreditei na minha capacidade, ele me deu um livro “A República” de Platão e

escreveu a seguinte dedicatória: “que esse livro guie seus futuros passos jurídicos”. Vocês foram e continuam sendo maravilhosos e tenho muito orgulho de poder dizer que fui aluna de cada um.

Com o coração repleto de gratidão, aos meus professores nas universidades que auxiliaram a confirmar a minha paixão pelo direito. Esses para os quais eu olho e penso “quero ser assim quando eu crescer” – mesmo estando grandinha. Ao meu orientador Carlos Bolonha, a quem admiro imensamente por sua dedicação, sua inteligência, didática, respeito e por ser uma pessoa tão doce, ainda que de tão forte possua uma capa aparentemente difícil de penetrar. Obrigada, professor, por acreditar na minha capacidade, afinal o Everest é logo ali! Por se dispor a me orientar e principalmente por me apresentar, de maneira gentil e ao mesmo tempo incisiva, o mundo da pesquisa acadêmica, pelo qual me descobri encantada. Também gostaria de agradecer ao meu coorientador Jean Pontes, a quem sou imensamente grata por toda sua atenção, zelo, paciência, compreensão e por ser tão inspirador. Obrigada pelas correções, os elogios, os conselhos e por ser tão presente, me ensinando tanto. Se algum dia eu tiver um terço da sua competência, eu já estarei imensamente feliz.

Agradeço à Ana Paula de Barcellos por ter sido a principal responsável pelo meu primeiro amor, o Direito Constitucional. Sou imensamente grata por todo seu carinho, atenção e amizade. Obrigada por toda ajuda sempre, por mesmo com a rotina agitada sempre arrumar um tempinho pra depois de me ouvir desesperada sobre algum assunto, me ajudar a pensar didaticamente naquilo e fazer tudo parecer tão simples. Também ao professor Paulo Emílio por ter me apresentado ao meu segundo amor, o Direito Internacional. Obrigada por todo aprendizado não apenas como sua aluna, mas como sua monitora. Obrigada por me confiar essa tarefa tão linda e por me perdoar ter seguido a linha constitucional apesar de também amar Direito Internacional.

Sou grata ainda aos outros tantos professores que me inspiram na academia ou que de alguma maneira contribuíram com a confecção desse trabalho ou na conclusão dessa primeira etapa de minha formação. Com carinho especial aos que me marcaram com a forma de ensinar, com conselhos sábios nas aulas ou em bancas de apresentação de pesquisa, sorrisos em sala e por tornarem o aprendizado acadêmico algo ainda mais incrível: Vania Aiêta, Jorge Câmara, Isabella Ferrari, João Berthier, Eduardo Nunes, Daniela Barcellos, Chiara de Teffé,

Fábio Shecaira, Carlos Rebello, Leonardo Ribeiro da Luz, Thiago Gondim, Antônio Santoro, Fábio Souza, Felipe Marçal, Ivan Garcia, Siddharta Legale e Rodrigo da Guia.

Grande parte de todo meu aprendizado no decorrer desses últimos anos também não seria possível sem pessoas tão maravilhosas em minhas experiências profissionais. Sou grata aos meus primeiros chefes do meu primeiro estágio feito na vida, em segurança do trabalho na UERJ, obrigada a cada um por cada momento, em especial Patrícia, Neemias, Eduardo, Tatiana, Eloá e Monalisa. Com muito carinho e extrema admiração agradeço aos responsáveis por me concederem a oportunidade do meu primeiro estágio no Direito: Júlio Costa e Dennis Zimmermann, que honra iniciar minha trajetória com profissionais como vocês. Obrigada por cada ensinamento em meio a tantos sinistros. Também agradeço com muito fascínio e afeição à Renata Vilella, ao Pedro Fernandes e à Isabella Olivieri por terem me ensinado tanto no direito civil, em especial o direito de família, e por toda paciência e carinho no meu tempo de estágio. Com muita estima também agradeço à toda equipe de Direito Tributário do escritório Castro Barros que tanto me acolheu e onde eu evoluí muito como pessoa e profissionalmente. Agradeço ainda à Defensoria Pública e à AGU, lugares onde iniciei meu aprendizado prático da advocacia pública e foi maravilhoso. Não posso deixar de mencionar os responsáveis por uma das melhores experiências da minha vida que foi ter o privilégio de estagiar no BNDES. Márcia Cittadino, Roberta Backer, Tábata Poleze, Janaina Reis, Ernesto Plastina, Pedro Cozzolino, Alberto Coutinho e Cintia Corenza, a vocês a minha eterna gratidão e amor. Obrigada por terem tornado esse 1 ano e meio essencial na escolha inclusive da carreira que quero seguir. Obrigada por me ensinarem a importância do BNDES e do saneamento ambiental, inclusive essencial para o exercício do Direito à Moradia de maneira plena do qual eu tanto abordo nas páginas a seguir. Vocês são inspiradores. Foi uma honra.

E como seria o meu caminho sem os anjos que Deus colocou em meu caminho? Aqueles a quem eu chamo de amigos? A vocês, meus melhores amigos, eu sou tão grata que nem páginas de uma nova monografia seriam suficientes pra expressar isso. À Kaka - meu anjo, mais nova que eu e ainda assim minha irmã mais velha, ao Theus - minha versão menino, tão príncipe implicante, mas essencial e a Vic - meu filtro de senso e quase minha mãe leoa de tão protetora, minha dupla de vida - por terem sido meus melhores amigos durante esses cinco anos e meio e continuarem sendo. Obrigada por cada carinho, viagens e lágrimas que derramamos juntos. Não importa a distância ou o tempo, eu sempre posso contar com vocês, assim como por toda eternidade podem contar comigo e com todo o meu amor.

Obrigada por não me desampararem no momento em que mais precisei, juntamente com Yas e André vocês foram vitais para que eu não desabasse. Serei grata a vocês por isso por toda minha vida.

Nesse sentido, Deus foi surpreendente comigo e me presenteou com o prazer de poder dizer a frase “entrei num grupo bom” quando enviou à minha vida em um momento que me sentia tão triste esse ano, pessoas sensacionais: Ana Lu e toda sua doçura (literalmente sempre, no sentido abstrato nem sempre); Pri com toda sua paz e energia amável, compartilhando surtos de oab e monografia; Ana Carol com sua animação intrínseca; Carol com sua compreensão linda; Thaís com toda sua garra; Bela com sua imaginação; Luiza com sua felicidade; Rafael e seus cartões; Caue com yodinha e os bons livros, juntamente com meus já inseparáveis Kaka, Vic e Theus. Obrigada por todo amparo e por serem essenciais na minha vida. Agradeço ainda à turma 2013.2 da UERJ por tudo que vivemos juntos e porque estarão sempre em meu coração.

Aos meus amigos da FND com quem compartilhei os últimos 3 anos e que me acolheram de maneira tão calorosa em seus corações. Obrigada em especial à Turma 2018. 2 por me acolherem e me fazerem parte de vocês. Ao Letaci que me proporcionou não apenas aprendizado acadêmico como grandes amizades e representando o grupo, agradeço à Luciana Silveira por toda sua paixão e entrega, sendo sempre tão gentil e solícita. Também agradeço à Cru FND, onde fiz amigos e irmãos em cristo. Sou grata por cada momento compartilhado e porque vocês me aproximam de Deus. Em especial ao Lucas e à Amanda que foram os meus líderes e hoje meus amigos que tanto admiro. Também à Kath, Nathi, Fe, Luiz, Lívia, Elias, Maeli, Isaías e todos os outros que só me elevam. Agradeço também à Let, Bia, Jacque e Alana por terem sido minhas primeiras amigas na faculdade e por tudo que vivemos juntas, bem mais nos corredores. Ao Lucas pela grande amizade, ser o ícone das referências *himym* e me dar apoio sempre; Paula por sempre me salvar com seus cadernos e sua alegria; Maycon, torcendo desde o pré-vestibular e depois juntos na FND. À Liz que se tornou uma das minhas melhores amigas da maneira mais surpreendente e preciosa, obrigada por se fazer presente sempre. De maneira carinhosa agradeço também à minha princesinha cearense, Marcela, ao Oziel e ao Mateus Maram por serem amigos tão queridos e companhias pra toda a vida. Sou grata ainda, de forma muito especial, à minha parceirinha de pesquisa que tanto me impulsiona e de quem eu sou cheia de orgulho. Obrigada por sua amizade, força e confiança, Mari.

Com muito afeto quero agradecer também às minhas amigas com quem não apenas dividi residência nesse último ano, mas todo o meu coração. Elas que aguentaram com muito amor, paciência e carinho os meus surtos devido a OAB e monografia. Elas que disponibilizaram o pouco de seus tempos também corridos para me ouvir apresentar, ou me incentivar a escrever, ou comer besteira e andar de bicicleta para distrair ou ainda me ver chorar e dizer que ficaria tudo bem e acreditar na minha capacidade. Obrigada, My (minha amiga mais antiga e minha mãezinha quando a minha de sangue está longe) por ser tanto sempre e por não me deixar desistir, por cuidar de mim e se preocupar tanto. Você me move a sempre continuar; Pati por seu coração tão lindo; Jess pelas noites acordada estudando comigo e por ser uma companhia tão doce; Babi pelos muitos incentivos desde a vida acadêmica às atividades físicas; Duda por acreditar no meu potencial mais que eu mesma; Ju por tanto partilhado; Gi por ser grande inspiração nos estudos e na vida; Dani a melhor vizinha de porta e por me entender tanto; Thai por toda afeição, carinho e o cuidado em oração; Antonia por toda atenção e às irmãs Fabiana e Monica em nome de toda a Congregação da Residência Maria Imaculada pelo acolhimento, imenso amor e zelo. Vocês são maravilhosas e eu amo cada uma.

Não posso deixar de agradecer ainda aos meus grandes amigos que compreendendo minha distância ou ausência em nome do meu sonho, seguem como meus anjos. A eles que não importa quanto tempo passe, sempre estão por mim. Thaís, desde pequeninhas juntas na fé; ao Pegoretti que se tornou um dos meus melhores amigos de maneira natural e tem me apoiado sempre; ao Bernardo por ter sido tão presente esse ano e sempre estar disposto a me ouvir; às minhas meninas Isa, Laís e Mai (IMLT) que com tanto amor e compreensão se mantêm minhas amigas para sempre; Lili e Mari Hipólito pelo carinho e amor desde a infância; Ju por toda preocupação e torcida; Wal, Leo, Rebola, Amanda, João, Dray e Gustavo por terem tornando minha vida mais colorida e linda desde 2010 e se manterem nela torcendo por mim. Aos meus amigos do Twitter que acompanharam minha saga da monografia por todo apoio. Também agradeço com muito esmero aos meus amigos que me ajudaram na confecção desse trabalho, fosse me ajudando com a formatação, revisando textos, apresentação, ou ainda me apoiando e incentivando no processo criativo. Obrigada João, Milena e mais uma vez Bia, Amanda e Kaka pelo carinho e a disposição, essas últimas então eu não sei o que seria sem vocês na reta final. Vocês são incríveis. Obrigada sempre.

Agradeço ainda aos meus irmãos em Cristo porque se não fosse por cada oração eu não estaria hoje aqui. Obrigada à minha família da Igreja Cristã Maranata. Desde pequena aprendi tanto sobre o meu melhor amigo com a ajuda de vocês. Sou extremamente grata pela preocupação de cada um e por nunca me deixarem só e por torcerem tanto.

Por fim, agradeço à UERJ, minha primeira casa, por me ter dado o privilégio de, em meio aos prédios cinzas, conhecer pessoas tão incríveis, obter tão grande aprendizado e seguir acreditando em sua resistência. Ao meu outro grande amor, UFRJ, minha FND que tão bem me acolheu e me apresentou uma infinidade de possibilidades. Eu não poderia ter vivenciado nada melhor. Meu coração é tão geminiano quanto eu. E sou só alegria porque o final desse ciclo marca também o início de muitos outros. Continuarei contando sempre com cada um de vocês com todo o meu amor. E, para não cometer injustiças, a todos os amigos que encontrei no decorrer desta árdua, porém prazerosa jornada. A cada um que me dedicou um pouco de seu tempo, amor ou paciência, deixo registrado o meu mais sincero sentimento de gratidão.

*“Ao desconcerto do Mundo
Os bons vi sempre passar
No Mundo graves tormentos;
E pera mais me espantar,
Os maus vi sempre nadar
Em mar de contentamentos.
Cuidando alcançar assim
O bem tão mal ordenado,
Fui mau, mas fui castigado.
Assim que, só pera mim,
Anda o Mundo concertado.”*

Luís de Camões.

RESUMO

Esta produção acadêmica objetiva avaliar o desempenho transformador do Poder Judiciário, mais especificamente, no que tange às Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana em questões relacionadas ao Direito à Moradia. O estudo tem como referência teórica o significado desse direito como um Direito social fundamental de promoção de moradia adequada. Faz-se a apresentação e crítica do problema habitacional dos países, com auxílio de um estudo primeiramente revisional da doutrina jurídica brasileira e sul-africana sobre Direito à Moradia e segregação espacial urbana, bem como de observação empírica dos dados estatísticos sobre déficit habitacional e a quantidade de casos que demandam a atuação das Cortes. Propõe-se uma metodologia multidisciplinar desenvolvida por meio de um estudo comparado, para aferir o desempenho das Cortes ao se depararem com questões que demandam soluções para a efetivação de moradia adequada. Essa aferição ocorre através da sistematização e análise de três decisões de ambas as Cortes, em que se pretende analisar se o Direito à Moradia é visto como um direito prestacional, como elas decidem a temática e quais as consequências dessas atuações. Conclui-se que, nessas questões, elas obtêm desempenho limitado, haja vista que a transformação social pleiteada ao Poder Judiciário só ocorre se forças econômicas, sociais e políticas estiverem mobilizadas “extra-judicialmente” para tanto. E ainda, não são os órgãos mais capacitados para as resoluções desses conflitos, dependendo da vontade política do Administrador a efetivação das soluções propostas.

Palavras-chave: Direito à Moradia; Supremo Tribunal Federal; Corte Constitucional Sul-Africana; Judicialização de Direitos Sociais; Capacidade Institucional.

ABSTRACT

The following paper intends to evaluate the transformative performance of the Judiciary, specifically regarding the Brazilian and South African Constitutional Courts in matters related to the Right to Housing. The study takes as a theoretical reference the meaning of this right as a fundamental social right to promote adequate housing. This paper exposes and critically analyses the housing problem in these countries, with a first review study of the Brazilian and South African legal doctrine on the Right to Housing and urban spatial segregation, as well as of empirical observation of the statistics about housing deficit and number of cases that require the Courts to act. It proposes a multidisciplinary methodology developed through a comparative study to assess the performance of the Courts when faced with issues that demand solutions for the implementation of adequate housing. This assessment takes place through the systematization and analysis of three decisions of both Courts, in which the paper tried to analyze if the Right to Housing is seen as a right benefit, how they decide the theme and what the consequences of these actions are. It is concluded that in these matters, they obtain limited performance, since the social transformation pleaded to the Judiciary only occurs if social, economic and political forces are mobilized "extra-judicially" to do so. Moreover, they are not the most qualified bodies to solve these conflicts, depending on the political will of the Administrator to carry out the proposed solutions.

Keywords: Right to Housing; Federal Court of Justice; South African Constitutional Court; Judicialization of Social Rights; Institutional Capacity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: O DIREITO À MORADIA E A CAPACIDADE DECISÓRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS.....	17
CAPÍTULO I - DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA 21	
1. Direito à moradia: as primeiras habitações e uma análise histórico-normativa internacional.....	21
2. O Direito à Moradia no Brasil.....	30
3. O Direito à Moradia na África do Sul.....	42.
4. Complicações da extrema judicialização das questões habitacionais	50.
CAPÍTULO II - O ESTUDO COMPARADO COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E NORMATIVA	54
1. O Direito Comparado como Ciência	55.
2. Complicações existentes em um estudo comparado e suas limitações.....	61.
3. O Direito Comparado no presente estudo da efetivação do Direito à Moradia por Cortes Constitucionais	64.
CAPÍTULO III - ESTUDO COMPARATIVO – ÁFRICA DO SUL E BRASIL.....	68
1. Análise dos casos Sul-Africanos	68
2. Análise de Casos Brasileiros	86
3. Resultados parciais da análise de casos	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105
ANEXO A	117
ANEXO B.....	118
ANEXO C	123
ANEXO D	126
ANEXO E.....	129
ANEXO F.....	131
ANEXO G	136

ANEXO H	206
ANEXO I	252
ANEXO J	285
ANEXO K	312
ANEXO L	330

INTRODUÇÃO: O DIREITO À MORADIA E A CAPACIDADE DECISÓRIA DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

O Brasil e África do Sul são países que apesar de suas muitas diferenças, também obtêm muito em comum. Ambos são considerados nações em desenvolvimento, foram anfitriões de mega eventos, como a Copa do Mundo da FIFA nos últimos anos, obtêm cidades marcadas por suas belezas naturais como Rio de Janeiro e Cape Town, e outras consideradas centros urbanos de referência mundial, como São Paulo e Joanesburgo. Mas, além disso, eles possuem histórias marcadas por situações complicadas que refletem muito em como ambos se estabelecem hoje socialmente, economicamente e também culturalmente.

Essas nações obtiveram períodos marcados por uma colonização de exploração e ainda um histórico que carrega a existência da escravidão. Esses eventos influenciaram bastante em toda uma cultura de segregação e pobreza que se ampliariam com o passar do tempo. Principalmente pelo rápido e profundo processo de urbanização, impulsionando a eclosão do problema do acesso à moradia (em especial, o *apartheid* na África do Sul) à população.

Não obstante, a presente pesquisa é relevante na medida em que os supracitados problemas interferem diretamente no Direito à Moradia dos indivíduos. Não sendo possível deixar de considerar o fato deste ser um Direito Fundamental social extremamente importante presente em diversas Constituições do mundo e também em muitos instrumentos internacionais.

Mais do que um simples abrigo, a obtenção de uma moradia está relacionado à garantia de uma vida digna. Isto é, só se deve abordar a moradia como um Direito quando se pensa em moradia adequada, com condições para que as pessoas exerçam outros direitos e principalmente, suas cidadanias – por exemplo, obtendo condições de elegerem seus representantes políticos, ou se engajarem em agendas coletivas que os interessem.

Não obstante, os Direitos Fundamentais são dotados de um mínimo existencial, um núcleo que deve ser garantido pelo Estado visando possibilitar aos indivíduos o exercício de sua própria dignidade humana e intimamente ligado aos Direitos de Segunda geração, considerados prestacionais. No entanto, o Estado por uma série de razões sociais, históricas e

econômicas não dispõe de recursos suficientes para possibilitar este estado ideal de condição de vida a todos.

Não é novidade que as ruas, principalmente em grandes centros industrializados, estão abarrotadas de pessoas sem qualquer mínimo de condição digna de vida. Ou ainda aquelas que embora obtenham determinada forma de abrigo, vivem em condições insalubres e sem qualquer perspectiva de melhora, porque embora moradia seja um direito de todos, na prática é só de alguns.

É nesse cenário, com a positivação constitucional dos direitos fundamentais e por meio do desenvolvimento de novas relações jurídicas, que frequentemente diversas demandas acerca de questões habitacionais são judicializadas. Isso ocorre como uma forma de confiança, ou até mesmo esperança de que o poder judiciário possa oferecer uma solução melhor que a oferecida pela administração pública. Em muitos casos, alguma solução na ausência de atuação do executivo.

A partir de então, passou-se a pensar em métodos para a resolução de causas, sendo possível constatar que existe um tipo de litígio específico nas questões que envolvem controle judicial de políticas públicas. Isso porque são complexas as discussões sobre ativismo judicial, separação de “Poderes” e legitimidade democrática do Judiciário, em razão das limitações materiais nesses casos (escassez de recursos e reserva do possível) ou ainda de toda uma burocracia existente nessas estruturas institucionalizadas.

Por essa razão, a determinação do núcleo mínimo no contexto do Direito de acesso à Moradia adequada enfrenta difíceis questões. Isso porque é inegável que as necessidades no contexto do acesso à moradia adequada são diversas: existem os que precisam de terra; além dos que precisam tanto de terra quanto de casas; e outros, ainda, que precisam de assistência financeira para esse acesso.

Há, além disso, outras problemáticas que estão relacionadas com o estabelecimento de um núcleo mínimo de obrigações por parte do Estado. Se este deve ser definido de maneira genérica ou ainda considerando os mais diversificados grupos de indivíduos. E ainda, saber se o que está estabelecido pelas Constituições no que tange ao Direito à Moradia é razoável e como conferir efetividade a esse direito é um grande desafio para as Cortes Constitucionais.

Nessa perspectiva, esta investigação visa aferir, em forma de estudo comparado, se as Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana proferem decisões que buscam efetivar a aplicação do Direito à Moradia. Ou seja, se apesar de não disporem, muitas vezes, de informações – técnicas e por vezes de ordem econômica - suficientes para determinar o que constituiria o núcleo mínimo de obrigações no contexto de suas Constituições, verificar se ambas resolvem ou se dispõem a resolver demandas sobre o problema habitacional existente nos mencionados países.

Muitas dessas questões habitacionais chegam ao judiciário, principalmente em se tratando de algo que demande uma política pública sobre o assunto. Isso demanda decisões que considerem casos de conflitos entre interesses diversos e por vezes até de confronto entre Direitos Fundamentais.

Nessa conjectura demandas acerca da legalidade de despejos, ou criação de vagas em abrigos são exemplos dos diversos assuntos que chegam ao poder judiciário e conseqüentemente podem demandar que Cortes Constitucionais atuem. Nesse sentido, os objetivos do presente trabalho são: i) apresentar o contexto histórico e normativo do Direito à Moradia em âmbito internacional, no Brasil e na África do Sul, indicando; ii) demonstrar a importância de um estudo comparado para fins de investigação, identificando dados estatísticos acerca da temática da presente pesquisa; iii) aferir como dois ordenamentos jurídicos diferentes tentam efetivar o Direito Fundamental Social à Moradia, por meio de julgados selecionados; iv) identificar as principais conclusões nas decisões tomadas pelas Cortes no que diz respeito ao Direito à Moradia - apontando quais as principais características objetivas destas, como Responder a questões relativas ao fato dos julgados utilizarem que conceituação de Direito à Moradia e ainda se o julgador tinha condições de lidar adequadamente com argumentos técnicos relacionados ao caso, bem como se os argumentos utilizados demonstraram avaliação e ponderação criteriosas - e v) aferir se houve interferência na atuação da Administração Pública e se esta se propôs ao cumprimento das decisões das Cortes.

Para isso, o trabalho é dividido em três capítulos. No primeiro são apresentados os possíveis conceitos de Direito à Moradia, bem como a delimitação do mesmo por meio de seu significado, principalmente em instrumentos internacionais. Ainda neste primeiro capítulo é

feita uma revisão bibliográfica com o histórico do Direito à Moradia, sendo possível obter, a princípio, uma perspectiva geral da temática.

Em seguida, no segundo capítulo, será feito um breve panorama metodológico a respeito do presente estudo comparado e de sua importância em uma investigação que segue a lógica hipotético-dedutiva. Além disso, nesta parte ainda são apresentadas informações estatísticas acerca da problemática habitacional nos países estudados, bem como acerca da frequência na qual essas questões chegam às Cortes aqui estudadas.

Destarte, no terceiro capítulo foram selecionadas três decisões de cada Corte para que seus casos fossem estudados separadamente e após essa análise demonstrar que: i) embora as Cortes Constitucionais reconheçam que o judiciário não é o órgão mais capacitado para solucionar problemas habitacionais, elas se propõem a efetivar o Direito à Moradia, demonstrando a importância desse direito em suas decisões e ii) os dois países ainda possuem graves problemas com a questão habitacional e a resolução para o déficit existente precisa ser baseado em uma política habitacional que envolva as três esferas de poder, atuando na base do problema: a racionalização gerencial.

Não serão parte do objeto do presente trabalho, entretanto, questões específicas relacionadas aos importantes movimentos sociais, nem mesmo questões mais relacionadas ao Direito negativo, como é o caso, por exemplo, da impenhorabilidade do bem de família do fiador de locação comercial. Tal observação é necessária, tendo em vista que esses temas, embora muito importantes, não estão dentro deste recorte e fogem ao que se pretende demonstrar: as Cortes Constitucionais estudadas tentam efetivar o Direito à Moradia por meio da interferência na promoção de políticas públicas, mas não resolvem a problemática habitacional.

CAPÍTULO I - DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

1. Direito à moradia: as primeiras habitações e uma análise histórico-normativa internacional

Antes Falar em Direito à Moradia mais do que qualquer outra coisa, é tratar de dignidade da pessoa humana, componente indispensável à própria proteção da vida. Isso porque uma vida digna perpassa diversos direitos e não há dúvidas de que este é um deles.

É inegável a importância desse Direito, uma vez que a própria garantia de vida depende dele. O ser humano que não pode exercer esse direito é privado de parte do seu direito à vida. Se um indivíduo não possui um lugar adequado para morar, conseqüentemente ele está à mercê de diversas circunstâncias prejudiciais à sua integridade psicofísica, por meio de inúmeras formas de violência.

Nesse sentido, o Direito à Moradia é mais do que a ideia da posse exclusiva de terra, mas é o exercício do Direito de ter um lugar para se amparar. Local onde ele possa resguardar não apenas sua intimidade, mas onde haja condições para desenvolver práticas básicas da vida. É um Direito *erga omnes*, um lugar de sobrevivência do indivíduo.¹

O Direito à Moradia não pode estar destituído da ideia de habitações adequadas aos indivíduos para efetivarem sua morada. Fundamentalmente, esse deve ser um direito que promove outros direitos como saúde, segurança, educação e o próprio exercício de liberdade.

A maior parte da doutrina, dificilmente aborda o Direito à Moradia com uma definição capaz de atrelar o mínimo existencial, a capacidade deliberativa e a dignidade da pessoa humana. Alguns autores definem como sendo um direito autônomo que possui esfera de cobertura e fins próprios, o que não impossibilita a sua possível conexão com outros bens tidos fundamentais.² Outros, como Ingo Sarlet, afirmam ainda que a moradia é um bem

1 NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008. p. 88.

2 SARLET, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. In: FACHIN, Zulmar (coord.). 20 anos de Constituição cidadã. São Paulo: Método, 2008. pp. 41-66.

irrenunciável da pessoa natural. Isso porque seria mais do que meramente uma residência, mas uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico.³

Ainda, o Direito à Moradia também é abordado por outros autores como um direito de igualdade, direito social de acesso, consagrado pelo simples fato de o indivíduo existir. Através dele, seria possível a justiça distributiva, repassando bens à sociedade por meio do capital produzido pela mesma.⁴

Outrossim, ainda há os que diferem habitação de moradia. Se diz que moradia seria um elemento essencial do ser humano e também um bem extrapatrimonial, enquanto habitação seria o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel.⁵

A justificativa para tal diferenciação seria o enfoque dado em cada um dos termos. Habitação seria algo momentâneo, o local, porque se poderia exercer a habitação numa hotelaria, numa casa de praia, em *flats* e outros, enquanto moradia seria concebida sob o enfoque subjetivo, pois pertence à pessoa o exercício da moradia, sendo à ela inerente.⁶

Nesse aspecto, na presente produção acadêmica, ao se abordar o termo habitação, por opção teórica, este vai estar atrelado à conceituação de moradia acima citada. Isso visando facilitar o entendimento da temática e dos resultados da presente pesquisa.

Dessa forma, independente da definição adotada para este Direito, é consenso de que ele faz parte do rol de Direitos Sociais atrelados a uma prestação estatal. Isso não apenas no âmbito do Direito Interno, mas como também no cenário Internacional, inclusive com previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁷

3 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação**: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 45.

4 BARIN, Erico Fernando. **A Efetivação do Direito Social Constitucional à Moradia como Pressuposto à Dignidade da Pessoa Humana**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2006. p. 132.

5 SOUZA, Sérgio Iglesias de. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo: RT, 2004, p. 45.

6 *Ibidem*. p. 46.

7 Dispõem o Artigo XXV: “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dezembro 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> >. Acesso em 13 set. 2018.

1.1 As primeiras formas de moradia e o Reconhecimento Internacional da Moradia como um Direito.

Desde os primeiros habitantes do planeta, o homem sempre buscou um lugar para se abrigar, ainda que este, muitas vezes, não fosse fixo. Em um primeiro momento eram as muitas cavernas, às vezes alternavam para a copa de uma árvore ou buracos das penhas e até mesmo no gelo buscavam abrigo, protegendo-se das intempéries e dos predadores.⁸

Eles procuravam lugares em que pudessem estar seguros, ou ao menos se sentirem em segurança de alguma maneira. Um refúgio “seu” em meio a toda grandiosidade do mundo e capaz de garantir uma espécie de descanso, ainda que apenas por uma noite, principalmente porque precisavam obter seus alimentos durante o dia.

Nesse sentido, em grupos, as pessoas sempre tentavam obter inspiração na própria natureza ao seu redor para criarem formas de se manterem abrigados. Existem, inclusive, vestígios de cabanas e tendas datados de 40 mil anos a.C. que contam sobre a utilização de troncos, galhos e ossos de animais como componentes estruturais e folhas⁹ e demonstram que este processo ocorreu em diversas partes do mundo.

Não obstante, falar de moradia como sendo um Direito, e ainda, um tão relevante, foi possível principalmente devido ao seu reconhecimento internacional. Quando isso ocorreu, esse direito recebeu como consequência um importante destaque e isso pode ser observado no fato dele estar listado no rol dos Direitos Humanos.

Nesse interim, é importante mencionar também que estes Direitos Humanos são aqueles que devem ser garantidos a todos os indivíduos pelo simples fato destes terem nascido e serem seres humanos. De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), eles são definidos

8 BRAGA, Rubem. **O Direito à Moradia. Aula inaugural do ano 2000.** p. 1. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67487/70097>>. Acesso em 13 set. 2018.

9 REBELLO, Yopanan. LEITE; Maria Amélia D'Azevedo. **As primeiras moradias.** ed. 161, Ago.2007. Disponível em: <<http://au17.pini.com.br/arquitetura-urbanismo/161/artigo58415-4.aspx>>. Acesso em 13 set. 2018.

como “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”.¹⁰

Cabe mencionar que os Direitos Humanos foram consagrados assim depois da Segunda Guerra Mundial, mediante a Declaração Universal da ONU de 1948.¹¹ Esses direitos são de suma importância porque passaram a ser muito relevantes, principalmente após o mundo ter vivenciado o contexto nazi fascista, após a segunda guerra mundial.

Essa Declaração, portanto, elenca diversos direitos essenciais à manutenção da dignidade humana. Fortalecendo a ideia de que a proteção dos Direitos Humanos não deveria estar reduzida a um domínio reservado do Estado, sendo um tema legítimo de Direito Internacional.¹² Em seu Artigo 25¹³, ela vai trazer justamente a previsão de defesa ao Direito à Moradia. Demonstrando, assim, a essencialidade dessa garantia e o dever dos Estados de promovê-la aos seus habitantes.

Não obstante, a razão pela qual o Direito à Moradia é um dos elencados se inicia no início do século XX, quando houve uma ampliação da zona de aplicabilidade dos Direitos à Igualdade e à Propriedade. Isso resultou na passagem do Estado Liberal, marcado pela ideia de limitação ao poder, para o Estado social, que é caracterizado pela participação no poder¹⁴.

Elencado como um dos direitos de segunda dimensão, esses são os direitos de matriz coletiva, e incorporam os direitos sociais, econômicos e culturais. Surgem no contexto de substituição do Estado Liberal, insuficiente, pelo Estado Social, em que os problemas sociais advindos da revolução Industrial eram latentes. Os direitos de segunda dimensão têm natureza

10 TAVARES, Raquel. **Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?** Imprensa Nacional – Casa da moeda. 2012, p. 22.

11 LIGUORI, Rafael Henrique de Oliveira. **A dignidade da pessoa humana no direito comparado e na Constituição Federal de 1988.** Disponível em: < http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_24.pdf>, Acesso em 14 set. 2018.

12 PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 9ª ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 60.

13 “1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dezembro 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/> >. Acesso em 14 set. 2018.

14 DA SILVEIRA, Vladimir Oliveira. **Direitos sociais e políticas públicas II.** Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/fu974u1v/xBj95yY6PdmV3akQ.pdf>>, Acesso em 14 set. 2018.

prestacional: o Estado passa a intervir nas relações sociais e a objetivar a efetividade das liberdades pleiteadas na primeira geração.¹⁵

Com fulcro nesse modelo de Estado, as Constituições modernas, preocupadas com a ideia de bem-estar social (*Welfare State*), passaram a incluir entre as suas normas um conjunto de direitos sociais, econômicos e culturais, além das tradicionais regras de organização do Estado, divisão dos poderes e proteção do indivíduo contra qualquer arbitrariedade estatal.¹⁶

Tal preocupação também incidia principalmente no aspecto Internacional. Desse modo, diversos países passaram a ser signatários da Declaração da ONU a respeito da promoção desses direitos de proteção, incluindo os objetos do presente estudo: Brasil e África do Sul.

Cabe destacar que quando a Declaração foi adotada pela ONU, o Brasil foi um dos 48 países que assinaram logo no início, votando a favor da mesma. No entanto, a África do Sul, por sua vez, foi um dos 8 países que se abstiveram da votação.¹⁷ Isto em grande parte porque a região já estava sob o domínio do Governo do Partido Nacional, que posteriormente implementaria o *apartheid*, violando os direitos estabelecidos na Declaração.¹⁸

1.2 Principais tratados acerca do Direito à Moradia

É importante mencionar que o Direito à Moradia não aparece apenas na Declaração Universal da ONU, mas em muitos outros tratados no cenário internacional. O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) é um notável instrumento, considerado inclusive o mais importante internacionalmente no que tange à proteção do Direito à Moradia adequada.¹⁹

15 SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Segunda dimensão dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433>. Acesso em 14 set. 2018.

16 *Ibidem*.

17 MARCELO, Diego. **Como foi escrita a declaração**. Folha de São Paulo. Ed. Especial. São Paulo, quinta, 3 de dezembro de 1998. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj03129803.htm>>. Acesso em 13 set. 2018.

18 *South African Constitution: The Bill of Rights*. Disponível em: <<http://www.sahistory.org.za/article/south-african-constitution-bill-rights>>. Acesso em 14 set. 2018.

19 TEIXEIRA, Alessandra Pereira Rezende. **Direito à moradia adequada. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República**. SDH/PR Brasília. 2013. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76 p., il. – (Por uma cultura de direitos humanos).

No referido Pacto são assegurados diversos direitos sociais e o Artigo 11 é o que aborda a questão do Direito à Moradia.²⁰ Esse tratado, embora tenha sido estabelecido pela Resolução 2.200 - A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, apenas foi ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.²¹ É interessante mencionar que somente 23 anos depois, em 12 de janeiro de 2015, a África do Sul se tornou o 163º Estado Parte do PIDESC.²²

Além disso, há outros diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos abordando a temática do Direito à Moradia, seja de modo mais abstrato, com uma aplicação mais generalizada ou mesmo de grupos específicos, considerando a amplitude desse Direito. Portanto, o cenário internacional está repleto de orientações e princípios estabelecendo disposições sobre o assunto.

É necessário expor também que os textos desses instrumentos internacionais auxiliam fortemente com ideias na implementação ou reformulação de políticas públicas capazes de estabelecer a moradia adequada em muitos Estados. Além disso, estes acabam estabelecendo determinadas diretrizes importantes a serem seguidas pelos governos que se comprometem com elas. Mesmo porque, o direito internacional não pode ser interpretado a partir de uma perspectiva ontologicamente voluntarista, a qual apregoa a falsa existência de assuntos de “domínio reservado” aos entes estatais.²³

20 “Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.” Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembleia das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em 14 set 2018.

21 SANTIAGO, Emerson. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/pacto-internacional-sobre-direitos-economicos-sociais-e-culturais/>>. Acesso em 14 set. 2018.

22 *South Africa Ratifies the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Right to education*. Disponível em: <<http://www.right-to-education.org/news/south-africa-ratifies-international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>>. Acesso em 14 set. 2018.

23 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de.; PONTES, Jean Rodrigo Ribeiro. **Reflexões Acerca dos Desafios de Legitimação do Tribunal Penal Internacional**: A Gestão da Prova nos Julgamentos dos Crimes Contra a Humanidade. FURB. v. 21, nº. 45, mai/ago. 2017. p. 144 .

Para, além disso, cumpre ressaltar que no Brasil, de acordo com o STF, Tratados Internacionais de Direitos Humanos que não foram aprovados com quórum qualificado têm força de norma supralegal, e os que foram são equivalentes às emendas constitucionais.²⁴ Enquanto na África do Sul, sua comunidade jurídica tem em sua Constituição várias disposições que impõem a consideração (e algumas vezes a aplicação) do Direito Internacional, bem como sua jurisprudência está repleta de referências a instrumentos internacionais.²⁵ Porquanto as obrigações nesses instrumentos são vinculativas, ainda que haja problemas quanto à efetivação e exigibilidade destas.

Não obstante, várias conferências, declarações e planos de ação, como a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, a Agenda Habitat, a Agenda 21, a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos e a Declaração do Milênio e de Desenvolvimento do Milênio auxiliaram no que diz respeito aos devidos esclarecimentos sobre os contornos do direito à moradia. Reafirmando assim, os compromissos dos Estados-membros da ONU para a sua realização.²⁶

Dito isto, é importante elencar alguns dos encontros internacionais dos quais diversos países fizeram parte, dentre eles Brasil e África do Sul. O primeiro deles, a já mencionada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; posteriormente, em 1966, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em que é reconhecido o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias. Isso inclui a alimentação, o vestuário e alojamento suficientes, bem como um constante melhoramento das condições de existência dos habitantes.

No que tange ao supracitado Pacto, é relevante a exposição do Comentário Geral n.º 4 ao Artigo 11º, número 1 do mesmo, no qual, segundo o Comitê, o Direito à Habitação não deveria ser interpretado em um sentido estreito ou restrito que o equipara com, por exemplo, o

24 CRUZ, Lucas Coelho. **A incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, n.º 1497. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4393/a-incorporacao-tratados-internacionais-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 21 nov. 2018.

25 TLADI, Dire. *Interpretation and international law in South African courts: The Supreme Court of Appeal and the Al Bashir saga*. Disponível em: <http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962016000200002>. Acesso em 21 nov. 2018.

26 TEIXEIRA, Alessandra Pereira Rezende. **Direito à moradia adequada**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR Brasília – 2013. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. p. 76.

abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos, ou julga o abrigo exclusivamente como uma mercadoria.²⁷ Para o Comitê, falar de direito à moradia é principalmente dispor sobre o direito a viver, onde quer que seja, com segurança, paz e dignidade.²⁸

É importante mencionar também que as obrigações assumidas pelos Estados-Partes do Pacto são monitoradas pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas.²⁹ Este entende incumbir a cada um dos Estados Partes um núcleo mínimo de obrigações que assegurem a realização de um nível mínimo essencial de cada um dos direitos.

Dessa forma, por exemplo, um país que integre esses pactos, no qual qualquer número significativo de indivíduos seja privado de alimentação básica essencial, de serviços primários essenciais de saúde, de abrigo e moradia, ou das mais básicas formas de educação está falhando em cumprir com obrigações estabelecidas no Pacto. Cada Estado Parte, portanto, deve tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”.³⁰

Ocorre que, para que um Estado-Parte seja capaz de atribuir sua incapacidade de garantir o núcleo mínimo obrigatório à falta de recursos disponíveis, ele deve demonstrar que todos os esforços foram empregados na tentativa de utilizar todos os recursos à disposição, conforme estabelece o item 10 do Comentário Geral nº 3 do Comitê dos Direitos

27 XIMENES, Sebastião Dias. **Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos.** Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça. Disponível em: < <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em 15 set. 2018.

28 Em 1991, foi exarado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o “Comentário Geral nº 4” que definiu os elementos que estão incluídos no conceito de moradia digna: Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças. Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo. Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes. Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde. Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta. Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas. Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural.

29 O Comitê é composto por dezoito especialistas independentes. Seu propósito é assessorar o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas a assumir sua responsabilidade em relação à implementação do Pacto.

30 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22 out. 2018. Íntegra da decisão no Anexo G.

Econômicos,³¹ Sociais e Culturais das Nações Unidas. Consta no referido comentário também o encorajamento para que os Estados empreendam todos os seus esforços para a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais. Além de, conseqüentemente, demonstrar que esses esforços foram feitos como prioridade da administração pública.

Já em 2016, durante a Agenda Habitat III, líderes mundiais, representando vários Estados, dentre eles o Brasil e a África do Sul, se comprometeram a tornar as cidades e assentamentos urbanos mais inclusivos, demonstrando assim uma espécie de ideal compartilhado. Esses países, por exemplo, podem de fato utilizar o referido instrumento como peça fundamental para a promoção de medidas políticas, bem como a fim de estabelecerem melhor seus respectivos planejamentos de desenvolvimento das cidades, o que inclui a garantia de moradia adequada a todos.

É interessante lembrar, por fim, que no cenário internacional existe até mesmo previsão acerca do direito à moradia no direito humanitário. Esta se encontra no Artigo 8º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional e reconhece como crime de guerra a extensa destruição e apropriação de bens que não seja justificada por necessidade militar e que seja executada de forma ilegal e arbitrária.³²

Nesse ínterim, o Direito à Moradia, bem como outros Direitos Fundamentais de caráter social, deve ser efetivado também baseado na perspectiva internacional. Há diversos tratados com a temática que podem ser observados pelos Estados quando suas instituições se propõem a atuar na concessão do referido direito.

Especificamente Brasil e África do Sul devem observar ainda que essa efetivação precisa estar inserida dentro de uma lógica de Estado Democrático de Direito. De acordo com José Afonso da Silva, a configuração de um Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Na verdade, existe também a criação de um conceito novo, que considera os conceitos dos

31Comentário Geral n.º 3 (5ª sessão, 1990). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>>. Acesso em 21 nov. 2018.

32 TEIXEIRA, Alessandra Pereira Rezende. **Direito à moradia adequada**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. SDH/PR Brasília. 2013. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. 76 p., il. – (Por uma cultura de direitos humanos).

elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.³³

Isso quer dizer, portanto, que ao afirmar que determinado Estado é Democrático de Direito, isso não pode ser visto apenas como promessa de organização do Estado, mas como uma qualificação do mesmo. Ou seja, o Direito precisa se ajustar ao interesse coletivo. Dessa forma, pressupõe, assim, que direitos sociais, em especial o Direito à Moradia, sejam promovidos com diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes na possibilidade de efetiva-lo da melhor maneira.

2. O Direito à Moradia no Brasil

No Brasil, antes da colonização portuguesa, os índios que habitavam o território moravam em aldeias, em umas ocas ou casas muito compridas³⁴ e, posteriormente, o mais próximo que se falava de moradia era na realidade uma questão da propriedade. Esta versava sobre principalmente à aquisição de terras pelos ricos fazendeiros e senhores de escravos, ou seja, apenas uma forma de medir toda riqueza dos homens por meio de quantos escravos estes possuíam e só tinham escravos aqueles que também podiam ter propriedades.

Na história brasileira, a questão da moradia digna nem sempre foi abordada como um direito de todos, mas como um privilégio de poucos grupos. E mesmo hoje, ainda que formalmente seja, grande parte do direito à cidade e à vida dos indivíduos não é usufruída por todos.

2.1 As primeiras questões acerca da Moradia como um Direito e como Política Pública no Brasil

O primeiro marco para a questão da política de moradia como um Direito no Brasil se deu, na verdade com relação à ideia de propriedade de terras, em 1850, quando D. Pedro II

33 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 123.

34 CARDIM, Pe. Fernão, S. J. **Narrativa Epistolar de Uma Viagem e Missão Jesuítica**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1847, p. 36. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042009000200012>. Acesso em 15 set. 2018.

sancionou a Lei de Terras - Lei nº 601 de 18 de setembro. Esta determinou parâmetros e normas sobre a posse, manutenção, uso e comercialização de terras no período do Segundo Reinado, estabelecendo a compra como única forma de obtenção de terras públicas.³⁵

A partir desse momento foi possível observar que o imperador e toda a estrutura monárquica não estavam preocupados com a situação de moradia em si no Brasil, mas com o lucro provindo das terras e da aquisição e venda de propriedades. Mais tarde, já no período republicano, durante muito tempo, não havia praticamente quase nenhuma iniciativa do governo na promoção da questão habitacional brasileira.

Nesse sentido, no século XX, o rápido e profundo processo de urbanização pelo qual passou a sociedade no Brasil foi responsável por atribuir uma nova feição ao País – marcadamente urbana e industrial - e também impulsionar a eclosão de uma série de desafios fundamentais para a vida dos brasileiros, dentre os quais se destaca o problema do acesso à moradia.³⁶

As consequências da industrialização da região Rio-São Paulo e São Paulo - Belo Horizonte e os efeitos “modernizadores” vindos do Exterior ocasionaram uma urbanização rápida com crescentes contingentes populacionais que passaram a se abrigar nas cidades,³⁷ de modo que estas se tornaram o principal destino e o lugar preferencial de vida dos brasileiros, o que mais tarde contribuiu também para a crescente migração do campo às cidades.

Nesse aspecto, a população encontrou, entretanto, na propriedade privada do solo urbano, obstáculos para o acesso à habitação e um grande empecilho para a conquista de condições mínimas de vida digna. A preservação, portanto - a todo custo - da propriedade privada pelo Estado (capitalista, patrimonialista e latifundiário) brasileiro constituiu-se numa condição fundamental para a definição de uma lógica de acesso à moradia e aos espaços da

35 FOSTER, Germano de Rezende. **Lei de Terras de 1850 no Brasil**: o que foi, resumo, história, consequências da Lei de Terras de 1850 no Brasil, objetivos, Segundo Reinado. Disponível em: < https://www.historiadobrasil.net/resumos/lei_terras.htm>. Acesso em 15 set. 2018.

36 SOUZA, Flávia da Silva. **Da moradia como abrigo à moradia como mercadoria**: o processo de financeirização da habitação através do “programa minha casa minha vida” no município de Nova Iguaçu – RJ. Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Geografia) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. p. 5.

37 LOPES, Juarez Rubens Brandão. **Desenvolvimento e mudança social**: formação da sociedade urbano-industrial no Brasil. Rio de Janeiro. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2008. p. 233.

cidade significativamente seletiva. Isso porque era restritiva à grande parte dos brasileiros, e ao mesmo tempo rentável aos donos de terras.

Posteriormente, durante o primeiro governo de Getúlio Vargas foram construídos os primeiros conjuntos habitacionais como uma necessidade de se atender à crescente demanda de industrialização nos centros urbanos.³⁸ Esses lugares eram destinados a determinadas categorias profissionais e eram criados por meio dos recursos advindos dos novos Institutos de Aposentadoria e Pensões.³⁹

Ainda assim, é inegável que havia uma crise no Brasil a respeito da questão habitacional com a qual o governo não conseguia lidar. Com efeito, anos depois a situação continuou tão complicada que a campanha presidencial de 1945 trouxe fortemente em sua agenda a temática habitacional, tendo assim o candidato vencedor, Eurico Gaspar Dutra, até mesmo preconizado a criação de uma Caixa Nacional de Habitação visando a construção de cem mil casas populares.⁴⁰

Em 1946 foi criada a Fundação da Casa Popular, cujos objetivos eram a construção de moradias, o apoio à indústria de materiais de construção e a implementação de projetos de saneamento.⁴¹ Ainda assim, a população em condições precárias de moradia ou em situação de rua crescia. Nos anos de 1960 passou a existir então um cenário de lutas pelas Reformas de Base no governo de João Goulart. Estas reuniam um conjunto de iniciativas como as reformas bancária, fiscal, urbana, administrativa, agrária e universitária⁴² (interrompidas pelo golpe militar de 1964 e com o conseqüente acirramento das carências nos grandes centros populacionais).

38 Tal investimento em habitação se dava pelo fato da grande interferência dessa questão na vida do trabalhador. Considerando que Vargas tinha um governo populista, para ele era essencial uma atuação na área para garantir direitos básicos. Uma vez que os aluguéis comprometiam grande parte da renda dos trabalhadores, o governo entendeu que apenas as melhorias trabalhistas não funcionariam para a melhoria da qualidade de vida.

39 OSÓRIO, Letícia. **Direito à Moradia no Brasil**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_moradia_no_brasil.pdf>. Acesso em 15 set. 2018.

40 DE MELO, Marcus André B. C. **Política de Habitação e populismo**. p. 43. Disponível em: <<https://rigs.ufba.br/index.php/rua/article/viewFile/3105/2222>>. Acesso em 1 set. 2018.

41 *Ibidem*.

42 FERREIRA, Marieta de Moraes. **As Reformas de Base**. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/As_reformas_de_base>. Acesso em 15 set. 2018.

2.2 O processo de favelização no Brasil e o Direito à Moradia

Nessa conjuntura, é preciso destacar que, no que tange ao início do processo de favelização no Brasil, oficialmente, a primeira favela a surgir foi a do morro da Providência. Esta surgiu em 1897 no centro do Rio de Janeiro. Tal ocupação teria se iniciado quando cerca de 10 mil soldados que haviam participado da Guerra de Canudos, desembarcaram na antiga capital do país.⁴³

Favelização é pensada como um processo corresponde ao aumento do número de moradias precárias em uma determinada região, formando um conjunto habitacional conhecido como "favela".⁴⁴ Algumas pesquisas indicam ainda que a primeira favela teria sido outro aglomerado de casas precárias, surgido ainda no ano de 1897, só que alguns meses antes da Providência. O local da favela pioneira seria o morro de Santo Antônio, também no Centro da cidade do Rio de Janeiro.⁴⁵

Embora difícil a comprovação de qual favela originou às muitas existentes hoje, essa é uma realidade muito importante para a abordagem do presente estudo. Muitas dessas, durante anos, não ofereciam a devida qualidade de moradia a qual os indivíduos teriam direito. Mesmo hoje existe uma marginalização dessas regiões, ainda que segundo o Censo 2010 do IBGE, o Brasil possua cerca de 11,4 milhões de pessoas morando em favelas - 12,2% delas (ou 1,4 milhão) localizadas na cidade do Rio de Janeiro.⁴⁶

É importante expor também que na década de trinta ocorreu fortemente no Brasil o processo de "descoberta" das favelas. Tal acontecimento é essencial para o entendimento da política de habitação e, por extensão, da política social no país.⁴⁷ Além disso, a autoconstrução periférica – por meio dos loteamentos clandestinos ou das ocupações de terras – que se

43 NAVARRO, Roberto. **Qual foi a primeira favela do Brasil?** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-foi-a-primeira-favela-do-brasil/>>. Acesso em 15 set. 2018.

44 Favelização no Brasil. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/favelizacao-no-brasil/>>. Acesso em 15 set. 2018.

45 *Ibidem*.

46 BELLO, Luis. **Dia Nacional da Habitação:** Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>>. Acesso em 16 set. 2018.

47 DE MELO, Marcus André B. C. **Política de Habitação e populismo.** pag. 41. Disponível em: <<https://rigs.ufba.br/index.php/rua/article/viewFile/3105/2222>>. Acesso em 16 set. 2018.

intensificou. Boa parte das pessoas constituiu sua ocupação irregular do solo produzindo bairros sem infraestrutura nessa época.

Desse modo, a formação desses bairros, acabou sendo importante para a formação das cidades brasileiras e ainda caracterizando o perfil das periferias de forma mais marcante do que os conjuntos do Banco Nacional da Habitação, que será analisado posteriormente. Essa dinâmica transformou o ambiente urbano e levou os moradores e moradoras a se organizarem para reivindicação do seu direito à cidade,⁴⁸ o que inclui o Direito à Moradia adequada, instaurando inclusive um novo tipo de cidadania no país, considerada insurgente.⁴⁹

2.3 O Direito à Moradia durante o Regime de Ditadura Militar

Durante o Regime Militar, diante de uma preocupação com o aumento de investimentos habitacionais, foi criado o Sistema Financeiro de Habitação (SFH).⁵⁰ O investimento no setor foi, curiosamente, responsável pela mudança no perfil das grandes cidades por meio da verticalização das edificações.

Nesse sentido, por meio da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, foi instituído o Plano Nacional da Habitação e criado o Banco Nacional da Habitação, com sede no Rio de Janeiro. Esse banco era responsável por gerir e financiar uma política destinada a “promover a construção e aquisição da casa própria, especialmente pelas classes de menor renda”, bem como a ampliar as oportunidades de emprego e dinamizar o setor da construção civil.⁵¹

No entanto, a criação do BNH não foi na prática voltada para as populações “periféricas” e mais pobres. Quem se beneficiou com os financiamentos foi a classe média, considerando, por exemplo, que em 1975, o Banco só dedicava 3% dos seus financiamentos para famílias com rendimentos abaixo de 5 salários mínimos.⁵² Ainda assim, essa classe que

48 HARVEY, David. **Cidades Rebeldes – do direito à cidade à revolução urbana**. Tradução: Jeferson Camargo, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2014.

49 HOLSTON, James. **A cidadania Insurgente – disjunções da democracia brasileira e da modernidade no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

50 O SNH foi instituído pela Lei nº 4.380/64 de 21 de Agosto de 1964.

51 Banco Nacional da Habitação. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpd/doc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/banco-nacional-da-habitacao-bnh>>. Acesso em 16 set. 2018.

52 BOLAFFI, Gabriel. **Para uma Nova Política Habitacional e Urbana**: possibilidades econômicas, alternativas operacionais e limites políticos. In: VALADARES, Lícia do Prado (Org.) *Habitação em Questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 178.

era formada, majoritariamente, por funcionários públicos e, eram desprotegidos, haja vista que sequer existia lei do inquilinato na época.⁵³

Assim, depois de 22 anos de existência, o BNH foi extinto pelo Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de dezembro de 1986 (diante da crise econômica que se seguiu nos anos 80 e 90, o arrocho salarial e a queda do poder aquisitivo).⁵⁴ Neste processo, o Banco, diferentemente do que compunha suas propostas iniciais, apenas deixou um saldo negativo, sobretudo em função da correção monetária e do modelo empresarial adotado, e principalmente devido a pouca eficácia em fazer face ao déficit habitacional no Brasil.⁵⁵

Após o fim do BNH, a questão habitacional passou a ser gerida por muitos órgãos da estrutura governamental federal. A política habitacional, portanto, passou a ser redirecionada para programas de aquisição de lote urbanizado (produzido em parceria com Prefeituras ou em mutirão dos próprios moradores).⁵⁶

Por estas razões, se compreende que o BNH foi sinônimo de presença estatal centralizadora na área da produção e distribuição habitacional no período de 1964-86,⁵⁷ ainda que este tenha sido incapaz de atender às necessidades habitacionais da população. Após o fim do BNH, o novo “paradigma” da política habitacional detinha princípios de mercado na provisão da habitação por meio de uma descentralização da alocação dos recursos federais.⁵⁸

Já no que tange a década de 1970, esta foi marcada por diversas manifestações. Fossem protestos contra o Regime de Ditadura imposto no Brasil, ou ainda as primeiras manifestações populares urbanas em diversas regiões do País, preocupadas em questionar a qualidade dos serviços nas cidades brasileiras. O que, posteriormente, impulsionou a formalização de uma

53 BRASIL. Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em 16 set. 2018.

54 OSÓRIO, Letícia. **Direito à Moradia no Brasil**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_moradia_no_brasil.pdf>. Acesso em 16 set. 2018.

55 VALLADARES, Licia do Prado. **Estudos recentes sobre a habitação no Brasil**: resenha da literatura. Repensando a habitação no Brasil. Rio de Janeiro: Zahar, 1983. p. 43.

56 OSÓRIO, Letícia. **Direito à Moradia no Brasil**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_moradia_no_brasil.pdf>. Acesso em 16 set. 2018.

57 *Ibidem*.

58 SHIMBO, Lúcia Zanin. **Habitação social, habitação de mercado**: a confluência entre estado, empresas construtoras e capital financeiro. Tese de doutorado. São Carlos: Escola de Engenharia da Universidade de São Carlos/USP, 2010. p. 66.

agenda coletiva⁵⁹ nos anos de 1980 sobre o Direito à Cidade, incluindo o acesso à Moradia adequada.

Esta agenda acabou resultando em uma Assembleia Constituinte e conseqüentemente na legitimação institucional de questões urbanas populares que integram a Carta Magna. A referida agenda é estruturada em torno dos Artigos 182 e 183 da Constituição e está alinhado ao fortalecimento de municípios e à descentralização do poder, bem como à participação popular e democratização de processos decisórios; à garantia do direito à moradia, saneamento e demais serviços urbanos. Garantias estas que a partir dos anos 1990, em conjunto integram o chamado Direito à Cidade.⁶⁰

2.4 O Direito à Moradia no Regime Democrático

Em 1988, a população brasileira vivenciava um novo marco: uma nova Constituição da República. Isso porque o Brasil estava em processo de redemocratização após 21 anos de Ditadura Militar. A Constituição anterior era a de 1967, extremamente restritiva e que incorporou em sua vigência 13 atos institucionais, 67 atos complementares e 27 emendas, sendo, portanto, a mais instável e arbitrária das constituições brasileiras.⁶¹ Portanto, a nova Constituição era muito importante porque foi considerada uma Constituição Cidadã, tendo consigo uma enorme preocupação com os Direitos Sociais.

Inicialmente, as principais políticas públicas realizadas pelo Poder Executivo no que tange ao Direito à Moradia foram a partir do governo de Fernando Henrique Cardoso. Ainda

59 MARICATO, Ermínia. *The urban reform movement in Brazil. International Journal of Urban and Regional Research, London.* p. 137. Disponível em: <<https://erminiamaricato.files.wordpress.com/2016/12/international-journal-of-urban-and-regional-research.pdf>> Acesso em 16. set. 2018.

60 VAINER, C.; OLIVEIRA, F. L. **Da Reforma Urbana ao Minha Casa, Minha Vida: Balanço e Perspectivas após 30 Anos de Lutas e Políticas Urbanas.** Texto apresentado em 2017 no XVII Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional (ENANPUR). Disponível em: <http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.ENANPUR_Anais/SL_Sessoes_Livres/SL%2010.pdf>. Acesso em 16 set. 2018.

61 CYSNE, Diogo. **Constituição de 1967.** Brasil Escola. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/constituicao-de-1967/>>. Acesso em 22 nov. 2018.

que as políticas para habitação não tenham tido grande efetividade e não tenham cumprido as metas propostas.⁶² No Governo Collor o mais importante programa habitacional lançado foi o PAIH (Plano de Ação Imediata para a Habitação), que consistia em construir, em caráter emergencial, aproximadamente 245 mil unidades habitacionais em 180 dias, por meio da contratação de empreiteiras privadas, o que acabou não se concretizando.⁶³

Posteriormente, a produção estatal de moradias sofreu um acentuado arrefecimento, provocado pela crise do FGTS, deflagrada no governo Collor,⁶⁴ já no Governo de Itamar dois programas foram criados os Programas que abordavam a questão habitacional, o Habitar Brasil e o Morar Município, que tinham como objetivo financiar a construção de moradias para população de baixa renda, mas a burocratização excessiva impedia os municípios de captarem recursos.⁶⁵

Em 1992 o Fórum Nacional de Habitação foi criado. Este era composto por entidades da sociedade civil, setores do Estado e empresários da construção civil, cujo objetivo era construir uma aliança entre os interesses envolvidos no financiamento, na produção e no uso da moradia.⁶⁶

No Governo de Fernando Henrique Cardoso, se priorizava a promoção habitacional diretamente por Estados e Municípios e programas de financiamento diretamente ao mutuário final, entre eles o PAR (Programa de Arrendamento Residencial).⁶⁷ Nesse período então,

62 MOTTA, Luana Dias. **A Questão da Habitação no Brasil: Políticas Públicas, Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade.** Disponível em: <http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/TAMC-MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em 22 nov. 2018.

63 RIBEIRO, Edaléa Maria. **Desenvolvimento e mudança social formação da sociedade urbano-industrial no Brasil.** III Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. p. 3. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/1211e0723ab90108ae52Edal%C3%A9a.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2018.

64 BONATES, Mariana Fialho. **O Programa de Arrendamento Residencial – PAR: acesso diferenciado à moradia e à cidade.** Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo. 2008. p. 3. Disponível em: <www.revistas.usp.br/risco/article/download/44729/48359/>. Acesso em 22 nov. 2018.

65 RIBEIRO, Edaléa Maria. **Desenvolvimento e mudança social formação da sociedade urbano-industrial no Brasil.** III Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. P. 3. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/1211e0723ab90108ae52Edal%C3%A9a.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2018.

66 *Ibidem.*

67 SHIMBO, Lúcia Zanin. **Habitação social, habitação de mercado: a confluência entre estado, empresas construtoras e capital financeiro.** Tese de doutorado. São Carlos: Escola de Engenharia da Universidade de São Carlos/USP, 2010. P. 69.

houve avanço no reconhecimento da necessidade de regularização fundiária, da ampliação da participação e de uma visão integrada da questão habitacional.⁶⁸

Isso considerando principalmente que a, então, nova Constituição exigia que a propriedade cumprisse a sua função social, conforme o art 5º, inciso XXIII, da mesma, que determina: “*a propriedade atenderá a sua função social*”.

É importante mencionar ainda que, com o advento da Emenda Constitucional nº 26/00, a Carta Magna também passou a obter em seu artigo 6º, caput, a previsão da Moradia como um Direito⁶⁹. Além disso, a Constituição também foi fortemente influenciada pelas grandes mudanças de paradigma que ocorreram ao longo desse século XX, sendo uma delas a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica.⁷⁰ Se outrora a Constituição tinha predominantemente uma força política, após a Segunda Guerra Mundial esse modelo começou a ser gradualmente modificado e no Brasil não foi diferente.

Nessa perspectiva, a moradia, assim como alguns outros direitos sociais referidos no art. 6º, está relacionado com as diretrizes da política urbana de que cuida o art. 182 e 183 da Constituição.⁷¹ Baseado nisso, inclusive, a Lei Federal n.º 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade, foi criada para regulamentar os referidos artigos 182 e 183 da Constituição, que passou a dispor sobre a política de desenvolvimento urbano e a função social da propriedade. Essa lei é firme em seus propósitos, com destaque nas agendas políticas, jurídicas, econômicas e no cenário nacional geral.⁷² De acordo com ela, todos tem Direito à Moradia digna e esta deve ser promovida por meio da democratização do solo urbano e da propriedade

68 RIBEIRO, Edaléa Maria. **Desenvolvimento e mudança social formação da sociedade urbano-industrial no Brasil**. III Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. P. 3. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/1211e0723ab90108ae52Edal%C3%A9a.pdf>>. Acesso em 22 nov. 2018.

69 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 set. 2018.

70 BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. ed. Renovar. 2009. p. 67.

71 BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 226.

72 BONIZZATO, Luigi. BOLONHA, Carlos. **Plano Diretor, Constituição e Participação Social no Brasil**. p. 27. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/plano-diretor-constituicao-e-part-social-brasil.pdf>>. Acesso em 20 set 2018.

a fim de que esta cumpra a sua função e sirva como instrumento de desenvolvimento urbano para todos da cidade.⁷³

Nesse aspecto, depreende-se que garantir oferta de moradia é uma das diretrizes da função social das propriedades imóveis urbanas. Mesmo porque, o Estatuto da Cidade prevê que também estão entre as funções da cidade a serem desenvolvidas pela política urbana, bem como o transporte e o lazer.⁷⁴

Há também outros mecanismos na própria Constituição que promovem o Direito à Moradia, como, por exemplo, o art. 183, onde figura o usucapião urbano especial que, em última análise, pretende prestigiar a efetiva utilização dos imóveis urbanos, particularmente na sua função de moradia.⁷⁵ Além de outras possibilidades de restrição ao direito de propriedade, seja no campo das sanções⁷⁶ ou fora dele.

Influenciado por esses acontecimentos, o governo Lula obteve como um primeiro grande marco a criação do Ministério das Cidades no Brasil. Esse, por meio do Programa Nacional de Capacitação das Cidades (PNCC), tem por objetivo o fortalecimento institucional dos municípios para o planejamento e a gestão urbana, mediante a capacitação de gestores e o aperfeiçoamento da Administração Pública nas diferentes esferas de governo.⁷⁷

Nesse diapasão, o programa promove, coordena e apoia projetos de desenvolvimento institucional e de capacitação técnica. Desenvolvimento esse que tem como objetivo não apenas atender aos requisitos de eficácia e eficiência na execução dos referidos projetos, mas também para que se apoie uma evolução urbanística.

Durante o governo Lula houve também um comprometimento de se aportar R\$1 bilhão por ano de recursos do Orçamento Geral da União para o Fundo Nacional de Habitação de

73 TEIXEIRA, Humberto Gustavo Drummond da Silva. **O direito transindividual à moradia e o estatuto da cidade enquanto norma ambiental.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12637>. Acesso em 10. nov. 2018.

74 BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2018. P. 226.

75 *Ibidem.* p. 506.

76 A autorização da aplicação de penas de multas (art. 5º, XLVI) e de perdimento de bens (art. 5º, XLV, e art. 243), aos imóveis nos quais haja cultivo de drogas ou se explore trabalho escravo.

77 Programa Nacional de Capacitação das Cidades. Ministério das Cidades. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/pg/oprograma/quemsomos>>. Acesso em 16 set. 2018.

Interesse Social (FNHIS) a fim de subsidiar os programas habitacionais.⁷⁸ Nesse novo desenho de política habitacional, é possível perceber que o Direito à Moradia é encarado como um Direito que deve ser propiciado pelo Governo.

Dessa maneira, é importante elencar alguns dos principais programas implementados dentro dessa ótica habitacional. Dentre eles o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) e o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). Esses são importantes, na medida em que consideram a moradia adequada, haja vista que promovem questões como, por exemplo, o Saneamento Básico.

No entanto, apesar dos investimentos mencionados, é inegável que se manteve crescente o déficit habitacional. Alguns estudos indicam que os produtos imobiliários viabilizados por instrumentos de promoção habitacional seguem ainda restritos a um público com um perfil socioeconômico específico e contribuindo para a formação de espaços urbanos exclusivos e excludentes.⁷⁹

Não obstante, é importante mencionar também que paralelamente a esses acontecimentos, no aspecto jurídico foi ganhando maior relevância a influência de teorias normativas que se enquadram nas chamadas Teorias Constitucionais Contemporâneas.⁸⁰ Especificamente, o neoconstitucionalismo,⁸¹ na medida em que uma visão neoconstitucional considera que os valores presentes na Constituição da República não possuem apenas uma

78 BONDUKI, Nabil e KOURY, Ana Paula. **Os Pioneiros da Habitação Social**. São Paulo, Ed. Unesp/Edições Sesc, 2014, Vol. 1 – 400. p.30.

79 CARDOSO, Aduino e JAENISCH, Samuel Thomas. **A política habitacional nos Governos Lula-Dilma: entre o mercado financeiro e produção subsidiada**. Disponível em: <<http://observatoriodasmetrolopes.net.br/wp/politica-habitacional-nos-governos-lula-dilma-entre-o-mercado-financeiro-e-producao-subsidiada/>>. Acesso em 16 set. 2018.

80 O termo utilizado faz referência às teorias normativas que têm orientado a atuação das Cortes Superiores, com ênfase no fortalecimento da jurisdição constitucional sensível à força normativa da Constituição, à aplicação direta de suas normas e à interpretação das leis e fatos conforme as normas constitucionais. Estas possuem como ponto de partida a pergunta: como os juizes devem julgar? Bem como, enfatizam o papel preponderante do intérprete no processo de interpretação-aplicação constitucional. BOLONHA, Carlos. DE SOUZA, Rafael Bezerra. **Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 43, 162-183, 2013.

81 Conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, é uma teoria otimista que reconhece a força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social, abrindo portas para o debate moral. SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 16 set. 2018.

carga principiológica, mas também estão repletos de caráter normativo. A partir dessa normatividade necessitariam, portanto, serem efetivados.

Nesse viés, a leitura clássica de princípios, como o princípio da separação de poderes, que impunha limites rígidos à atuação do Poder Judiciário, cede espaço a outras visões mais favoráveis ao ativismo judicial em defesa dos valores constitucionais.⁸² Logo, se insurge o debate acerca da concretização dos Direitos Fundamentais, em especial, os de natureza social, porque são aqueles que exigem prestação estatal,⁸³ como, por exemplo, o Direito à Moradia.

Vale ressaltar que “os direitos fundamentais são tradicionalmente caracterizados pela conjugação entre a recepção pelo direito positivo e uma pretensão moral justificada”.⁸⁴ Além disso, esses direitos estão relacionados ao “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, integram as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas.”⁸⁵

Não obstante, quando a Constituição consagra cláusulas pétreas – que, na Carta de 1988, incluem os Direitos Fundamentais (CF, art. 60, § 4º, IV) –, nada há que o poder político ordinário possa fazer acerca de tais normas, salvo submeter-se.⁸⁶ Firmados nesse entendimento, inúmeras vezes casos referentes a moradias são judicializados na espera de alguma efetivação do acesso ou a manutenção da mesma.

Dessa maneira, o Poder Judiciário, no Brasil, passou a atuar como um órgão reparador do Direito à Moradia, quando ausente atuação do poder executivo. Isso como modo de garantir o referido Direito Fundamental, por meio de um argumento ordinário em favor da judicialização dos Direitos Sociais.

82 BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press. 2006, p. 213. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il Diritto Mite. Einaudi Contemporanea*. 1992. p. 179-217.

83 RESURREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. **A atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Debate Virtual. Rev. n° 142. 2012. p. 2.

84 SOUZA, Fábio. **Quem deve decidir? Confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas**. Ed. Alteridade. Curitiba. 2018. p. 125.

85 CASAL H., Jesús María. *Los derechos humanos y su protección: estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009. P.16.

86 BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. n.º. 15 – janeiro / fevereiro / março de 2007. p. 13.

Assim, para conferir aos desfavorecidos, destinatários primários de deveres de agir do Estado, vez e voz no ambiente politicamente neutro dos Tribunais⁸⁷ – o que pode, em contrapartida, também significar óbice à violação à outra importante garantia que é o equilíbrio entre Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Portanto essa configuração ao mesmo tempo que tenta efetivar Direitos pode também paradoxalmente ser um impasse na garantia desses.

3. O Direito à Moradia na África do Sul

Não se pode iniciar um tópico acerca do direito à moradia na África do Sul sem antes analisá-lo sob a ótica histórica desse país, marcada por episódios que vão, desde um colonialismo de exploração ao *apartheid* vivenciado durante tanto tempo - acesso à propriedade, à moradia era racialmente determinado nesse período.

3.1 Período Pré-Apartheid

Primeiramente, é importante expor que a África do Sul é um país localizado na região austral africana, com população atual de cerca de 56,4 milhões de pessoas e taxa de crescimento populacional de 1,08% ao ano.⁸⁸ Além disso, o primeiro contato com colonizadores datam de 1488, um período que obteve duração de metade do século XVII até o fim do século XX.

O poder colonial se firmava por meio de três características básicas: a criação de políticas e atos econômicos que permitiram a superioridade dos colonizadores em relação às populações nativas; os colonizadores limitaram o acesso a terra, à água e ao gado e os diversos grupos nativos (posteriormente também os estrangeiros) foram transformados em força de trabalho. Logo, o poder político, econômico e militar da minoria branca determinou o destino da sociedade sul-africana por quase 350 anos.⁸⁹

87 DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Controle Judicial de Políticas Públicas: Sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 396, julho/dezembro de 2013.

88 Countrymeters - População da África do Sul. Disponível em: <http://countrymeters.info/pt/South_Africa>. Acesso em 20. set. 2018.

89 VISENTINI, Paulo F. e PEREIRA, Ana P. **A nova África do Sul: política, diplomacia e sociedade (1994-2010)**. África do Sul: História, Estado e Sociedade, organizado por Paulo Gilberto Fagundes Visentini e Analúcia Danilevicz Pereira. 1ª ed. Brasília: FUNAG, 2010, cap.3, p.65-98.

Nesse sentido, o que sustentava todos os aspectos econômicos na África do Sul era a escravidão, bem como a servidão que contavam com a crescente discriminação e exploração na região. Os colonizadores holandeses acabaram instituindo um sistema mercantil entre os séculos XVII e XVIII e mais tarde os britânicos um sistema capitalista no século XIX⁹⁰.

A dominação britânica foi sucedida por uma espécie de “colonialismo interno” com o controle político pelos *Afrikaners* - Sul-africanos descendentes de alemães, franceses e, principalmente holandeses⁹¹- criando um sistema de opressão institucionalizado contra a maioria negra e, em menor medida, mestiça e asiática, que foi tolerado pelo Ocidente durante a Guerra Fria.⁹²

Nesse sentido, fundada como um porto colonial britânico, a cidade de *Port Elizabeth*, por exemplo, representou um dos principais locais na África do Sul, onde o desenvolvimento da segregação espacial ocorreu por meio de contornos raciais.⁹³ Em 1834, missionários fundaram uma espécie de conjunto habitacional numa área separada, perto do centro da cidade para as comunidades indígenas sob seus cuidados.⁹⁴

Além disso, muitos africanos quando não eram abrigados por seus empregadores se viam na obrigação de se mudarem para uma área regulamentada pela administração da cidade e construir suas próprias moradias.⁹⁵ Inclusive, em 1883, foi instituída uma lei na região que autorizava as realocações dos moradores.⁹⁶

90 “Quando os holandeses fecharam a Companhia das Índias em 1795, as forças inglesas tomaram o controle da região do Cabo. Os britânicos devolveram o poder aos holandeses no breve período de 1803 a 1806, mas depois resolveram tomá-lo novamente.” **História da África do Sul**. Disponível em: <<http://www.africadosul.org.br/historia>>. Acesso em 20 set. 2018.

91 RICHARD, Katherine Schulz. *Afrikaners: Afrikaners are Dutch, German, and French Europeans Who Settled in South Africa*. Disponível em: <<https://www.thoughtco.com/afrikaners-in-south-africa-1435512>>. Acesso em 20 Set. 2018.

92 VISENTINI, Paulo F. e PEREIRA, Ana P. **A nova África do Sul: política, diplomacia e sociedade (1994-2010)**. África do Sul: História, Estado e Sociedade, organizado por Paulo Gilberto Fagundes Visentini e Ana Lúcia Danilevicz Pereira. 1ª ed. Brasília: FUNAG, 2010, cap.3, p.65-98.

93 PHILIP, David. *Homes Apart South Africa's segregated cities*. Ed. Anthony Lemon. 1991. P. 44.

94 *Ibidem*. p. 43.

95 *Ibidem*.

96 STRAUSS, Margot. *A right to the city for South Africa's urban poor*. Disponível em: <file:///C:/Users/Thatyane/Downloads/strauss_right_2017.pdf>. Acesso em 20 set. 2018.

Na virada do século, a disseminação de doenças infecciosas por toda a parte urbana influenciou o estabelecimento de instituições e marcos legais que aumentaram a tensão racial. O desenvolvimento residencial era segregado em termos do “pânico moral e histeria racial” dos brancos que cada vez mais relacionavam a presença de pessoas negras em áreas urbanas com pobreza, doença e crime.⁹⁷ Isso resultou inclusive em uma série de remoções forçadas de pessoas negras nas áreas urbanas da África do Sul.

Nesse período, é importante destacar também que fatores como a industrialização, o desenvolvimento econômico e a rápida urbanização facilitaram grande parte dessa segregação.⁹⁸ Grande parte da população migrava para as cidades a fim de alcançarem melhores condições de vida. Portanto, o controle espacial representa uma significativa parte da história Sul-Africana.

3.2 A questão da habitação e o *Apartheid*

No século XX, a África do Sul vivenciou uma cruel ideologia conhecida como *apartheid*, em um período entre 1948 e 1994 e isso muito influencia não somente na temática da moradia, como na dos Direitos Sociais em seu todo. Durante esse período, a discriminação racial era institucionalizada.

Primeiramente, é importante mencionar que a utilização da palavra raça iniciou atrelada a uma conotação negativa, usada para fazer referência ao que era julgado como algo ruim e discriminado: os judeus e os mouros.⁹⁹ Além disso, diversos episódios de crueldade por questões raciais ocorreram e ocorrem no mundo, o *apartheid* foi um deles.

O início se deu com os jovens *afrikaners* que iam estudar na Europa e voltavam repletos de ideias baseadas na ideologia de pureza racial vindas do nazismo. Embora não tivessem a intenção de extermínio de raças, havia a certeza, por parte desse grupo da população de que o

97 MAYLAM, Paul. *Explaining the Apartheid City: 20 Years of South African Urban Historiography*. *Journal of Southern African Studies*, v. 21, n. 1, Special Issue: Urban Studies and Urban Change in Southern Africa. mar. 1995. pp. 19-38. Taylor & Francis, Ltd. Disponível em: < <http://abahlali.org/files/maylam.20yearson.pdf>>. Acesso em 20 set. 2018.

98 STRAUSS, Margot. *A right to the city for South Africa's urban poor*. Disponível em: < file:///C:/Users/Thatyane/Downloads/strauss_right_2017.pdf>. Acesso em 20 Set. 2018.

99 Alguns autores inclusive narram que nessa classificação da espécie humana, encontravam-se seis “raças”: “a europeia, ameríndia, asiática, selvagem e monstruosas. LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2005, p. 55.

fato de brancos e negros possuírem culturas e crenças diferentes era a razão pela qual eles deveriam viver de forma separada. Pensamentos como esse foram disseminados por praticamente todo o país e quase todos os *afrikaners*.

Em 1948, o Partido Nacional, composto por integrantes adeptos da separação racial, venceu as eleições, e o novo Primeiro Ministro passou a ser Daniel François Malan.¹⁰⁰ Suas propostas de campanha eleitoral eram: acabar com os últimos laços entre a União da África do Sul e a Coroa Britânica e estabelecer constitucionalmente um desenvolvimento separado entre brancos, *coloureds*¹⁰¹ e negros.

Essa divisão ia muito além da determinação da utilização de espaços públicos e privados. A legislação do *apartheid* previa e regulava diversas ações cotidianas dos sul-africanos negros, que iam desde a sua circulação no país,¹⁰² até a regulação de sua vida familiar e a disposição de terras.

Durante esse período, houve uma concentração de desigualdade, pobreza e privação dos negros de frequentarem determinadas áreas reservadas a negros, gerando assim uma separação espacial e social até hoje permanecem em grande parte da África do Sul. Uma considerável variedade de estatutos aplicáveis a terra – esta demarcada e controlada – foram redigidos.

Nesse aspecto, as leis¹⁰³ foram fundamentais para facilitar a realidade de uma minoria branca da população: eles obtinham a maior parte das terras, enquanto a maioria da população, negra, era disposta em espécies de campos étnicos ou em *homelands*, dormitórios.¹⁰⁴ Estes espaços ampliavam ainda mais toda a segregação existente no país.

100 *South African History Online*. Daniel Francois Malan. Disponível em: <<https://www.sahistory.org.za/people/daniel-francois-malan>>. Acesso em 20 set. 2018.

101 Grupo étnico de pessoas miscigenadas com ancestrais da África subsaariana são descendentes de negros (khoisan e bantus), de brancos e às vezes também de asiáticos. Disponível em: <<https://www.britannica.com/topic/Coloured>>. Acesso em 20 set. 2018.

102 DA FONSECA, Danilo Ferreira. **Direitos Humanos na África do Sul**: entre o apartheid e o neoliberalismo. Projeto História, São Paulo, n° 51. 2014. P. 20.

103 “The Group Areas Act 41 of 1950, the Prevention of Illegal Squatting Act 52 of 1951, and the Physical Planning Act 88 of 1967 were instrumental in facilitating the restructuring of apartheid urban areas.” STRAUSS, Margot. *A right to the city for South Africa’s urban poor*. Disponível em: <file:///C:/Users/Thatyane/Downloads/strauss_right_2017.pdf> Acesso em 20 setembro 2018.

104 DUGARD, Jackie; CLARK, Michael; TISSINGTON, Kate e WILSON, Stuart. *The right to housing in South Africa. socio-economic rights in South Africa*. Fundação de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.fhr.org.za/files/8515/1247/1750/Housing.pdf>> . Acesso em 20 set. 2018.

É relevante observar que *homelands* eram estados independentes em que cada africano era atribuído para o governo de acordo com o registro da ordem a fim de que esses africanos fossem cidadãos da *homeland* e não da África do Sul. Restringindo, dessa maneira, seus direitos políticos.¹⁰⁵

Nesse interim, é possível notar que a cor da pele definia o grau de importância do indivíduo na sociedade, sob uma ótica de supremacia branca. Havia uma Lei de Registro Populacional para dividir as pessoas pela raça e classificá-las no próximo censo, por um cartão de identidade, de modo que pais e filhos podiam ser distribuídos para bairros diferentes, de acordo com a raça que fosse definida.¹⁰⁶

Essa política impactou tanto nas moradias dos sul-africanos que havia a Lei de Áreas de Agrupamento que dispunha que cada indivíduo deveria viver em um bairro de acordo com a sua raça, bem como impediu o acesso a determinados lugares de pessoas de algumas etnias de várias áreas urbanas.¹⁰⁷

Não obstante, a supracitada lei ainda tornava legal a expulsão de milhares de pessoas de terras valorizadas e das suas casas nos centros das cidades, por todo o país - afastando para sempre famílias e amigos - à força, em áreas chamadas de *townships*, estas eram reservadas às comunidades não brancas nas periferias das cidades.¹⁰⁸ Inclusive morar numa área sem permissão era considerado crime.

Nesse sentido, os negros não podiam ser proprietários de terras, não tinham direito de participação na política e diante disso, eles acionaram o Congresso Nacional Africano - CNA, uma organização negra clandestina, que tinha como líder Nelson Mandela. O CNA optou pela

105 DEANA, Davidson F.; TOZZINI, Patrícia; ABIKO, Alex Kenya. **Política Habitacional na África do Sul**. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12940578/politica-habitacional-na-africa-do-sul-gestao-pcc-5839>>. Acesso em 22 set. 2018.

106 CARVALHO, Larissa. 70 anos. **Relembre o regime do Apartheid**. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/jornal/dom/2018/06/70-anos-relembre-o-regime-do-apartheid.html>>. Acesso em 22 set. 2018.

107 Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana em janeiro de 1981. Banjul, Gâmbia. Disponível em: <<https://14minionuoua1981.wordpress.com/2013/08/01/as-leis-do-apartheid/>>. Acesso em 22 set. 2018.

108 Estrutura do *apartheid* persiste ainda no *District Six*. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/estrutura-do-apartheid-persiste-ainda-no-district-six/a-19042026>>. Acesso em 22 set. 2018.

luta armada contra o governo branco, o que fez com que Nelson Mandela fosse preso em 1962 e condenado à prisão perpétua. Isso tornou o *apartheid* mais forte e violento.

Já na década de 70, o regime do *apartheid* foi diretamente afetado devido ao fim do império português na África, haja vista que suas colônias conquistaram a independência, além da Revolução dos Cravos. A África do Sul estava fortemente envolvida nas lutas de independência de Angola e Moçambique e tendo esses países conquistado suas independências, a África do Sul se viu forçada a se envolver no conflito instaurado. Esse novo contexto levou o país a rever sua política externa dando início a um período conhecido como *détente*.¹⁰⁹

A transição do regime do *apartheid* a um regime democrático na África do Sul não foi dos mais pacíficos, mas pode ser considerado um grande momento político. A comunidade internacional e a Organização das Nações Unidas - ONU faziam pressão pelo fim da segregação racial. Em 1991, o então presidente Frederick de Klerk se viu em uma situação complicada a qual o levou a condenar oficialmente o *apartheid* e libertar os líderes políticos, entre eles Nelson Mandela.

O governo democrático assumiu o poder em 1994 e teve que gerir uma situação muito complexa. Se por um lado herdou a mais desenvolvida das economias africanas, herdou também grandes problemas socioeconômicos, incluindo um alto nível de desemprego, índices alarmantes de pobreza, alta concentração de renda, além de intensa violência.¹¹⁰

3.3 O Pós-Apartheid

O período de democracia que sucede o *apartheid* teve como seu marco inicial a abertura do parlamento em fevereiro de 1990 e a reabilitação do Congresso Nacional Africano

109 Representava a tentativa de desenvolver uma tática diplomática capaz de realçar o papel da África do Sul como mediador regional e também restabelecer a segurança no subcontinente africano mediante a organização de uma estrutura federativa de Estados negros, com governos moderados, mas dependentes política e economicamente de um único Estado branco, do qual emanariam a liderança e os recursos necessários para o desenvolvimento da África Austral. BAHIA, Luiz Henrique Nunes. **A Política Externa da África do Sul: da internacionalização à globalização**. In: GUIMARÃES, 2000. p. 130.

110 VISENTINI, Paulo F. e PEREIRA, Ana P. **A nova África do Sul: política, diplomacia e sociedade (1994-2010)**. África do Sul: História, Estado e Sociedade, organizado por Paulo Gilberto Fagundes Visentini e Analúcia Danilevicz Pereira. 1ª ed. Brasília: FUNAG, 2010, cap.3, p.65-98.

(ANC)¹¹¹ e do Partido Comunista, entre outras organizações anti-*apartheid*. Em 11 de fevereiro de 1990, Nelson Mandela foi libertado da prisão, num contexto em que se aboliam as leis remanescentes que apoiavam a prática segregacionista.¹¹²

Com a instituição de um governo democrático, a quinta Carta Magna do país foi elaborada pelo parlamento eleito em 1994 nas primeiras eleições pós-*apartheid*. Foi sancionada então a Constituição da República da África do Sul de 1996 pelo presidente Nelson Mandela em 10 de dezembro de 1996, tendo entrado em vigor em 4 de fevereiro de 1997.¹¹³

Como espinha dorsal da dimensão jurídico-política de uma nova África do Sul, a Carta Fundamental traz a pretensão de criar uma sociedade baseada em valores democráticos, justiça social e direitos humanos.¹¹⁴ Nesse sentido, a Constituição Sul-africana traz consigo a inclusão de um expressivo número de direitos fundamentais de natureza socioeconômicas, isso de modo a estimular uma mudança social por meio de processos políticos não violentos e fundados na *Rule of Law*.¹¹⁵

Nesse diapasão, ainda que a referida constituição garanta a todos o direito ao acesso à moradia adequada e estabeleça que o Estado deve ser responsável pela legislação e execução de Políticas Públicas que promovam esse direito. Nas principais cidades em áreas pós-*apartheid*, as áreas urbanas, as classes médias embora mais diversificadas, os negros

111 O Congresso Nacional Africano (ANC) é um movimento e partido político da África do Sul que foi fundado em 1940, com a proposta de defender os direitos da população negra do país. Desde o fim do *apartheid*, em 1994, o ANC (*African National Congress*) é o principal partido político da África do Sul, sendo apoiado pela aliança com Congresso dos Sindicatos Sul-africanos e o Partido Comunista Sul-Africano. Nelson Mandela foi a figura mais influente do partido. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/congresso-nacional-africano-anc/t-36853558>>. Acesso em 22. nov. 2018.

112 DO VALLE, Vanice Lírio e HUNGRIA, Ana Luisa Hadju. **Implementação gradual de direitos socioeconômicos**: um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na Corte Constitucional Sul-Africana. Revista Jurídica Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro controle judicial de políticas públicas no brasil e no exterior. DGJUR – DIJUR. DGCOM. Edição Especial. 2013. P. 2.

113 DAVIES, Matthew. Mandela mudou economia da África do Sul, mas desigualdade avança. Bbc News. Disponível em: < https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131209_mandela_economia_rp>. Acesso em 22. Set. 2018.

114 DO VALLE, Vanice Lírio e HUNGRIA, Ana Luisa Hadju. **Implementação gradual de direitos socioeconômicos**: um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na Corte Constitucional Sul-Africana. Revista Jurídica Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro controle judicial de políticas públicas no brasil e no exterior. DGJUR – DIJUR. DGCOM. Edição Especial. 2013. P. 3.

115 KLARE, Karl. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*. *South African Journal on Human Rights*. 1998. p. 146 e ss. Disponível em: < <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834974?src=recsys>> Acesso em 25. Set. 2018.

continuam marginalizados economicamente e alienados culturalmente dos sistemas legais (acesso à moradia, currículos escolares, serviços básicos, como água e eletricidade).

Nessa perspectiva, inúmeras famílias nesse período posterior ao fim do *apartheid* passaram a viver em cabanas sem o mínimo de condições humanas de higiene, saúde e alimentação, e não tendo uma moradia digna oferecida e garantida pela Constituição Sul-africana. Assim, uma parcela da população resolveu invadir terrenos particulares para ali construir suas moradias, ou barracos.¹¹⁶

No que tange ao texto constitucional, a Parte A da Seção 4 no Capítulo da Constituição elenca o direito à moradia, desenvolvimento urbano e rural, o desenvolvimento de um planejamento regional e outros direitos.¹¹⁷ Sendo importante destacar, no entanto, que os principais princípios, políticas e escolhas e leis de implementação para habitação estão contidas no Código Nacional de Habitação.

Cabe destacar ainda que a Corte Constitucional da África do Sul possui um objetivo considerado por muitos como sendo transformador. A constituição dessa nação possui uma seção hermenêutica que determina o modo de interpretação da declaração de direitos. Ela também busca promover valores que subjazem em sociedade aberta e democrática, baseada na dignidade humana, na igualdade e na liberdade. Além disso, em decisões que as Cortes se baseiam na Constituição, os juízes observam também a aplicação do direito internacional e o direito estrangeiro.¹¹⁸

Cabe destacar também que o constitucionalismo no país abraçou a cultura do *ubuntu* - *ubuntu ngumuntu ngabantu, motho ke motho lo batho ba bangwe* – que significa que um ser

116 SIQUEIRA, Jeferson Nelcides De Almeida Dirceu Pereira. **Direito À Moradia – Uma Visão Comparada da Suprema Corte Brasileira e Sul-Africana a Partir do Grootboom Case**. Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais. organização CONPED. P. 399. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/e7x5ou99/7d3JkMhmsYf9r92s.pdf>>. Acesso em 19 set. 2018.

117 DUGARD, Jackie; CLARK, Michael; TISSINGTON, Kate e WILSON, Stuart. *The right to housing in South Africa. socio-economic rights in South Africa*. Fundação de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.fhr.org.za/files/8515/1247/1750/Housing.pdf>> . Acesso em 20 set. 2018.

118 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Perdão é argamassa social na África do Sul**. Revista Consultor Jurídico. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-out-10/constituicao-estrutura-perdao-argamassa-social-africa-sul>> . Acesso em 20 set. 2018.

humano é um ser humano por causa dos outros seres humanos.¹¹⁹ Isso influenciou diretamente dos casos envolvendo os Direitos Sociais e em especial casos emblemáticos na temática de Direito à moradia que serão estudados no último capítulo.

Portanto, esse breve aspecto histórico trazido para a pesquisa é essencial a fim de entender como a Corte Constitucional Sul-Africana tenta efetivar o direito à moradia. Isso ocorre porque todos os episódios marcantes nessa história apontam para um país que, assim como o Brasil, foi marcado por uma colonização de exploração e por outras influências. Além disso, as influências do regime de *apartheid* estão enraizadas na sociedade de hoje, existindo as áreas brancas, as áreas para mestiços e as áreas negras. Ou seja, embora não haja o *apartheid* instituído, ele é uma realidade oculta, por vezes nem muito disfarçada e em muito implica na questão da moradia hoje na África do Sul.

4. Complicações da extrema judicialização das questões habitacionais

Primeiramente, é necessário expor que existe a diferença entre Direito à Moradia e Política Pública habitacional, ainda que ambos os conceitos estejam realizados. Isso a fim de deixar evidente ao leitor o objetivo da presente pesquisa, de aferir como duas Cortes Constitucionais se propõem a efetivar o referido Direito.

Diante disso, O Direito à Moradia, conforme exposto no decorrer deste capítulo, não significa somente um lugar de abrigo, mas precisa ser compreendido como um direito à moradia adequada e digna, garantindo plena proteção e desenvolvimento de outros direitos e da dignidade da pessoa humana. Assim, é dever do Estado atuar como prestador deste Direito e quando ele opta por não agir – enfrentando o problema do déficit habitacional existente – ele, conseqüentemente, acaba permitindo o agravamento da situação.

Nesse sentido, é preciso definir que Políticas Pública são programas de ação governamental que resultam de processos juridicamente regulados. Esses processo podem ser processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial e objetivam coordenar os

119 LEAL, Saul Tourinho. **África do Sul Connection nº 40**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI227170,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+40>>. Acesso em 20 set. 2018.

meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹²⁰

Dessa maneira, embora as políticas públicas façam parte de atos discricionários, os objetivos delas são juridicamente vinculantes e isso tende a diminuir a margem de liberdade deixada ao Poder Executivo. Em caso de discricionariedade excessiva ou insuficiente, o Poder Judiciário é acionado para analisar a escusa do descumprimento e, se for o caso, impelir o Estado a cumprir a medida necessária e de forma adequada para a concretização do direito.¹²¹ É essa atuação que é o objeto de estudo, sem adentrar ao mérito de controle jurisdicional das Políticas Públicas.

Outrossim, existe uma tese que, de acordo com Tushnet, afirma que há dois modelos de se enxergar direitos: direitos fortes e tribunais fracos ou direitos fracos e tribunais fortes.¹²² No Brasil, o Direito à Moradia, segundo Vanice do Valle pode ser qualificado inicialmente como direito forte, eis que revestido de eficácia imediata, mas na realidade, ele não se apresenta como tal, devido à falta de densidade na cláusula constitucional correspondente, que não esclarece qual seja o agir estatal que a dimensão objetiva desse mesmo direito reclame.¹²³

Nesse sentido, é necessário lembrar que os Direitos Fundamentais sociais que, outrora, na década de 1990, não estavam colocados como uma questão relevante ou prioritária para o STF passam a ser protagonistas de alguma maneira. Assim, a partir dos anos 2000 estes direitos passaram a ter algum destaque na Corte.

No plano mais concreto das instituições brasileiras, a intensa verticalização da jurisdição constitucional contribuiu tanto para a proteção dos Direitos Fundamentais. No entanto

120 BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 39.

121 SOARES, Christiane Júlia Ferreira. **Direito à Moradia e Políticas Públicas Habitacionais**: uma crítica da atuação do Estado na efetivação do direito fundamental. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5055/2605>>. Acesso em 18 nov. 2018.

122 TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. United States: Princeton University Press, 2008.

123 DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Direito à Moradia no Brasil e na Colômbia**: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b6090cd636e93a4a>>. Acesso em 04 out. 2018.

dependendo da forma como se dá a atuação do Judiciário brasileiro, isso também pode de maneira paradoxal debilitar essa proteção.¹²⁴

Isso ocorre porque a crescente judicialização das questões habitacionais acaba demandando a atuação das Cortes Constitucionais e a consequente confiança na capacidade decisória e deliberativa das mesmas. A impugnação judicial de uma decisão administrativa traz implícita ou explicitamente essa confiança – ou, em alguns casos, a esperança – de que o judiciário possa oferecer uma solução melhor que a adotada pela administração pública.¹²⁵

No entanto, existe um complicador nessas decisões acerca da prestação de políticas públicas, como as de promoção do Direito à Moradia. Frequentemente, quando não se é possível chegar a uma solução ideal para determinado problema, o *first-best*, é melhor que ao menos se pense na melhor solução possível para determinada questão, o *second-best*. Entretanto, não sendo as Cortes Constitucionais ou o poder judiciário os mais capacitados tecnicamente para lidar com determinados assuntos, esse *second-best* pode seguir preceitos errados.

A fim de exemplificar de maneira clara o disposto no parágrafo anterior, no presente estudo, se sabe que a solução ideal para a entrave da falta de moradia é a construção de casas em locais adequados que promovam uma situação de vida digna aos seus habitantes, ou seja, a criação de moradias adequadas para todos os cidadãos. Entretanto, o Estado não tem recursos financeiros para arcar com todos os custos que tal medida demandaria. Dessa maneira, as instituições vão pensar em meios de garantir o Direito da melhor forma possível, o *second-best*.

Ocorre que quando uma Instituição não tem a devida capacidade institucional de lidar com assuntos muito específicos, ela pode partir de uma lógica equivocada para a resolução de um litígio. Então a Corte Constitucional brasileira, nesse exemplo, não sendo o órgão mais capacitado para a efetivação do Direito à Moradia poderia construir um ideal de *second-best*

124 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais**: entre fraquezas e possibilidades. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ - Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016. P. 141
125 SOUZA, Fábio. **Quem deve decidir? Confiança na Aptidão Decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas**. Alteridade. Curitiba. 2018. P. 102.

que segundo autores como Sustain e Vermule¹²⁶ estaria baseado na lógica da proximidade com a *first-best decision*, o que nem sempre é verdade. Podendo assim, haver resultados incoerentes e inseguros por falta de capacidade institucional do julgador.

Dessa forma, segundo esses autores, a melhor decisão possível não deriva necessariamente de uma aproximação com a melhor decisão. Uma instituição mais capacitada tecnicamente para lidar com as questões habitacionais, então, poderia ser capacitada para ter essa visão e fazer um esforço que partisse de uma lógica diferente, com critérios distintos daquele que indica a aproximação em relação a melhor decisão abstratamente considerada e assim concretizar a melhor decisão possível.

126 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. In: Public law and legal theory working paper nº 28. The Law School – The University of Chicago, 2002. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245> . Acesso em 18. set. 2018.

CAPÍTULO II - O ESTUDO COMPARADO COMO INSTRUMENTO DE ANÁLISE JURISPRUDENCIAL E NORMATIVA

Primeiramente, é importante destacar que o presente estudo não tem como objetivo conferir um retrato completo das jurisprudências brasileira e sul-africana, mas comparar algumas decisões sobre um tema comum. É partindo desse pressuposto que o presente capítulo visa abordar alguns aspectos do estudo comparado a fim de posteriormente ser possível estudar os casos no próximo capítulo.

Nesse sentido, o presente estudo comparado é importante, haja vista que a comparação aqui não visa o estabelecimento de carga axiológica para a atuação das Cortes. Não é o objetivo desta pesquisa estabelecer se uma Corte é melhor do que a outra ou nada nesse viés. O que se busca é tratar da capacidade decisória dessas Cortes quando estas se dispõem a conferir efetividade à Políticas Públicas de Direito à Moradia.

Assim, o que é feito é usar o direito comparado como instrumento, considerando suas potencialidades. Isto a fim de se chegar a uma compreensão ampla e objetiva de como duas Cortes diferentes se comportam diante de casos que demandam muitas vezes engajamento institucional para a tomada de decisões.

O estudo do direito comparado acaba contribuindo, dessa forma, para a formação de uma visão de mundo pautada no humanismo, assim por meio do respeito às diferenças existentes e na constituição da possibilidade do pesquisador se tornar mais crítico à realidade na qual está inserido.¹²⁷ Sendo possível por meio disso que o estudo com fulcro na comparação possa ser compreendido de maneira a ampliar o campo de pesquisa.

Cabe ressaltar que de acordo com alguns autores como John Bell, a comparação seria uma forma geral de realização de pesquisa jurídica, uma maneira de tentar reconstruir tanto o sistema jurídico estrangeiro quando o sistema doméstico.¹²⁸ Assim, a comparação acaba sendo um instrumento muito útil à pesquisa científica jurídica.

127 CAMPOS, Deo. **O Potencial Crítico do Direito Comparado**. 2015. P. 397-409. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313888112_O_Potencial_Critico_do_Direito_Comparado> . Acesso em 01 out. 2018.

128 BELL, John. *La comparaison em droit public*. Melanges em l'honneur de Denis Tallon. Paris: Societé de législation comparée, 1999. P. 85.

É relevante ainda mencionar que em um estudo comparado, é inquestionável que a haja a identificação metódica de semelhanças e diferenças em função da matéria tratada, afinal, em caso contrário, ter-se-ia a mera descrição do direito estrangeiro.¹²⁹ Portanto, o processo de comparação de normas e entendimentos jurisprudenciais de diferentes sistemas não resultam na formulação de novas regras, mas em uma relação entre as já existentes e descritas de maneira comparativa.¹³⁰

1. O Direito Comparado como Ciência

Considerando que a metodologia da presente pesquisa utiliza a técnica do Estudo Comparado ao se propor a investigar como duas diferentes Cortes Constitucionais se colocam em posição de tentar efetivar o Direito à Moradia, é importante abordar previamente importantes elementos acerca desse método.

Nessa perspectiva, é necessário abordar o que é um estudo comparado e quais as intenções do mesmo. Para Ana Lucia de Lyra Tavares, o Direito no Estudo Comparado não deve ser considerado somente um “instrumento de harmonização ou, como querem alguns mais extremados, de unificação normativa”.¹³¹

Não obstante, o Direito Comparado possui a função de auxiliar de forma marcante na identificação dos aspectos “peculiares” de sistemas jurídicos diferentes. Isso é feito de modo que é possível apontar ou não para a possibilidade, dos processos de “transplantes de conceitos, institutos e normas de um sistema para outro”.¹³²

Assim, fica demonstrado que o estudo comparativo proposto resulta do avanço que emerge dos trabalhos de legislação estrangeira. Além de obras fragmentárias do Direito

129 TAVARES, Ana Lyra. **Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado**. Direito, Estado e Sociedade. n. 14, 1999. p. 100.

130 ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of comparative law*. Koninklijke Brill N. V. 2004. p. 15.

131 TAVARES, Ana Lucia de Lyra. **O Papel do Direito Comparado na Globalização**, in: Revista Direito, Estado e Sociedade, n° 16 – jan/jul 2000, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, p. 154.

132 *Ibidem*.

estrangeiro, matérias geralmente percorridas pelo estudioso para alcançar a temática do Direito Comparado.¹³³

Cabe destacar também que quanto à conceituação e natureza do Direito Comparado, sua definição está diretamente ligada à determinação da sua natureza, ou seja, se é uma ciência ou simplesmente um método.¹³⁴ Não é o objetivo desta pesquisa adentrar nessa discussão, haja vista o panorama geral do assunto ter a intenção de explicar o significado e a metodologia de um estudo comparado para apresentar no próximo capítulo a investigação realizada.

Ainda assim, para fins desta produção acadêmica, é relevante a exposição de que o Direito Comparado atende aos requisitos substanciais da ciência. De acordo com o professor Francisco Ovídio,¹³⁵ esses seriam: “os conhecimentos adquiridos de maneira metódica, sem o caráter de improvisação; validade universal dos conhecimentos produzidos; e que esses conhecimentos tenham passado pelo crivo da observação sistemática.”¹³⁶

Dessa maneira, diante da natureza científica deste estudo comparado, ele pode ser conceituado como a disciplina científica que estuda, por meio do contraste, dois ou mais sistemas jurídicos. O que é feito por meio da análise das normas positivas, fontes, história e os variados fatores sociais e políticos que as influenciam.¹³⁷

O objeto de estudo, portanto, de um estudo comparativo-sistemático de instituições ou sistemas jurídicos diversamente situados no espaço ou no tempo tem a finalidade de estabelecer os pontos comuns e as diferenças existentes entre eles. Isso na tentativa de compreender a sua evolução e determinar os parâmetros para o seu aperfeiçoamento e reforma.

133 DE MEDEIROS, Orione Dantas. **Direito Constitucional Comparado: Breves aspectos epistemológicos**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010. Pag. 314.

134 OVÍDIO, Francisco. Aspectos do Direito Comparado. p. 162. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67009/69619/0>67009>-Texto do artigo-88405-1-10-20131125.pdf >. Acesso em 04 out. 2018.

135 “A utilização do método comparativo preenche o primeiro requisito; as «sínteses conceituais» operadas pela atividade juscomparativista podem ser aplicadas no estudo dos diferentes ordenamentos jurídicos do passado ou da atualidade, cumprindo com o segundo requisito; enquanto que a utilização dos métodos e procedimentos consagrados pela ciência jurídica comparativista garante a observação sistemática dos fatos.” *Ibidem*.

136 *Ibidem*. P. 164.

137 PEREZ, Daniela. **A justiça constitucional e o uso do Direito Comparado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29612/a-justica-constitucional-e-o-uso-do-direito-comparado>>. Acesso em 04 out. 2018.

Além disso, é importante pontuar que a questão da linguagem como um pré-requisito para estudos comparados é um elemento a ser considerado. Curran¹³⁸ menciona que a conexão mais visível da lei comparada com a linguagem se deve a diferentes sistemas jurídicos e textos legais em diferentes idiomas.

Assim, questões de acessibilidade da lei estrangeira aparecem onde os comparatistas não são fluentes nas línguas estrangeiras relevante, surgindo assim problemas corolários, haja vista que a melhor maneira de se estudar um texto legal é entendendo o idioma original em que ele foi escrito. É por esta razão que a presente pesquisa teve atenção a esse requisito, de modo que foi escolhida para o Estudo Comparado a África do Sul, cujo idioma dos textos legais é a língua inglesa. Isso para que não se reduzisse o nível e o potencial dos textos estudados.

Cumpram-se também que o estudo comparado se tornou extremamente relevante, bem como largamente utilizado diante do crescente cenário de globalização. Havendo para tanto motivos econômicos em que a política neoliberal permite que diversas regiões se aproximem graças ao avanço da comunicação por meios virtuais.

Há ainda razões de natureza política para o desenvolvimento de estudos comparados, com o estabelecimento de grupos regionais de Estado visando harmonização de diplomas legais. Além de razões de natureza sociocultural, sociopolítica e de natureza tecnológica. Demonstrando assim haver uma aproximação de civilizações que estimula a comparação e aponta para a diversidade de soluções jurídicas e da própria natureza do Direito.¹³⁹

A respeito dos objetivos de um estudo comparado, estes podem estar relacionados a uma macro comparação em que se observa e pesquisa sistemas jurídicos particulares de diferentes países, destacando os seus pontos comuns ou distintivos. Ou ainda pode estar atrelado de maneira micro, restringindo à comparação de determinados institutos jurídicos ou como no presente caso, à atuação de determinadas Cortes: o STF e a Corte Constitucional Sul-Africana.

138 CURRAN, Vivian Grosswald. *Comparative law and language*. University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series. 2005. Disponível em: <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=pittlwps>>. Acesso em 05. out. 2018.

139 TAVARES, Ana Lucia de Lyra. **O Papel do Direito Comparado na Globalização**, in: Revista Direito, Estado e Sociedade, n° 16 – jan/jul 2000, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, p. 168.

Com efeito, o Direito Comparado passa a ter objetivos específicos, como o de possibilitar uma melhor compreensão do espírito que anima as instituições jurídicas. Tradicionalmente, esse recurso a esse modelo de estudo sempre esteve fortemente associado à política legislativa e aos momentos constituintes.

Outrossim, diversos fatores concorrem para que ele ganhe uma importância no tocante aos Direitos Fundamentais¹⁴⁰ e à efetivação dos mesmos. Isso ocorre principalmente quando se trata de países em que ambos se comprometeram com esses direitos, não somente em suas constituintes, como também em diversos instrumentos internacionais – como é o caso de Brasil e África do Sul.

No que tange ao direito público comparado, alguns problemas específicos acabam aparecendo. Tais problemas podem ocorrer na medida em que há a determinação de análises muito amplas de sistemas jurídicos diferentes.

Nesse aspecto, no teor desses estudos pode não ser possível captar as noções próprias e distintas dos diferentes sistemas. Apesar disso e até mesmo de alguns autores considerarem o estudo constitucional comparado desnecessário para a compreensão do sistema jurídico pátrio,¹⁴¹ esse modelo de estudo possibilita uma construção inegável de saber jurídico crítico. Mesmo no direito público, haja vista que contribui para que a pesquisa científica no direito seja feita não só de uma maneira ampliativa como questionadora.¹⁴²

O campo do direito constitucional comparado se iniciou da forma como existe hoje com influência da globalização e dissipação da noção de que cada nação embora possua seu espírito jurídico próprio, é necessário compreender as normativas jurídicas diferentes, uma vez que estas podem estar intrinsicamente conectadas. No entanto, relação entre o direito comparado e o direito constitucional é alvo de algumas críticas.

140 BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado.** Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3, p.85-114, dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n3p85. ISSN: 1980-511X.

141 TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3ed. New York: Foundation Press, 2000. P. 1334.

142 VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen e MENEZES, Wagner. **Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos.** Arraes. pp.397-409.

Primeiramente, é preciso compreender a influência da história e dos acontecimentos marcantes nela para cada sistema jurídico estudado. A lei em uma sociedade só poderia ser explicada por meio desta história e, portanto, um estudo comparado não poderia ignorar isso. Mas contextualizar e compreender a complexidade da historicidade do texto legal é um dos grandes desafios enfrentados para uma melhor compreensão global das questões jurídicas.¹⁴³

Além disso, outro desafio a ser considerado é a tendência de confundir o que é ou não norma constitucional, bem como o sentido dessas normas. Além do fato de as constituições serem utilizadas como uma expressão, ou uma forte influência, da identidade nacional de seus povos. Sendo que isso poder constituir um complicador na realização da análise comparativa, especialmente num nível funcional, haja vista que depreende maior engajamento do pesquisador para se aproximar disso a fim de entender claramente o sistema jurídico diferente.

Essas e outras críticas são muito importantes de serem levadas em consideração em uma pesquisa como esta, a fim de esclarecer algumas das limitações existentes. Sendo relevante também para uma visão crítica das informações que serão apresentadas.

Além disso, é de sumo interesse que se apresente aqui o fato de existirem espécies de métodos de pesquisa de direito comparado. Antônio Carlos Gil divide em dois grandes grupos, ou seja, “[...] os que proporcionam as bases lógicas da investigação científica e o dos que esclarecem acerca dos procedimentos técnicos que poderão ser utilizados.”¹⁴⁴

No que tange ao primeiro, se incluem os métodos dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo, dialético e fenomenológico.¹⁴⁵ Enquanto no segundo se incluem métodos que indicam os meios técnicos da investigação: experimental, observacional, comparativo, estatístico, clínico, monográfico.¹⁴⁶ Por meio desses é possível estabelecer teorias que auxiliam na pesquisa.

143 CAMPOS, Deo. **O Potencial Crítico do Direito Comparado**. 2015. pp. 397-409. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313888112_O_Potencial_Critico_do_Direito_Comparado>. Acesso em 01 out. 2018.

144 GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999. P. 26-27.

145 HEINEN, Juliano. **Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/25147/15329>> . Acesso em 22 nov. 2018.

146 *Ibidem*.

De maneira específica, Deo Campos Dutra apresenta seis diferentes espécies de estudo comparado: o funcional, o analítico, o estrutural, o histórico, o contextualizado (*law in context*) e o método do núcleo comum (*common core*).¹⁴⁷ A primeira objetiva identificar respostas ou distinções comuns em sistemas jurídicos diferentes, ou seja, comparar como esses sistemas enfrentam determinada situação de conflito, o foco então é nos efeitos das normas e na formulação de soluções jurídicas para determinada disfunção social.¹⁴⁸

A esse método comparativo funcional existem críticas baseadas na presunção de similitudes. Isso no sentido de que essa presunção é assumida em termos puramente teóricos, sem comprovação empírica, o que conduziria a uma espécie de universalização idealizadora: todos ou ao menos alguns ordenamentos jurídicos devem conter semelhanças entre si; caso contrário, o método não teria qualquer objeto possível.¹⁴⁹

Quanto aos outros métodos apontados, cumpre, em síntese, expor que o analítico considera e compara conceitos e definições comuns, presentes nos vários sistemas de direito, a fim de produzir soluções compartilhadas, ou mesmo produzir transplantes de um sistema a outro.¹⁵⁰ O estrutural, por sua vez, pretende comparar toda a estrutura de dois ou mais sistemas jurídicos, sendo, portanto, bastante amplo, bem como o histórico, pois destina seu foco ao confronto da formação de institutos jurídicos ou do sistema, comparando a evolução de ambos.¹⁵¹

Por fim, o contextualizado (*law in context*), que geralmente não é aplicado de maneira isolada, mas atrelado a outro método, uma vez que ele estabelece a necessidade de contextualização para uma eficaz análise comparativa e o Núcleo comum (*common core*) que tem por objetivo identificar pontos comuns entre dois sistemas jurídicos. Isso de forma a

147 DUTRA, Deo Campos. **Método(s) em direito comparado**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, v. 61, n. 3, set.-dez. 2016, P. 197-198.

148 HEINEN, Juliano. **Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/25147/15329>> . Acesso em 22 nov. 2018.

149 DE CONINCK, Julie. *The Functional Method of Comparative Law: Quo vadis?* *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2010. P. 323. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/27878873>>. Acesso em 22 nov. 2018.

150 HEINEN, Juliano. **Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/25147/15329>> . Acesso em 22. nov. 2018.

151 *Ibidem*.

demonstrar pontos que são compartilhados por dois ou mais sistemas jurídicos, para se poder, por exemplo, estabelecer um processo de harmonização entre eles.

Cabe destacar ainda que outro método considerado por alguns autores é o da “dimensão cultural do direito comparado”.¹⁵² A partir de uma percepção que observa a realidade atual, de modo que a diversidade cultural não pode ser desconhecida, mas ponto de partida,¹⁵³ para então se perfazer a comparação entre os sistemas jurídicos. Logo, todas essas espécies de métodos de pesquisa comparativa podem ser associados e aplicados conjuntamente

2. Complicações existentes em um estudo comparado e suas limitações

No que tange ao direito público comparado, alguns problemas específicos acabam aparecendo. Tais problemas podem ocorrer na medida em que há a determinação de análises muito amplas de sistemas jurídicos diferentes.

Nesse aspecto, no teor desses estudos pode não ser possível captar as noções próprias e distintas dos diferentes sistemas. Apesar disso e até mesmo de alguns autores considerarem o estudo constitucional comparado desnecessário para a compreensão do sistema jurídico pátrio,¹⁵⁴ esse modelo de estudo possibilita uma construção inegável de saber jurídico crítico. Mesmo no direito público, haja vista que contribui para que a pesquisa científica no direito seja feita não só de uma maneira ampliativa como questionadora.¹⁵⁵

O campo do direito constitucional comparado se iniciou da forma como existe hoje com influência da globalização e dissipação da noção de que cada nação embora possua seu espírito jurídico próprio, é necessário compreender as normativas jurídicas diferentes, uma vez que estas podem estar intrinsicamente conectadas. No entanto, relação entre o direito comparado e o direito constitucional é alvo de algumas críticas.

152 SOMMA, Alessandro. *Giocchi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*. Revista SciELO Analytics.. Boletín mexicano de derecho comparado vol. 37. Nº. 109. 2004. Disponível em: < http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000100006>. Acesso em 22. nov. 2018.

153 CURY, Paula Maria Nasser. **Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo: UNISINOS, v. 6, n. 2, jul.-set. 2014. P. 181.

154 TRIBE, Laurence. American Constitutional Law. 3ed. New York: Foundation Press, 2000. P. 1334.

155 VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen e MENEZES, Wagner. **Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos**. Arraes. pp.397-409.

Primeiramente, é preciso compreender a influência da história e dos acontecimentos marcantes nela para cada sistema jurídico estudado. A lei em uma sociedade só poderia ser explicada por meio desta história e, portanto, um estudo comparado não poderia ignorar isso. Mas contextualizar e compreender a complexidade da historicidade do texto legal é um dos grandes desafios enfrentados para uma melhor compreensão global das questões jurídicas.¹⁵⁶

Além disso, outro desafio a ser considerado é a tendência de confundir o que é ou não norma constitucional, bem como o sentido dessas normas. Além do fato de as constituições serem utilizadas como uma expressão, ou uma forte influência, da identidade nacional de seus povos. Sendo que isso poder constituir um complicador na realização da análise comparativa, especialmente num nível funcional, haja vista que depreende maior engajamento do pesquisador para se aproximar disso a fim de entender claramente o sistema jurídico diferente.

Essas e outras críticas são muito importantes de serem levadas em consideração em uma pesquisa como esta, a fim de esclarecer algumas das limitações existentes. Sendo relevante também para uma visão crítica das informações que serão apresentadas.

Além disso, é de sumo interesse que se apresente aqui o fato de existirem espécies de métodos de pesquisa de direito comparado. Antônio Carlos Gil divide em dois grandes grupos, ou seja, “(...) os que proporcionam as bases lógicas da investigação científica e o dos que esclarecem acerca dos procedimentos técnicos que poderão ser utilizados.”¹⁵⁷

No que tange ao primeiro, se incluem os métodos dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo, dialético e fenomenológico.¹⁵⁸ Enquanto no segundo se incluem métodos que indicam os meios técnicos da investigação: experimental, observacional, comparativo, estatístico, clínico, monográfico.¹⁵⁹ Por meio desses é possível estabelecer teorias que auxiliam na pesquisa.

156 CAMPOS, Deo. **O Potencial Crítico do Direito Comparado**. 2015. P. 397-409. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313888112_O_Potencial_Critico_do_Direito_Comparado> . Acesso em 01 out. 2018.

157 GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999. P. 26-27.

158 HEINEN, Juliano. **Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/25147/15329>> . Acesso em 22. nov 2018.

159 *Ibidem*.

De maneira específica, Deo Campos Dutra apresenta seis diferentes espécies de estudo comparado: o funcional, o analítico, o estrutural, o histórico, o contextualizado (*law in context*) e o método do núcleo comum (*common core*).¹⁶⁰ A primeira objetiva identificar respostas ou distinções comuns em sistemas jurídicos diferentes, ou seja, comparar como esses sistemas enfrentam determinada situação de conflito, o foco então é nos efeitos das normas e na formulação de soluções jurídicas para determinada disfunção social.¹⁶¹

A esse método comparativo funcional existem críticas baseadas na presunção de similitudes. Isso no sentido de que essa presunção é assumida em termos puramente teóricos, sem comprovação empírica, o que conduziria a uma espécie de universalização idealizadora: todos ou ao menos alguns ordenamentos jurídicos devem conter semelhanças entre si; caso contrário, o método não teria qualquer objeto possível.¹⁶²

Quanto aos outros métodos apontados, cumpre, em síntese, expor que o analítico considera e compara conceitos e definições comuns, presentes nos vários sistemas de direito, a fim de produzir soluções compartilhadas, ou mesmo produzir transplantes de um sistema a outro.¹⁶³ O estrutural, por sua vez, pretende comparar toda a estrutura de dois ou mais sistemas jurídicos, sendo, portanto, bastante amplo, bem como o histórico, pois destina seu foco ao confronto da formação de institutos jurídicos ou do sistema, comparando a evolução de ambos.¹⁶⁴

Por fim, o contextualizado (*law in context*), que geralmente não é aplicado de maneira isolada, mas atrelado a outro método, uma vez que ele estabelece a necessidade de contextualização para uma eficaz análise comparativa e o Núcleo comum (*common core*) que tem por objetivo identificar pontos comuns entre dois sistemas jurídicos. Isso de forma a

160 DUTRA, Deo Campos. **Método(s) em direito comparado**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, v. 61, n. 3, set.-dez. 2016, p. 197-198.

161 HEINEN, Juliano. **Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/25147/15329>> . Acesso em 22. nov. 2018.

162 DE CONINCK, Julie. *The Functional Method of Comparative Law: Quo vadis?* *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2010. p. 323. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/27878873>>. Acesso em 22 nov. 2018.

163 HEINEN, Juliano. **Método de direito comparado: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas**. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/25147/15329>> . Acesso em 22. nov. 2018.

164 *Ibidem*.

demonstrar pontos que são compartilhados por dois ou mais sistemas jurídicos, para se poder, por exemplo, estabelecer um processo de harmonização entre eles.

Cabe destacar ainda que outro método considerado por alguns autores é o da “dimensão cultural do direito comparado”.¹⁶⁵ A partir de uma percepção que observa a realidade atual, de modo que a diversidade cultural não pode ser desconhecida, mas ponto de partida,¹⁶⁶ para então se perfazer a comparação entre os sistemas jurídicos. Logo, todas essas espécies de métodos de pesquisa comparativa podem ser associados e aplicados conjuntamente.

3. O Direito Comparado no presente estudo da efetivação do Direito à Moradia por Cortes Constitucionais

Estabelecidos alguns conceitos básicos e prévios acerca do estudo comparado, a presente pesquisa segue como metodologia a lógica hipotético-dedutiva, bem como empírica. Isso porque o método hipotético-dedutivo se propõe a adicionar a racionalização existente no método dedutivo e a experimentação do método indutivo. Tal método, portanto, une ambos os elementos a fim de se comprovar ou não uma hipótese.

Essa lógica é possível de ser seguida, na medida em que foi eleita uma hipótese para a pesquisa. Esta foi confeccionada a partir de questões problemas e, posteriormente, por meio de um experimento empírico – a análise das decisões das Cortes – é possível concluir a pesquisa com a comprovação da referida hipótese, ou não.

Nesse sentido, as questões-problemas que foram consideradas pontos de partida nesta investigação acadêmica foram: “o Direito à Moradia é visto como um Direito Prestacional pelas Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana? Como estas Cortes decidem a temática? Quais as consequências dessas atuações?”. Assim, a fim de responder esses questionamentos foi formulada a seguinte hipótese: as Cortes Constitucionais brasileira e sul-africana proferem

165 SOMMA, Alessandro. *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*. Revista SciELO Analytics.. Boletín mexicano de derecho comparado vol. 37. Nº. 109. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000100006>. Acesso em 22 nov. 2018.

166 CURY, Paula Maria Nasser. **Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo: UNISINOS, v. 6, n. 2, jul.-set. 2014. p. 181.

decisões que buscam efetivar a aplicação do Direito à Moradia, porém ambas não resolvem a problemática habitacional existente.

Nesse íterim, é importante mencionar que para a análise espacial foram utilizadas as plataformas online de busca de jurisprudência do STF¹⁶⁷ e da Corte Constitucional Sul-Africana¹⁶⁸. Sendo utilizado como critério de seleção dos casos estudados no STF as temáticas que frequentemente mais aparecem nas decisões colegiadas do órgão¹⁶⁹ e para a segunda, as decisões consideradas emblemáticas na visão de autores como David Bilchitz,¹⁷⁰ Dan Nicholson,¹⁷¹ Owen Fiss, Nicholas Parrilloe, Oona Hathaway, Scott Shapiro, Aruna Sathanapally,¹⁷² Vanice do Valle¹⁷³ e ainda de acordo com o Projeto de Pesquisa de Jurisprudência de Tribunais e Órgãos Estrangeiros e Internacionais da Procuradoria Regional da República da 4ª Região.¹⁷⁴

No que tange a pesquisa quantitativa no STF, ela foi seguida de uma análise qualitativa no indexador da plataforma online do STF, acessando assim todo repositório de seu banco de dados. De forma simples, esse buscador é uma versão online e atualizada periodicamente desenvolvido para acessar, de maneira simples, rápida e direta, os julgados divulgados nos Informativos do STF, sendo possível por meio de palavras chave no indexador que são encontradas nos textos das decisões, bem como nas ementas dos referidos julgados.

167Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 23 nov. 2018.

168 Corte Constitucional Sul-Africana. Disponível em: < <https://collections.concourt.org.za/>>. Acesso em 23. nov. 2018.

169 Disponível no Anexo A.

170 BILCHITZ, David. *Giving Socioeconomic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance*. South African Law Journal, v. 119, 2002.

171 *The Human Right To Housing In Australia*. Produced by the Housing is a Human Right Project A collaborative project of VCOSS Shelter Victoria Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) Women's Housing Ltd This project has been generously funded by the Myer and Reichstein Foundations. Disponível em: < http://www.urbancentre.utoronto.ca/pdfs/elibrary/COHRE_Housing-Rights-Austra.pdf>. Acesso em 10 Nov. 2018.

172 Todos os autores escreveram nessa obra. *Governments' Authority*. Judith Resnik. 2013. Pag. 24; 40 e 60. Disponível em: < <https://documents.law.yale.edu/sites/default/files/global-constitutionalism-2013.pdf>>

173 DO VALLE, Vanice Lírio e HUNGRIA, Ana Luisa Hadju. **Implementação gradual de direitos socioeconômicos: um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na Corte Constitucional Sul-Africana**. Revista Jurídica Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro controle judicial de políticas públicas no brasil e no exterior. DGJUR – DIJUR. DGC.COM. Edição Especial – 2013.

174 Projeto de Pesquisa de Jurisprudência de Tribunais e Órgãos Estrangeiros e Internacionais da Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Disponível em: < http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_internacional>. Acesso em 23 nov. 2018.

As palavras utilizadas neste estudo foram as seguintes: Direito à Moradia; Direito Fundamental à Moradia; Direito Social à Moradia; Direito à Habitação; Direito Fundamental à Habitação; Morador de Rua e *Housing to Right*. A partir disso, a pesquisa ofereceu um retorno que incluía as seguintes classes relativas a atos processuais: (i) Acórdãos; (ii) Repercussão Geral; (iii) Súmulas Vinculantes; (iv) Súmulas; (v) Decisões Monocráticas; (vi) Decisões da Presidência; (vii) Informativo; e (viii) Questões de Ordem.

Posteriormente, após terem sido encontradas 578 decisões monocráticas e 35 acórdãos que faziam referência a esses termos, os acórdãos foram selecionados para a filtragem qualitativa devido a maior viabilidade do número de amostragem. Nesse sentido, os casos encontrados nessa classificação foram elencados em uma planilha com resumos a fim de aferir quantos deles de fato abordavam o Direito à Moradia¹⁷⁵. Isso porque algumas vezes, embora aparecesse o termo em referência, Direito à Moradia estava sendo tratado de maneira subsidiária ou ainda em *obiter dictum*.¹⁷⁶

Nesse aspecto, foram feitos resumos dos casos, seguida de uma comparação descritiva dos julgados selecionados. Ainda foram confeccionados alguns gráficos que permitem uma melhor visualização da pesquisa e da relação dos dados encontrados. Então, por exemplo, foi possível observar o número ínfimo de casos que chegam à Corte Constitucional brasileira na temática de Direito à Moradia, em comparação com gráfico obtido de pesquisa prévia dos casos que chegam à África do Sul.¹⁷⁷

Além disso, os gráficos também demonstram quais os temas dentro de Direito à Moradia que chegam às decisões colegiadas no STF, tendo sido esse também um critério de escolha das decisões que nesta pesquisa são analisadas, conforme dito anteriormente. Além disso, também é demonstrado por meio de gráficos a questão da confiança na capacidade decisória do poder judiciário em ambos os países.¹⁷⁸

175 Disponível no Anexo B.

176 De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, *obiter dictum* é “alguma coisa dita de passagem”. São elementos marginais de uma fundamentação”, enquanto *ratio decidendi* significaria “razões para decidir”, necessária a fundamentação de uma decisão. MARINONI, Luiz Guilherme. **Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro**. A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR, v. 2, p. 599-630, 2010.

177 Disponível no Anexo C.

178 Disponível no Anexo D.

Ainda no que diz respeito a parte estatística do trabalho, foram observados também gráficos com informações acerca de pesquisas feitas sobre o déficit habitacional nos dois países.¹⁷⁹ Isso para auxiliar posteriormente na visualização das informações e nas conclusões parciais da pesquisa.

Não obstante, é importante mencionar também que o marco temporal desse estudo é a partir da Emenda Constitucional de nº 26 de 2000 à CF de 1988 e a Constituição da África do Sul de 1996. Isso porque ambas passaram a dispor acerca do Direito à Moradia como sendo um direito fundamental e em observância aos pactos internacionais que abordam o acesso à moradia adequada. Além disso, a pesquisa comporta as decisões do STF até outubro de 2018.

A partir dessa análise de dados e, principalmente, após a análise das decisões no próximo capítulo é possível a comprovação das hipóteses, à luz dessas análises prévias. Sendo ainda relevante expor que a comparação na presente pesquisa é feita de maneira sincrônica. Isto é, no sentido de que se passam em momentos e lapsos temporais equivalentes, mas em coletividades diferentes.

Além disso, o método utilizado para a comparação neste estudo já foi utilizado por outros pesquisadores como o Basil Markesinis¹⁸⁰ e consiste na comparação de decisões em que os casos em questão tinham circunstâncias parecidas. Dessa maneira, primeiramente se apreende quais os problemas familiares nos dois casos, mesmo que em sistemas diferentes e quais as semelhanças em ambos os casos, para que a *posteriori* se entenda as peculiaridades de cada caso.

Portanto, a partir dessa análise será possível compreender quais argumentos influenciaram na tomada de cada decisão. Possibilitando dessa maneira que seja feita a devida identificação dos aspectos “peculiares” das decisões, apontando ou não para a possibilidade, dos processos de “transplantes de conceitos, institutos e normas de um sistema para outro”¹⁸¹, podendo haver um diálogo de Cortes, benéfico.

179 Disponível no Anexo E.

180 MARKESINIS, Basil. *Judicial Style and Judicial Reasoning In England and Germany*. Cambridge Law Journal, 59(2), July 2000, pp. 294-309.

181 TAVARES, Ana Lyra. **Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado**. Direito, Estado e Sociedade. n. 14, 1999, p. 100.

CAPÍTULO III - ESTUDO COMPARATIVO – ÁFRICA DO SUL E BRASIL

Dadas às diferenças existentes nos sistemas jurídicos das duas Cortes Constitucionais,¹⁸² a análise agora se inicia pela Corte Constitucional Sul-Africana. Isso desde o primeiro caso emblemático elencado pela doutrina Constitucional e pela própria Corte, até a consolidação do entendimento de Direito à Moradia existente hoje, por meio da análise de mais dois casos que trouxeram componentes indispensáveis à noção de mínimo existencial do referido Direito na Corte.

Posteriormente, a análise é feita com relação aos julgados brasileiros pelo STF. Isso de maneira a considerar as peculiaridades brasileiras de processo Constitucional na referida Corte, de modo que serão apresentados também três casos em que o STF de alguma forma tentou conferir efetividade ao Direito à Moradia e ainda apresentando um breve estudo estatístico acerca da quantidade de casos referentes a esse Direito que chegam ao STF.

1. Análise dos casos Sul-Africanos

Os casos aqui elencados foram selecionados por serem considerados paradigmáticos não apenas pela própria Corte Constitucional Sul-africana, como para boa parte da doutrina que discute o tema. Na África do, por exemplo, o professor David Bilchitz¹⁸³ menciona alguns dos casos em suas obras e os analisa criticamente, bem como outros mencionados no capítulo anterior. No Brasil, a professora Vanice do Valle¹⁸⁴ também aborda os casos a seguir como sendo emblemáticos e ainda são elencados no Projeto de Pesquisa de Jurisprudência de

182 Disponível no Anexo F.

183 *Caso Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors. Citizenship And Community: Exploring The Right To Receive Basic Municipal services. In Joseph Constitutional Court Review. P. 55.* Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/journals/CCR/2010/3.pdf>>. Acesso em 20 out. 2018.

184 DO VALLE, Vanice Lírio e HUNGRIA, Ana Luisa Hadju. **Implementação gradual de direitos socioeconômicos**: um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na Corte Constitucional Sul-Africana. Revista Jurídica Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro controle judicial de políticas públicas no brasil e no exterior. DGJUR – DIJUR. DGC.COM. Edição Especial – 2013. Aborda o caso *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors* e o caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Town ship and 197 Main Street, Johannesburg vs City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*.

Tribunais e Órgãos Estrangeiros e Internacionais da Procuradoria Regional da República da 4ª Região.¹⁸⁵

1.1 *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*

O caso *Grootboom*¹⁸⁶ é, sem dúvidas, um dos casos mais populares no que tange a Direitos Fundamentais Sociais no mundo. Por meio dele, a Corte Constitucional da África do Sul deliberou acerca de uma definição menos abstrata sobre o Direito à Moradia, bem como tentou efetivar o mesmo dispondo sobre o alcance desse Direito - também constitucional no referido Estado, conforme a Seção 26 da Constituição Sul-Africana. Até hoje ele é referência na jurisprudência Sul-Africana, conforme será observado nos outros casos que serão abordados na pesquisa e ainda na jurisprudência de outros países, inclusive o Brasil.

Logo no início do relatório do julgamento, um dos juízes afirma que o povo da África do Sul é comprometido com a obtenção de justiça social e a melhoria da qualidade de vida para todos. Bem como citando o preâmbulo da Constituição.¹⁸⁷ Assim se inicia a narrativa do caso que diz respeito à obrigação constitucional estatal concernente à efetivação do Direito à Moradia.

Nesse sentido, é primordial que se inicie este item expondo que a questão versa sobre um grupo de pessoas que foram despejadas na zona rural da cidade — onde moravam em um assentamento informal — e assim se viram obrigadas a migrarem para abrigos com péssimas condições de vida na área urbana da Cidade do Cabo, em *Wallacedene*.¹⁸⁸ Os indivíduos que foram para essa localidade, viviam em condições extremamente precárias, não tinham acesso

185 Caso *Porth Elizabeth*, mencionado na pesquisa da PRR da 4ª Região. Disponível em: < http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_internacional>. Acesso em 20. Out. 2018.

186 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 8. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22 out.2018. Íntegra da decisão no Anexo G.

187 “(...) a dignidade humana, a obtenção da igualdade e a promoção dos direitos humanos e as liberdades.” Seção 1 (a) da Constituição Sul-Africana. *The Constitution of the Republic of South Africa*. Disponível em: < <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>>. Acesso em 22 out. 2018.

188 É um assentamento de habitação informal nos subúrbios orientais da Cidade do Cabo, na África do Sul. O assentamento foi estabelecido durante a década de 1980, quando o relaxamento das leis de aprovação permitiu que as populações rurais migrassem mais rapidamente para os centros urbanos. Disponível em: < <https://en.wikipedia.org/wiki/Wallacedene>> Acesso em 22. Out.2018.

à moradia que fornecesse alguma qualidade de vida, não obtinham acesso a saneamento básico, energia elétrica e viviam de maneira deplorável nessa localidade.

Assim, diante dessa situação, eles ocuparam, de forma ilegal, terras que pertenciam à outros donos, o que ocasionou o despejo dos mesmos em 08 de dezembro de 1998, por meio de uma ordem de despejo.¹⁸⁹ Estes então ficaram sem lugar para morar, haja vista que estes não conseguiram a autorização do proprietário para continuarem na propriedade.

No entanto, mesmo após serem intimados da ordem de despejo, os ocupantes permaneceram morando ilegalmente porque não tinham outro lugar para ir. Além disso, as suas vagas no abrigo onde moravam, em *Wallacedene*, haviam sido ocupadas por outras pessoas.¹⁹⁰ Por esta razão, Sra. Irene Grootboom e outros indivíduos ingressaram com um pedido no Tribunal Superior do Cabo da Boa Esperança, requerendo que o governo providenciasse abrigo, ou moradia, até que eles conseguissem acomodações permanentes e fosse concedido um certo nível de segurança.

Os demandantes requeriam que os problemas emergenciais fossem sanados, tanto com base tanto no Direito à Moradia, quanto no Direito das Crianças a abrigo.¹⁹¹ O Tribunal Superior, ao julgar o caso, com base no precedente *Soobramoney v. Minister of Health*,¹⁹² entendeu que quanto ao Direito à Moradia, o governo já havia realizado todo o possível dentro dos recursos existentes. Dessa forma, não acolheu o argumento de que o Direito à Moradia adequada, conforme Seção abrangesse também um núcleo mínimo que contém o direito a abrigo (o que estaria impondo ao uma prestação para a implementação do programa de moradia adequada).

No que tange ao direito das crianças, o Tribunal decidiu de forma diferente, afirmando que famílias com crianças deveriam receber um abrigo básico. Entretanto, de acordo com o

189 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 8. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22. out.2018.

190 *Ibidem*.

191 Seção 28 da Constituição Sul-Africana. Disponível em: < <https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#27>>. Acesso em 22. out.2018.

192 1998 (I) SA 765 (CC). Foi o primeiro julgamento sobre direitos socioeconômicos da Corte Constitucional e a decisão foi no sentido de que escolhas envolvem decisões difíceis de serem tomadas no nível político ao fixar o orçamento, e no nível funcional ao se decidir sobre as prioridades a serem escolhidas. De modo a se abdicar da prestação jurisdicional. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>>. Acesso em 22. Out.2018.

relatório de julgamento,¹⁹³ quatro meses depois da sentença, nenhuma medida tinha sido concretizada para essas famílias e por essa razão, ingressaram com recurso à Corte Constitucional.

Na Corte Constitucional, a Comissão de Direitos Humanos e o Centro Comunitário de Direito da Universidade do Cabo Ocidental ingressaram com pedidos para atuarem como *amici curiae* e estes então fizeram alegações escritas e orais.¹⁹⁴ Eles defenderam na Corte que todos os apelados, mesmo os sem filhos, detinham o Direito à Moradia pleiteado, o direito a um abrigo - *shelter* - em razão do núcleo obrigatório mínimo imposto ao Estado.

Destarte, a decisão se deu de modo a fazer algumas considerações, como a de que interpretar um direito em seu contexto requer a consideração de dois tipos de contexto:¹⁹⁵ dimensão textual, que exigiria uma análise do Capítulo 2 da Constituição – bem como dela como um todo - e uma dimensão histórica e social.

Assim, se afirmou que o Direito à Moradia adequada não poderia ser visto de maneira isolada, porque ele está relacionado com os demais Direitos Socioeconômicos. A Corte entendeu que não poderia haver dúvida de que a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade são negadas àqueles que não dispõem de comida, vestuário ou abrigo.

O caso, portanto, foi resolvido de maneira a aprofundar mais a discussão no que diz respeito ao significado do termo abrigo presente no texto constitucional. Isso foi de extrema importância porque antes da decisão, esse termo era entendido como o direito a um abrigo básico, uma forma rudimentar de habitação.¹⁹⁶

É importante mencionar que na argumentação utilizada para a decisão da Corte, esta considerou fortemente o Direito Internacional para a interpretação da Seção 26 da

193 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 8. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22. out.2018.

194 *Ibidem*.

195 *Ibidem*. P. 19.

196 ROUX, Theunis. *Understanding Grootboom — A Response to Cass R. Sunstein*. *Forum Constiutionnel*. 2011. P. 10. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/277787091_Understanding_Grootboom_-_A_Response_to_Cass_R_Sunstein>. Acesso em 22. out.2018.

Constituição. Isso porque a Seção 39 da Constituição obriga a Corte a considerar o direito internacional como uma ferramenta na interpretação da Declaração de Direitos.¹⁹⁷

A Corte ainda se baseou na alegação de que o PIDESC é de grande relevância para o entendimento das obrigações positivas. Além do fato de que as diferenças entre as disposições relevantes do PIDESC e as da Constituição eram significativas para determinar em que medida as disposições do Pacto poderiam servir de guia para a interpretação da Seção 26.¹⁹⁸

Essas diferenças, até o ponto em que se relacionam com o Direito à Moradia, eram: (i) o Pacto estipula direito à moradia adequada, enquanto a Seção 26 estipula o direito ao acesso à moradia adequada. (ii) o Pacto obriga os Estados signatários a tomarem medidas apropriadas, que devem incluir legislação, enquanto a Constituição obriga o Estado Sul-africano a tomar razoáveis medidas legislativas e outras ações. A partir dessa diferença seria possível reconhecer que moradia engloba mais do que tijolos e cimento, mas demanda propriedade disponível, serviços apropriados (saneamento básico, sistema de abastecimento de água, energia e etc.).

Dadas essas diferenciações feitas, a Corte ainda fez uma importante análise da Seção constitucional que trata sobre Direito à Moradia. Isso porque a seção dispõe tanto que todos têm direito de ter acesso à moradia adequada, como que o Estado deve legislar e empregar ações razoáveis, na medida dos recursos disponíveis, para a progressiva realização desse direito.¹⁹⁹ Além de dispor que ninguém será despejado e nem terá seu lar demolido, sem um mandado judicial emitido após serem consideradas todas as circunstâncias.²⁰⁰

A Corte ainda entendeu que apesar do trecho constitucional sobre Direito à Moradia não afirmar expressamente, existe, pelo menos, uma obrigação negativa imposta ao Estado e demais instituições e pessoas: a de se abster de impedir ou de prejudicar o Direito de acesso à

197 *The Constitution of the Republic of South Africa*. Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>>. Acesso em 22 out. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#39>>. Acesso em 22. out.2018.

198 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 8. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22 out.2018.

199 *Ibidem*.

200 *Ibidem*. p. 28.

Moradia adequada. O direito negativo seria explicitado quando fala da proibição aos despejos arbitrários.

Além disso, houve o entendimento de que o acesso à moradia poderia ser promovido por meio de ações que façam as áreas rurais do país mais viáveis a fim de limitar a migração de pessoas das áreas rurais para as urbanas em busca de emprego e melhores condições de vida. O acesso a terra também estaria, no entendimento desta Corte, incluso no direito ao acesso à moradia adequada.²⁰¹ Sugerindo ainda que não é apenas o Estado o responsável pela provisão de casas, mas os outros agentes sociais, inclusive os próprios indivíduos, e deve ser disponibilizado por via de medidas legislativas e de outras ações para a providência de moradias.

Dessa forma, foi possível notar que a Corte em todo o julgado argumentou que o Estado tem o dever prestacional de criar as condições que permitam o acesso à moradia adequada a todas as pessoas. Estas de todos os níveis econômicos da sociedade, considerando e reconhecendo os diferentes níveis econômicos de cada um.²⁰² Ou seja, aos que poderiam pagar por moradia adequada, a obrigação primária do Estado estaria em desbloquear o sistema, providenciando acesso ao mercado habitacional e criar um cenário legislativo capaz de facilitar a construção de casas por meio de leis de planejamento e acesso a financiamento.

Já com relação aos mais pobres, vulneráveis, as suas necessidades demandariam atenção especial e o Estado deveria criar programas de desenvolvimento de assistência social adequada, uma vez que não teriam como pagar para o acesso à moradia. No entanto, observando que a obrigação imposta ao Estado não é absoluta ou sem qualquer determinação. Essa prestação estatal, no que concerne a esse Direito Social, seria definida e delimitada por meio de três elementos considerados separadamente: a obrigação de “tomar ações e medidas legislativas”; de “alcançar a realização progressiva” do direito; e, “na medida dos recursos disponíveis”.²⁰³

201 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 59. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22 out.2018.

202 *Ibidem*. p. 30.

203 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 8. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. P. 55. Acesso em 22 out.2018.

Após essas considerações, é possível perceber que em síntese, as razões motivadoras da decisão foram cinco: (i). o contexto histórico das invasões ilegais de terras; (ii). os princípios de justiça processual; (iii). a força vinculante dos direitos fundamentais sociais; (iv). técnicas de interpretação constitucional para determinar o âmbito de proteção do termo shelter e (v). a interpretação constitucional a partir da experiência do sistema internacional de direitos humanos.

No que tange à primeira, a Corte considerou não apenas todo o histórico nacional, como também a história social dos indivíduos que ingressaram com o Recurso. Elaborando, dessa forma, uma crítica moral às políticas fundiárias e urbanas discriminatórias do passado. Reconhecendo ainda que a expropriação colonial e a distribuição de terras por critérios raciais, durante o *apartheid*, deslocaram a população rural para os centros urbanos gerando precarização da atividade agrícola. Bem como, que a cidade do Cabo adotava, durante o *apartheid*, um controle racial de fluxo urbano.

Posteriormente, a segunda razão, já de natureza normativa, tem bases na correlação entre direitos fundamentais e no devido processo legal. Isso porque a Corte entendeu ter ocorrido arbitrariedades por parte das autoridades durante o procedimento de despejo²⁰⁴. Destacando que muitos moradores sequer conseguiram salvar seus pertences pessoais.

Já o terceiro motivo foi baseado no entendimento da natureza vinculante das obrigações estatais de fazer. Para tanto foi invocou o precedente *Certification Judgement*²⁰⁵. Isso porque a Constituição ao outorgar poderes e funções às diferentes esferas estaria enfatizando a obrigação dessas esferas cooperarem entre si para alcançarem seus deveres constitucionais. No quesito moradia, é uma função partilhada entre os governos nacional e local. Enfatizando que a Constituição obriga o Estado a dar efeito aos Direitos Sociais e, portanto, é uma obrigação que os tribunais podem e, em circunstâncias apropriadas, devem fazer cumprir.

204 *Ibidem*. P. 28.

205 Caso em que foi decidido que uma Constituição pode conferir aos tribunais tarefas que normalmente são conferidas aos demais Poderes sem que isso implique numa violação da Separação de Poderes. (Caso CCT23/96 - 1996 (4) SA 744 (CC)). Esse julgamento histórico buscou a certificação judicial da nova Constituição da África do Sul, ou seja, certificar que as provisões constitucionais observavam certos princípios contidos na Constituição então em vigor. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1996/26.html>>. Acesso em 20. Out. 2018.

O quarto fundamento tem caráter realmente normativo e jurisprudencial, como o supracitado caso e ainda a própria análise detalhada da seção sobre Direito à Moradia. Isso a fim de determinar o âmbito de proteção do termo *shelter*.²⁰⁶ Já a última razão consta no fato da Corte dever considerar o direito internacional e o direito estrangeiro como fontes de interpretação do *Bill of Rights* sul-africano.²⁰⁷ Nesse sentido, a África do Sul, na visão da Corte, deveria realizar o mínimo essencial disposto no PIEDESC quanto aos direitos fundamentais sociais.

Dada essa última, a dificuldade da Corte era dispor justamente qual seria o mínimo essencial. Ela precisou conferir significado ao núcleo essencial do Direito à Moradia que estivesse atrelado à reserva do possível no que tange a capacidade administrativa (aos recursos da administração pública). Entendendo assim que a Constituição exige que o Estado adote medidas razoáveis para realizar o mínimo essencial das obrigações internacionais, então isso deveria ser promovido juntamente com o Poder Executivo.

Dado o exposto, a Corte constatou violação direta ao Direito de adequada Moradia, determinando a execução de políticas públicas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, porém, sem necessidade de intervir nas escolhas possíveis, isto é, sem determinar judicialmente quais seriam meios razoáveis de efetivação desses direitos. Isso porque demonstrou entender que esta é uma competência exclusiva dos Poderes Executivo e Legislativo.

Determinou ainda que o governo apresentasse um programa razoável de alocação das pessoas que viesse a garantir moradia adequada, com os recursos financeiros disponíveis.²⁰⁸ Esse programa deveria incluir medidas razoáveis, sem se restringir exclusivamente a elas, e prestar alívio às pessoas que não possuem acesso a terra, nem um lugar para morar ou que vivem em condições intoleráveis. Além de observar a interpretação oferecida pelo Comitê de

206 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 8. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22 out.2018.

207 Tese de que acordos, tratados e casos internacionais relativos a direitos humanos que não tocam diretamente a África do Sul devem ser adotados como instrumentos de interpretação. REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Caso *Makwanyane and Another*. 1994. Disponível em: < <http://www.joasa.org.za/articles/caselist.pdf>> Acesso em 25 out. 2018.

208 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors*. P. 68. Disponível em: < <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22 out.2018..

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, na Observação Geral nº 3 de 1990,²⁰⁹ quanto ao significado que se deve atribuir à expressão realização progressiva dos direitos sociais.

Essa implementação razoável do programa social não significaria apenas avanços estatísticos, mas, de acordo com a Corte, precisavam responder às necessidades dos que delas mais necessitam. Caso isso não viesse a acontecer, não se poderia dizer que era uma medida razoável de aplicação e nem mesmo que estaria efetivando o mínimo existencial do Direito à Moradia.

Portanto, restou demonstrado que a Corte não apenas realizou um controle de constitucionalidade acerca da omissão legislativa (a legislação sobre o programa habitacional não fazia nenhuma previsão acerca de circunstâncias gravíssimas que exigissem intervenção imediata), mas também optou por controlar a convencionalidade da proteção ao Direito à Moradia, considerada pela Corte como sendo insuficiente. Sendo este um julgado que traz uma importante metodologia de interpretação do texto constitucional Sul-Africano desenvolvida pelos magistrados, graças à elucidação das razões consideradas mais relevantes no caso e da ponderação feita a fim de determinar o conteúdo do conceito de abrigo, que um caso com essas características poderia suscitar.

1.2 *Port Elizabeth v Various Occupiers*

Este segundo caso também tem sua importância reconhecida por ser um exemplo de entendimento da Corte Constitucional no sentido de que o poder judiciário deve achar maneiras de garantir a prestação de um Direito Fundamental. Conforme será possível observar, a Corte entende que os tribunais devem "relutar" em conceder despejos contra ocupantes relativamente estabelecidos, a menos que uma alternativa razoável esteja disponível.

209 “O Comitê deseja enfatizar, porém, que até onde os recursos disponíveis são demonstravelmente inadequados, a obrigação do Estado- parte permanece no sentido de se esforçar para assegurar o mais amplo gozo possível de direitos relevantes de acordo com as circunstâncias predominantes. Além disso, as obrigações para monitorar a extensão da realização, ou mais especialmente da não realização, de direitos econômicos, sociais e culturais e para planejar estratégias e programas para promoção desses direitos, não são de modo algum eliminadas como resultado das restrições de recursos (...).” Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>>. Acesso em 22 nov. 2018.

No presente caso, segundo o relatório de julgamento,²¹⁰ o município de *Port Elizabeth* apresentou um pedido de despejo para 68 pessoas, incluindo 23 crianças de determinada localidade que ocupavam 29 barracos erguidos em terras de propriedade privada. Eles viviam nessas terras por cerca de oito anos e estavam dispostos a desocupar a propriedade se tivessem outro lugar para ir, ou seja, uma alternativa que proporcionasse alguma condição digna de vida.

Nesse sentido, os ocupantes indicaram que essa disponibilidade supracitada de deixar a propriedade estava também atrelada à necessidade da existência de uma notificação razoável. Isso porque eles não receberam tal notificação para deixarem a propriedade na qual já estavam morando há anos.

Não obstante, os ocupantes foram informados pelo Município que havia um lugar alternativo para estes morarem e, portanto poderiam se mudar para este local, chamado *Walmer Township*.²¹¹ A proposta, no entanto, foi rejeitada, haja vista que afirmaram o fato do lugar alternativo ter condições de vida precárias, insegurança a respeito da posse da terra e ainda ser assolado pela criminalidade.

O Município em sua defesa em primeira instância declarou que estava ciente de sua obrigação de fornecer moradia e, por essa razão, adotou um programa abrangente de desenvolvimento habitacional. Argumentou ainda que, se a terra alternativa fosse disponibilizada aos ocupantes, eles deveriam ocupa-la. Destacando que pelo fato deles não terem aceito a moradia disponibilizada, eles estariam interrompendo o programa habitacional e forçando o Município a conceder-lhes tratamento preferencial.

Cabe mencionar que a legislação exigia que antes de conceder uma ordem de despejo, os tribunais deveriam decidir com base em uma justiça equitativa, após considerar todas as circunstâncias relevantes do caso, o que não foi realizado pelo Município. Isso na medida em que o mesmo considerou que por ter um programa abrangente de desenvolvimento

210 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Port Elizabeth v Various Occupiers*. P. 2. Disponível em: < <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2209>>. Acesso em 2. nov. 2018. Íntegra da Decisão no Anexo H.

211 *Ibidem*.

habitacional, ele estaria cumprindo com ser dever, conforme entendimento baseado na decisão do Tribunal Constitucional em *Grootboom*.

Nesse sentido, de acordo com o relatório do julgamento, a divisão local da Suprema Corte ao julgar, obteve o entendimento de que os ocupantes ocupavam ilegalmente a propriedade e que era do interesse público que a sua ocupação ilegal fosse terminada. Assim, foi ordenado que os moradores daquele local desocupassem a propriedade, bem como foi autorizado que fossem demolidas as estruturas, se necessário, com a assistência da polícia.²¹² Por fim, houve ainda a determinação para que os ocupantes pagassem as despesas do processuais do referido caso.

Diante de tal decisão local, os ocupantes levaram a questão em recurso ao Supremo Tribunal de Apelação (SCA), que por sua vez sustentou que a ordem de despejo não deveria ser concedida sem uma garantia de que os ocupantes teriam alguma medida de segurança de posse na propriedade indicada pelo Município.²¹³ Nesta instância, se considerou então que os ocupantes não estavam buscando tratamento preferencial no programa habitacional, mas apenas solicitando que o lugar onde eles iriam morar tivesse condições adequadas de moradia e alguma medida de segurança para suas posses.

Para o Tribunal de Apelação, era importante considerar que no presente caso a questão primordial era o fato de haver disponibilidade de terras alternativas adequadas. Isso decorrendo de duas razões principais: a primeira devido ao longo período de tempo que os ocupantes estavam na propriedade que então deveriam desocupar e, mais importante, porque a ordem de despejo não foi solicitada pelos proprietários da propriedade, mas por um órgão de Estado em nome dos proprietários.

O Tribunal de Apelação entendeu que nos documentos não estava claro se essa localidade disponibilizada pelo município, chamada *Walmer* era uma propriedade do Município ou de propriedade privada.²¹⁴ Por essa razão, a Corte Local não deveria ter dado a ordem solicitada sem garantia de que os ocupantes teriam alguma medida de garantia da posse, anulando assim a concessão do despejo.

212 *Ibidem*. P. 3.

213 *Ibidem*. P. 3.

214 *Ibidem*. P. 43.

O Município diante da decisão do Tribunal de apelação recorreu à Corte Constitucional pedindo o reestabelecimento da ordem de despejo. Para tanto, afirmou que ao buscar o despejo de ocupantes ilegais, não estaria constitucionalmente obrigado a fornecer acomodação alternativa ou terra.²¹⁵

A Corte então, para tomar sua decisão, elencou todo o histórico da ocupação supramencionada. Além disso, abordou a questão normativa tanto da Lei de Alienação da Terra, como o Direito de Acesso à Moradia e sua obrigação negativa (dever de não impedir ou prejudicar acesso existente à moradia adequada) disposto constitucionalmente.

Primeiramente, mencionou que a Lei de Prevenção à Ocupação Ilegal,²¹⁶ pertencente à época pré-democrática dava uma resposta à situações como a do presente caso que era considerada simples, porém antidemocrática. Uma vez determinado que os ocupantes não tinham permissão para estar na terra, eles não apenas enfrentariam despejos sumários, como também responderiam criminalmente por isso.

Posteriormente, a Corte ainda fez um apanhado histórico ressaltando que a segregação foi a pedra angular da política do apartheid no país. Os africanos eram impedidos de possuir e ocupar terras fora das áreas reservadas para eles por diversos estatutos.

A Corte mencionou no julgado que foi considerando esse passado que surgiu a *Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 19 of 1998 (PIE)* - Lei de prevenção à desocupação ilegal e ocupação ilegal da terra. Isso com o objetivo de superar recorrentes abusos e assegurar que os despejos no futuro ocorressem de forma consistente, com valores da então nova Constituição.

Além disso, se considerou que, diante do longo período durante o qual os ocupantes viviam na terra e o fato de que o despejo não seria necessário para a terra ser colocada em uso produtivo, houve falha do Município em analisar características essenciais para a eficaz solução do problema. Diante disso, para a Corte, não seria justa e equitativa a ordem de

215 *Ibidem*. P. 4.

216 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional *The Prevention of Illegal Squatting Act 52 of 1951*. Disponível em: < <https://www.sahistory.org.za/archive/prevention-of-illegal-squatting-act%2C-act-no-52-of-1951>>. Acesso em 22 nov. 2018.

despejo, uma vez que se tratava de um grupo relativamente pequeno de pessoas sem lugar para morar e necessitadas de atendimento estatal para garantia de seu Direito Constitucional ao acesso à moradia adequada.

Não obstante, para a Corte, o Estado tem a responsabilidade constitucional de satisfazer tanto os Direitos de Propriedade de um eventual proprietário de terra, quanto os Direitos à Moradia dos ocupantes da mesma, ainda que de forma ilegal. Isso requer soluções para problemas difíceis e estas devem ser encontradas de acordo com o caso específico.

No relatório do julgamento, a Corte afirmou que para que sejam encontradas soluções adequadas aos casos que se apresentem, é necessário analisar todas as circunstâncias relevantes.²¹⁷ Dessa maneira, se inclui, por exemplo, a forma como a ocupação foi efetuada, a sua duração e a disponibilidade de alojamento alternativo adequado aos ocupantes.

Cabe mencionar que um importante destaque na decisão foi de que a abordagem do julgamento poderia arriscar uma interpretação de que a Corte Constitucional estaria dizendo que qualquer distinção legislativa benéfica aumentaria a proteção às pessoas. No entanto, a Corte ponderou e advertiu que o determinante para o caso foi justamente o fato das circunstâncias do mesmo serem incomuns. Essa advertência feita era importante, na visão dos magistrados, para que um futuro caso não utilizasse esse como precedente de maneira desmedida.

Ao final, a Corte decidiu que à luz do longo período durante o qual os ocupantes viveram na terra em questão; o fato de não haver provas de que o Município ou os proprietários da terra devam expulsar os ocupantes para colocar a terras para algum outro uso produtivo; bem como diante da ausência de quaisquer tentativas significativas por parte do Município para escutar e considerar os problemas do grupo de ocupantes; e o fato de que seria um grupo relativamente pequeno de pessoas desabrigadas e em necessidade, a Corte entendeu não ser justo e equitativo ordenar o despejo dos ocupantes.²¹⁸

217 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Port Elizabeth v Various Occupiers*. P. 19. Disponível em: < <https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2209>>. Acesso em 2. nov. 2018.
218 *Ibidem*. p. 44.

Nestas circunstâncias, o pedido de autorização de recurso foi indeferido e o município condenado a pagar as despesas dos requerentes. Ressalvando que a decisão não impediria os esforços adicionais para encontrar uma solução para uma situação manifestamente insatisfatória para todos os envolvidos.

A Corte, portanto, entendeu que em casos como esse, é particularmente importante que o Município não pareça estar alinhado com um lado ou outro. Ele deveria mostrar que é igualmente responsável perante os ocupantes e os proprietários de terras. Sua função seria a de se manter imparcial para encontrar as melhores soluções possíveis.

Assim, o caso é importante para este estudo, uma vez que forneceu avanço no entendimento sobre a questão do acesso à moradia adequada também no âmbito do despejo em casos de propriedade privada, onde nenhuma acomodação alternativa de moradia adequada está disponível. A decisão limitou o grau em que os governos podem argumentar com base no *teste de "razoabilidade"* da *Grootboom*.²¹⁹ Isso na medida em que, não é porque o ente possui uma política habitacional que as necessidades de grupos específicos que enfrentam o despejo podem ser ignoradas.

Dado o exposto, a Corte concluiu que não há nenhum dever constitucional absoluto dos governos de providenciar acomodação alternativa ou terra em qualquer despejo. No entanto, os tribunais devem "relutar" em conceder despejos contra ocupantes relativamente estabelecidos, a menos que uma medida razoável esteja disponível. Sendo assim, a aplicação desse princípio ao despejo de terras privadas, bem como a exigência de que o governo se envolva de maneira significativa com o grupo de ocupantes afetado é de grande importância no desenvolvimento na jurisprudência Sul-Africana na questão da efetivação do Direito à Moradia.

1.3 *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Town ship and 197 Main Street, Johannesburg vs City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*

219 *Ibidem*. P. 41-42.

Esse terceiro caso²²⁰ é interessante e foi selecionado por trazer um entendimento importante no que tange à solução por meio da construção de um meio consensual. Isso objetivando que o entrave da realização de determinada intervenção urbana fosse solucionado da melhor maneira possível.

Ele foi julgado em fevereiro de 2008 e ocorreu porque a cidade de *Joanesburgo* tentou expulsar homens, mulheres e crianças de dois edifícios em num local chamado de Berea, no centro da cidade. Esse é considerado um dos casos emblemáticos de atuação judicial em questão envolvendo o Estado e ocupantes.²²¹ Este se tornou um paradigma de atuação judicial na proteção do Direito à Moradia adequada.

Primeiramente, o caso teve início porque existia na supracitada cidade uma política geral de revitalização urbana, na qual os despejos foram realizados no meio da noite e sem aviso prévio. Além disso, sob as leis e regulamentos da época do Apartheid, a *National Building Regulations and Building Standards Act (NBRA)*.²²²

Nesse sentido, haveria uma remoção de 400 pessoas dos prédios que eram ocupados desde 1998 e o Poder Público fundamentava tal remoção na ideia de que as condições de vida dos moradores eram precárias, bem como anti-higiênicas e havia riscos de incêndio naquela localidade. No entanto, apesar da solicitação de remoção, o município se recusou a oferecer acomodação alternativa aos ocupantes.

O despejo forçado, então, resultaria na desocupação dos moradores ou na necessidade de se mudarem para áreas periféricas distantes do centro urbano. Assim, os interessados ingressaram com ação judicial a fim de terem seu Direito à Moradia garantido.

220 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry. 2008. Disponível em <<http://www.saflii.org/cgibin/displ.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>>. Acesso em 8. out. 2018. Íntegra da decisão no Anexo I.

221 DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Controle Judicial de Políticas Públicas: Sobre os Riscos da Vitória da Semântica sobre o Normativo.** Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/420/348>>. Acesso em 6. out. 2018.

222 Disponível em: < <https://www.gov.za/documents/national-building-regulations-and-building-standards-act-16-apr-2015-1302>>. Acesso em 6 out. 2018.

Primeiramente, na Corte local, citando a Declaração Universal de Direitos Humanos,²²³ ordenou que o município não despejasse os ocupantes. A Corte ainda citou o caso *Grootboom* e determinou a paralisação das medidas administrativas de despejo – com isso, também a interrupção do programa de remodelagem da cidade, o que suscitava outros impactos indesejados do controle judicial.

O município então recorreu da referida decisão à Suprema Corte de Apelação (SCA) e ao Centro de Estudos Legais Aplicados (CALs).²²⁴ Ao apresentar seu recurso, solicitou um mecanismo de implementação mais forte da ordem de despejo, sob supervisão judicial.

Nessa perspectiva, em sede recursal, o Centro de Direitos à Habitação e Despejos (COHRE) apresentou um *amicus curiae brief* no início de 2007, em defesa dos ocupantes, afirmando que o Município deveria ser responsabilizado pela promoção de moradia adequada aos moradores daquela localidade. Apesar disso, em março de 2007, o SCA confirmou o apelo da cidade e concedeu a expulsão. No entanto, tal medida deveria observar a condição de fornecer acomodação alternativa àqueles que seriam desabrigados.

Nesta decisão, a SCA considerou que os habitantes daquela localidade não tinham um direito constitucional de habitação alternativa no centro da cidade, mas também disse que as circunstâncias econômicas dos ocupantes, descobertas por meio de consulta a eles, devem ser consideradas.²²⁵ Se os ocupantes parecessem susceptíveis de ficar desalojados por relocação, essas circunstâncias teriam que ser levadas em conta pela cidade.

Dessa forma, os ocupantes recorreram ao Tribunal Constitucional que em julgamento, após narrar o histórico acima mencionado e inclusive citou dois precedentes. O

223 Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dezembro 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 14 set. 2018.

224 O CALS é uma organização independente comprometida com a promoção da democracia, justiça, igualdade e paz na África do Sul, abordando e desfazendo o legado de opressão e discriminação do país através da realização dos direitos humanos para todos na África do Sul. Ele visa contribuir com a realização de direitos humanos em comunidades carentes através de pesquisas independentes, defesa de políticas focadas e litígios de interesse público nos campos de habitação, saúde, educação, água, saúde e direitos de gênero. Ele também confere assessoria jurídica. Disponível em: <<https://www.escri-net.org/member/centre-applied-legal-studies-cals>>. Acesso em 15 nov. 2018.

225 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*. 2008. Disponível em <<http://www.saflii.org/cgibin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>>. Acesso em 8. out. 2018. p. 25. Íntegra da decisão no Anexo I.

primeiro, o *Grootboom*, para reafirmar a importância da relação entre a responsabilidade de agir do governo e a necessidade de tratar seres humanos com o devido respeito e com a preocupação de garantir sua dignidade.²²⁶ O segundo, *Port Elizabeth Municipality* para dizer que os aspectos processuais e substantivos de justiça e equidade não devem ser separados. Portanto, em casos como o presente, seria necessário conciliar os diferentes interesses envolvidos a fim de chegarem a uma solução aceitável.²²⁷

Além disso, a Corte afirmou que a Constituição Sul-Africana previa a essencialidade do município em se engajar de maneira significativa antes de expulsar as pessoas de suas casas, haja vista que elas poderiam ficar em situação de rua. Ainda que a cidade tenha a obrigação de eliminar prédios com condições insalubres. O município tem como sendo seu dever constitucional o de fornecer acesso à moradia adequada e por essa razão não pode se abster da preocupação com uma possível falta de moradia.

Não obstante, a Corte afirmou ainda que parte da Lei Nacional de Normas de Construção e Normas de Construção que tornava crime que as pessoas permanecessem nos edifícios após um aviso de despejo pela Cidade, era inconstitucional.²²⁸ Para a Corte, a sanção apenas poderia ser aplicada depois que a Corte Constitucional ordenasse o despejo (ressalvando que esta decisão teria efeito *ex nunc*, ou seja, não se aplicaria aos casos em que as pessoas já tenham sido condenadas por infringirem a seção).

A Corte ainda elencou em seu julgado alguns pontos que considerou essenciais para um efetivo engajamento entre as partes. Primeiro, se deve considerar quais as consequências que uma ordem de despejo pode causar; se o município pode ajudar aliviando as consequências; se é possível conceder lugares relativamente seguros e saudáveis em determinado período às pessoas; se a cidade tinha alguma obrigação com os ocupantes diante das circunstâncias e não cumpriu e ainda quando e como a cidade poderia ou deveria prestar essas obrigações. Isso observando principalmente o *Bill of Rights*.

226 Íntegra da Decisão no Anexo GI.

227 REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry*. 2008. Disponível em <<http://www.saflii.org/cgibin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>>. Acesso em 8. out. 2018. Íntegra da decisão no Anexo I.

228 *Ibidem*. P. 27.

Considerando essas questões abordadas pela Corte, a mesma determinou, como provimento provisório, que as partes se engajassem em um diálogo significativo.²²⁹ Isso a fim de aferir se elas poderiam concordar com uma solução mútua. Estas então chegaram a um acordo que foi endossado pelo Tribunal em novembro de 2007.

Esse provimento de urgência deveria resultar na apresentação de declarações pelos envolvidos, reportando o andamento dos entendimentos. Transcorrido o prazo originalmente fixado pela Corte, noticiaram as partes o consenso já alcançado – e o conteúdo da decisão proferida envolveu uma espécie de homologação do acertado. Este, por sua vez, antes de julgar o caso, ordenou que as partes se engajassem em um diálogo significativo. Isso a fim de aferir se as partes poderiam concordar com uma solução mútua. Estas então chegaram a um acordo que foi endossado pelo Tribunal em novembro de 2007.

Nesse acordo, as partes chegaram a um consenso de que a cidade não expulsaria os ocupantes, além disso, melhoraria os edifícios e que forneceria acomodação temporária. As partes também concordaram em se reunir e discutir soluções permanentes de moradia. Dessa forma, em 2008, a Corte decidiu que a cidade deveria consultar significativamente os ocupantes para entender sua situação econômica e, dentro de seus recursos disponíveis, fornecer alternativas adequadas.

Cumprido assim, dois aspectos do julgamento deveriam ser implementados: os prédios inseguros serem adaptados e acomodações temporárias alternativas serem fornecidas aos ocupantes dos prédios. Alguns defensores²³⁰ dos direitos humanos na África do Sul apontam este caso como uma história de sucesso porque o encorajamento dos tribunais e a adoção judicial de acordos acelerou o processo de implementação efetiva das obrigações de direitos econômicos e sociais, bem como relacionou a realização do compromisso significativo às obrigações do Estado de envolver a comunidade e a sociedade civil organizada no governo local e de garantir a Dignidade Humana e a vida.²³¹

229 *Ibidem*. P. 15.

230 PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e Políticas Públicas Ambientais**: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental. n.º 72, out/dez 2013. p. 20.

231 RAY, Brian. *Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy*. Disponível em: <https://works.bepress.com/brian_ray/3/>. Acesso em 22 nov. 2018. p. 5

A decisão do Tribunal Constitucional, portanto, enfatizou a necessidade de o Estado sempre se envolver de forma significativa com os pobres da cidade e responder razoavelmente às suas necessidades habitacionais, encontrando alternativas adequadas. Os defensores na África do Sul também elogiam o encorajamento do Tribunal de diálogo entre as partes²³², e o endosso do acordo resultante, como uma forma de obter uma implementação significativa com intervenções judiciais mínimas, bem como questões politicamente sensíveis sobre o papel do judiciário em política social.

2. Análise de Casos Brasileiros

Para uma análise acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal, é necessário que se faça a seguinte ressalva: no sistema processual constitucional, existe a regra da Súmula 279 na qual a Corte Constitucional não revisa simples matéria de fato. Isso é importante porque diante dessa constatação, muitos casos não chegam ao STF ou são julgados improcedentes com essa justificativa, conforme breve análise dos sistemas processuais constante no Anexo F.

2.1 AG. REG. RE 908144 / DF

Esse primeiro caso²³³ foi selecionado para o presente estudo na medida em que este aborda um tema no qual frequentemente os casos de Direito à Moradia são judicializados no Brasil, a fim de se buscar a efetivação do referido Direito. Tal efetivação podendo ocorrer de maneira preventiva ou corretiva, dependendo da situação. Além disso, o tema específico é tangente aos casos emblemáticos selecionados nos tópicos anteriores, quando abordada a Corte Constitucional Sul-Africana.

Primeiramente, o caso em questão diz respeito à demolição de determinada construção erigida no imóvel de uma mulher, Maria do Carmo Dias, sem qualquer medida para que fosse garantido à ela alternativa para o exercício do seu Direito à Moradia. Por este motivo, a

232 KNOWLES, Phoebe. *Public Authorities Must Consult with People before Evicting Them*. Disponível em: <<https://www.hrlc.org.au/human-rights-case-summaries/occupiers-of-51-olivia-road-berea-township-and-197-main-street-johannesburg-v-city-of-johannesburg-cct-2407-2008-zacc-1-19-february-2008>>. Acesso em 15. nov. 2018.

233 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 908.144 /DF. Direito Fundamental à Moradia. Imóvel Público. Loteamento Irregular. Inércia do Poder Público. Diretrizes e Instrumentos da Política Urbana. Aplicabilidade. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Maria Do Carmo Dias da Silva. Relator: Min. Edson Fachin, 17 de agosto de 2017. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 143, 2017. Íntegra no Anexo J.

mesma judicializou a demanda por meio de uma Ação de Obrigação de Não Fazer em desfavor do Distrito Federal e da Agência de Fiscalização do Distrito Federal (AGEFIS), alegando que ocupava a área localizada em Sobradinho, em Brasília há aproximadamente três anos, tendo, no entanto, recebido intimação de derrubada da edificação erigida no local.

Nesse sentido, o pedido na primeira instância foi o seguinte: o reconhecimento de nulidade do ato administrativo que determinou a demolição do referido imóvel. Alternativamente, que houvesse a concessão da indenização pelas benfeitorias realizadas e o remanejamento da mulher e de sua família para outra área a ser designada pelo poder público.

Cabe mencionar que a casa foi construída em 14 de junho de 2012 e anos depois recebeu intimação demolitória por parte da AGEFIS. Em contestação, os então, réus, suscitaram a ilegitimidade passiva do Distrito Federal e no mérito, alegaram que não havia qualquer vício no ato administrativo impugnado, uma vez que este atendia ao Código de Edificações do Distrito Federal, no que diz respeito aos casos que ensejam demolição.

Nessa perspectiva, em primeira instância, o pedido da demandante foi julgado improcedente e a mesma foi condenada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.²³⁴ Por essa razão, a autora interpôs Recurso de apelação reafirmando que a área ocupada era passível de regularização e que a medida era desproporcional, haja vista que no dia seguinte, outras famílias estariam prontas para ocupar o mesmo lote.

Não obstante, a mesma afirmava que construiu o imóvel de boa fé, baseada na justa expectativa gerada pelos órgãos governamentais responsáveis pela política habitacional. Por este motivo, a demolição de sua residência importaria em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do seu Direito à Moradia, pugnando ainda pela retenção do bem até o recebimento de indenização pelas benfeitorias realizadas.

Destarte, o Tribunal ao julgar em segunda instância entendeu não assistir razão à autora/apelante, na medida em que, qualquer obra, esteja ela situada em área urbana ou rural, seja ela pública ou privada, somente poderia ser iniciada após a obtenção do alvará de construção, consoante reza o art. 51 do Código de Edificações do Distrito Federal, Lei nº

234 Disponível no Anexo J.

2.105/1998.²³⁵ Ademais, a norma legal autorizaria a desobstrução imediata para o caso das obras edificadas sem o respectivo alvará de construção.²³⁶

Em segunda instância então se considerou que o fato de a autora não exibir prévia autorização para erigir a edificação no imóvel ocupado. Entendeu-se que a Administração Pública, no estrito cumprimento do seu dever e em respeito à legislação, agiu em proveito do interesse coletivo, sem qualquer excesso repressivo, dado seu poder de polícia administrativa.²³⁷

Além disso, o Poder Público previamente deveria se assegurar que uma ação individual não resulte em dano social. A intimação demolitória e o auto de infração, no entendimento do Tribunal, foram expedidos no estrito exercício do poder de polícia afeto à Administração Pública, não se mostrando, pois, eivados de ilegalidade, já que a autora não apresentou o alvará de construção, nem tampouco teria comprovado que a edificação se mostra passível de regularização.

O Tribunal *a quo* decidiu de maneira a considerar que mesmo o Direito à Moradia tenha sido erigido à categoria de Direito Fundamental, tal circunstância não constituiria óbice para que o Estado pudesse impor limites ao uso da propriedade. Além de também não impedir que

235 Art. 51. As obras de que trata esta Lei, em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional. § 1º. Obras iniciais, obras de modificação com acréscimo ou decréscimo de área e obras de modificação sem acréscimo de área, com alteração estrutural, são licenciadas mediante a expedição do alvará de construção. BRASIL, Lei nº 2.105, de 8 de outubro de 1998. Dispõem sobre o código de edificações do Distrito Federal. Revogada pela Lei 6138 de 26 de abril de 2018. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/sinj/DetalhesDeNorma.aspx?id_norma=50064>. Acesso em 10 nov. 2018.

236 Art. 178 - A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente. § 1º. O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata. § 2º. Caso o infrator não proceda à demolição no prazo estipulado, esta será executada pela Administração Regional em até quinze dias, sob pena de responsabilidade. § 3º. O valor dos serviços de demolição efetuados pela Administração Regional serão cobrados do infrator e, na hipótese de não pagamento, o valor será inscrito na dívida ativa. § 4º. O valor dos serviços de demolição previstos no § 3º serão cobrados conforme dispuser tabela de preço unitário constante da regulamentação desta Lei. BRASIL, Lei nº 2.105, de 8 de outubro de 1998. Dispõem sobre o código de edificações do Distrito Federal. Revogada pela Lei 6138 de 26 de abril de 2018. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/sinj/DetalhesDeNorma.aspx?id_norma=50064>. Acesso em 10 nov. 2018.

237 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 908.144/DF. Direito Fundamental à Moradia. Imóvel Público. Loteamento Irregular. Inércia do Poder Público. Diretrizes e Instrumentos da Política Urbana. Aplicabilidade. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Maria Do Carmo Dias da Silva. Relator: Min. Edson Fachin, 17 de agosto de 2017. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 143, 2017. Íntegra da decisão no Anexo J.

a administração pública possa coibir a ocupação desenfreada de áreas públicas, a fim de evitar maiores prejuízos aos demais habitantes da região.

Decidindo, portanto, que o ato demolitório, no presente caso, não acarretaria qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deveria ser interpretado em coerência com as demais proteções constitucionais e afirmando apenas que hoje há programas habitacionais específicos para financiamento de imóvel para pessoas de baixa renda, inexistindo doação de imóvel público para tal desiderato e devendo a autora, caso assim queira, aderir a tais programas.

Nessa perspectiva, Maria ingressou com o Recurso no Tribunal de segunda instância, que por sua vez se limitou a analisar a demanda à luz da exigência de licenciamento prévio para a construção, sem nenhuma análise a respeito do alcance do direito constitucionalmente assegurado à moradia. A parte alegou ainda, de acordo com o relatório do julgamento, que ao se afastar o direito invocado, o Tribunal *a quo* não ponderou que a situação irregular já havia se consolidado no tempo, nem que a ordem de demolição poderia consubstanciar violação da proporcionalidade, haja vista que não houve o prévio remanejamento, no sentido de direcionar a recorrente, ora vulnerável social para um local com condição de moradia adequada.

Não obstante, a moradora alegava que a inviolabilidade do Direito à Propriedade deve ser dimensionada em harmonia com o Princípio da sua Função Social e da confiança do cidadão nas ações da administração e do judiciário, no sentido de solucionar os conflitos. Dessa forma, o ato de demolição do imóvel sem um remanejamento da hipossuficiente, para outra localidade trará prejuízo inafastável, quanto à justa aplicação do direito, nos termos do art. 3º, inciso III da Constituição.²³⁸

Nas suas alegações, ela ainda sustentou que a pretensão de indenização pelas benfeitorias foi formulada na inicial e que o Direito à Moradia não se restringiria ao âmbito civil ou administrativo. Por essa razão, não poderia ser tratado apenas com normas relativas à posse, propriedade e contratos administrativos.

238 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (...). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 set. 2018.

Diante dessas informações e considerando que a Presidência do TJDFT inadmitiu o recurso por ausência de prequestionamento, foi interposto agravo em RE no STF em face da decisão que inadmitiu o Recurso Extraordinário que questionava o acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal. O relator ao julgar afirmou que o instrumento processual merecia provimento, observando que o Tribunal de origem examinou o núcleo essencial dos direitos em que se funda o recurso extraordinário e que o entendimento vigente é de que para ser prequestionada a matéria, não há necessidade de referência expressa ao artigo ofendido, se, a partir dos debates e das decisões anteriores, as normas tiverem sido invocadas.²³⁹

Nesse interim, a parte alegou em sede de Recurso Extraordinário, com fundamento no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, que houve ofensa aos Arts. 1º, III, 5º, XXIII e 6º da Constituição da República Federativa do Brasil e o ministro observou que na petição de apelação, a recorrente expressamente indicou os artigos que deveriam ser utilizados como baliza do julgamento, sendo eles o Direito social à Moradia (art. 6º da CF), corolário dos princípios da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e da Função Social da Propriedade (art. 5º, XXIII). Ao contrário do que dizia a decisão recorrida, havendo, portanto, o prequestionamento.

Relativamente aos demais requisitos para admissão do recurso extraordinário, cumpre registrar que, embora o acórdão recorrido tenha reconhecido que a intimação demolitória foi expedida de acordo com a legislação do Distrito Federal,²⁴⁰ na decisão, o relator assentou que o exame da regularidade do ato administrativo não poderia ser feito à luz do direito constitucional à moradia. Ao contrário, no entanto, o exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode, em tese, ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal.

Nesse viés, cabe mencionar ainda que no julgado ficou registrado que a questão não passou despercebida dos Tribunais Constitucionais de países que apresentam semelhantes

239 Mencionando para tanto o julgado AI 616427 Agr, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe.206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-10 PP-02083. 240 BRASIL, Lei nº 2.105, de 8 de outubro de 1998. Dispõem sobre o código de edificações do Distrito Federal. Revogada pela Lei 6138 de 26 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/sinj/DetalhesDeNorma.aspx?id_norma=50064>. Acesso em 10 nov. 2018.

problemas na solução da equação entre desenvolvimento e justiça social. Para tanto, a Corte Constitucional da África do Sul foi citada. O caso mencionado foi o *Grootboom*, para lembrar que nele a Corte reconheceu que o Direito à Moradia impunha condicionantes às ordens de despejo.²⁴¹

A questão posta aos autos teve, portanto, para o STF, nítida matriz constitucional, ao autorizar, ante o preenchimento dos pressupostos processuais, o conhecimento do recurso extraordinário. Ademais, reconheceu assistir razão à recorrente quando esta aduziu a relevância do tema sob o ponto de vista econômico e social.

Nesse aspecto, a discussão sobre o alcance do Direito à Moradia afeta, de um lado, um dos principais problemas nacionais que é o déficit habitacional. De outro, o próprio direito, considerando sua fundamentalidade e o fato de também constituir óbice à atividade relevante de ordenação territorial, o que atinge diretamente a reforma urbana e o direito à cidade.

É preciso registrar, por fim, que ficou estabelecido pelo STF que o Direito à Moradia recebe especial proteção pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se depreende do Comentário Geral 4 do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais,²⁴² a ensejar, eventualmente, responsabilização internacional do Estado brasileiro, em caso de descumprimento.

Nesse sentido, considerando que no caso, há pedido na inicial para impor a obrigação de “remanejar a autora para outro local onde possa exercer adequadamente seu direito à moradia” e considerando-se concreta e unicamente as circunstâncias do caso com sua projeção de índole constitucional, esse pedido alternativo, de acordo com o STF, estaria à luz da Constituição da República. Bem como, baseado na mitigação de danos pelo deslocamento em áreas de adensamento urbano mesmo não regularizadas.

Portanto, ao final, o STF decidiu reformar o acórdão que manteve a sentença que julgou improcedente o pedido da Maria e entendeu ser firme o entendimento de que o Poder

241 Agravo Regimental no RE com Agravo. DF. 908.144. P. 3.

242 Direito à moradia adequada. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>>. Acesso em 20. nov. 2018.

Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais.²⁴³ Além de que o exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal.

No relatório ainda mencionaram que, de acordo com os instrumentos do Estatuto das Cidades,²⁴⁴ para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares.²⁴⁵ Diante da previsão constitucional expressa do Direito à Moradia e do princípio da dignidade humana. Sendo, dessa maneira, consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la.

2.2 AG. REG. RE 634.643 / RJ

Este segundo caso²⁴⁶ foi selecionado, haja vista que ele se originou de uma ação civil pública do Ministério Público em face do Município do Rio de Janeiro e o Município foi condenado a criar mais vagas em um abrigo familiar para pessoas em situação de rua. O caso chegou ao órgão colegiado por meio de agravo regimental interposto da decisão em que o Ministro Relator negou seguimento ao Recurso Extraordinário interposto pelo Município.

243 No embasamento foram citados até mesmo outros julgados como ARE 1013143 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 27.10.2017; ARE 914.634-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 29.2.2016 e RE 909943-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 30.06.2017.

244 BRASIL Lei nº 10.257/01. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelecendo diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.html>. Acesso em 18 nov. 2018.

245 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 908.144/DF. Direito Fundamental à Moradia. Imóvel Público. Loteamento Irregular. Inércia do Poder Público. Diretrizes e Instrumentos da Política Urbana. Aplicabilidade. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Maria Do Carmo Dias da Silva. Relator: Min. Edson Fachin, 17 de agosto de 2017. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 143, 2017. Íntegra da decisão no Anexo J.

246 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 634.643/RJ. Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Abrigos Para Moradores de Rua. Reexame De Fatos e Provas. Súmula 279 do STF. Ofensa Ao Princípio da Separação Dos Poderes. Inexistência. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Município do Rio De Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de junho de 2012. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 158, 2012. Íntegra da decisão no Anexo K.

Primeiramente, o Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro objetivando a implantação de políticas públicas para a efetivação de programas destinados a moradores de rua. Isso com o oferecimento de Instituições capazes de atender à demanda do município do Rio de Janeiro, em especial a partir da criação de vagas em abrigos já existentes.²⁴⁷

Nessa conjectura, na ação havia pedido de antecipação de tutela a fim de que fossem mantidos em funcionamento, sem interrupção, os abrigos familiares GEMAS I Stella Maris e GEMASI Boa Esperança; além disso, que fossem criadas mais 35 vagas nos alojamentos em substituição das vagas que estavam fechadas no abrigo GEMASI Maria Thereza, no prazo de quatro meses, e mais 85 vagas de alojamento em substituição das 170 vagas que foram fechadas no abrigo Fazenda Modelo, totalizando 120 vagas em abrigos de famílias com crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a manifestação do Município do Rio de Janeiro foi no sentido de que as normas constitucionais pertinentes à matéria teriam caráter programático, de forma que não criariam o direito subjetivo que pudesse ser reivindicado jurisdicionalmente. Além de afirmar que é da exclusiva competência da administração a alocação dos recursos disponíveis, segundo critérios de conveniência e oportunidade; bem como que os referidos abrigos estariam passando por obras com objetivo de melhoria do atendimento às famílias que os habitam.

Em primeira instância, a demanda foi julgada procedente em parte para determinar que se mantivesse em funcionamento os abrigos familiares CEMASI Stella Maris e CEMASI Boa Esperança, podendo serem suspensos somente para a realização de obras necessárias, pelo prazo que estas estiverem em curso e mediante o aumento, ainda que temporário das vagas em outras unidades ou em programas de apoio moradia. Além disso, foi determinada também a criação de mais 65 vagas nos alojamentos de abrigos de família com criança ou adolescente, distribuídas em no mínimo duas unidades, no prazo de 365 dias; tendo fixado multa diária de R\$2.000,00 em favor do Fundo da Infância e adolescência do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente pelo descumprimento de cada uma das determinações.

247 BRASIL. Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. (3 Câmara Cível). Apelação nº 2004. 001. 06490. P. 9. Íntegra da decisão no Anexo K.

Considerando a decisão acima, o Ministério Público interpôs apelação pretendendo a reforma parcial da sentença, a fim de que fosse julgado procedente integralmente o pedido inicial de criação da totalidade de 120 vagas nos abrigos. Na apelação houve parecer da Procuradoria de Justiça, oficiando no sentido de que a sentença deveria ser reformada em parte, e julgado procedente a totalidade do pedido inicial, uma vez que o Município não contestou o pedido de criação de 120 vagas, e nesse ponto não poderia o Julgador "entrar no exame do fato de serem ou não necessárias as 120 vagas".

Nesse aspecto, em segunda instância, foi observado que a questão que envolve a discricionariedade administrativa abordada pelo município não seria uma espécie de "cheque em branco" e que toda e qualquer atividade administrativa encontra limites no ordenamento jurídico. Além disso, as ações discricionárias da Administração seriam sindicáveis pelo judiciário, o que não importaria dizer que este se faça substituir à administração, pois o que daí decorre seria exame da legalidade do ato, ainda que não vinculado.

É evidente, que ficou definindo assim que não há o que se falar de invasão da esfera de discricionariedade ou de competência.²⁴⁸ Entretanto, se aborda o exame da legalidade do ato omissivo, o qual pode ser apreciado pelo judiciário, se o mesmo não foi feito pela própria Administração por força da autotutela.

Ainda, de acordo com o Tribunal, a função do Estado em prover garantias como o Direito à Moradia não seria algo feito por filantropia, mas por obrigação legal e constitucional de agir.²⁴⁹ No que tange a questão relativa à previsão orçamentária, esta deveria ser superada, haja vista que tais necessidades, por prioritárias que são já se encontram previamente orçadas e previstas, e por serem aquelas objeto de metas a serem atingidas pelo Estado dentro do seu programa anual de atendimento às famílias menos favorecidas.

Ao final então, o Tribunal entendeu que se a prova do consenso nos autos de fato indica a carência de 65 vagas, ao judiciário não caberia determinar à Administração Pública

248 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 634.643/RJ. Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Abrigos Para Moradores de Rua. Reexame De Fatos e Provas. Súmula 279 do STF. Ofensa Ao Princípio da Separação Dos Poderes. Inexistência. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Município do Rio De Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de junho de 2012. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 158, 2012.

249 *Ibidem*.

que esta realizasse algo a mais. Isso porque esse “a mais” configuraria invasão da competência da Administração. Portanto, foi negado o provimento ao recurso na medida em que se entendeu que não se poderia crer que é possível estabelecer pela via jurisdicional parâmetros para atender a demanda crescente da necessidade básica das pessoas.

Posteriormente, o Município do Rio de Janeiro interpôs Recurso Extraordinário contra o acórdão do Tribunal de Justiça estadual, que manteve sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação civil pública para a criação de 65 vagas em abrigos do Estado para moradores de rua. Isso apontando violação do disposto no art. 2º e 167, I e § 1º da Constituição.²⁵⁰

Nessa perspectiva, em decisão monocrática, o STF entendeu que a discussão era relevante na medida em que dispunha acerca da possibilidade de interferência do Judiciário na efetivação de políticas públicas destinadas ao bem comum. Ocorre que para o ministro chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido importaria o revolvimento dos fatos e provas que fundamentaram as conclusões da decisão. Em particular a análise dos estudos acerca do quantitativo de moradores de rua e abrigos existentes na cidade do Rio de Janeiro, o demonstrativo orçamentário municipal e as medidas já adotadas pelo Município no sentido de proteção aos indivíduos que vivem nas ruas.

Nessa perspectiva, tal procedimento inviabilizaria o processamento do recurso, ante a vedação contida no enunciado da Súmula 279 do STF e por esse motivo, negou seguimento ao recurso. Por esta razão, o município interpôs agravo regimental reiterando a argumentação no sentido de que as medidas determinadas pelo acórdão recorrido estariam inseridas na seara discricionária do administrador público, a quem caberia definir quais devem ser as prioridades administrativas e qual ato será praticado na defesa do interesse público.

Dessa maneira, o ministro relator votou de modo a decidir que não assistiria razão ao Município e que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar o recurso de apelação, fundamentou-se na sentença monocrática, confirmando-a uma vez que ficou

250 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário; Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual, § 1º Nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade.

demonstrado nos autos a realidade fática. Bem como, as circunstâncias peculiares a respeito da situação da população de rua na cidade.

Para o STF, o julgador *a quo* observou os parâmetros delimitados pela produção da prova no processo, razão por que chegar à conclusão diversa a que se chegou no acórdão recorrido dependeria do reexame de matéria fática, o que encontra óbice na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.²⁵¹ No entanto, ressaltou que a jurisprudência do STF já se firmou no sentido de que é permitido ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes.

Por fim, reconheceu que no presente caso seria inquestionável a relevância social da questão debatida nos autos, uma vez que se trata da grave situação dos moradores de rua e da garantia de atendimento em abrigos a famílias e pessoas carentes desprovidas do elementar direito à moradia.

2.3 AG. REG. RE 909.943 / SE

O último caso²⁵² escolhido para análise demonstra que é firme o entendimento do STF no que diz respeito ao fato do Poder Judiciário estar apto a tomar decisões, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, que determinem a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia.

251 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 634.643/RJ. Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Abrigos Para Moradores de Rua. Reexame De Fatos e Provas. Súmula 279 do STF. Ofensa Ao Princípio da Separação Dos Poderes. Inexistência. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Município do Rio De Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de junho de 2012. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 158, 2012. Íntegra da decisão no Anexo K.

252 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 909.943/SE. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Interposição em 29.12.2016. Direito à Segurança e Moradia. Construção Em Encostas. Risco de Desabamento. Determinação Pelo Poder Judiciário de Medidas Emergenciais para evitar Desmoronamento. Possibilidade. Recorrente: Município de Aracaju e Empresa Municipal de Obras e Urbanização - EMURB. Recorrido: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Min. Edson Fachin, 02 de junho de 2017. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 143, 2017. Íntegra da decisão no Anexo l.

O caso consiste no fato de diversas famílias estarem vivendo em casas que corriam sério risco de desabamento. Essas residências foram construídas de maneira irregular e por este motivo não houve nenhum estudo prévio às construções e com o tempo e até mesmo devido às mudanças climáticas, o terreno começou a apresentar diversos riscos para as famílias que ali habitavam.

Nesse sentido, o Ministério Público propôs Ação Civil Pública com Pedido Liminar, contra a Prefeitura Municipal de Aracaju e a Empresa Municipal de Obras e Urbanismo – EMURB.²⁵³ A alegação se baseava no fato de que foram instaurados procedimentos administrativos, em razão de matérias veiculadas na imprensa escrita do município de Aracaju, a qual denunciava o risco de desabamento em diversas áreas residenciais.

Dada a gravidade das informações apresentadas pela Defesa Civil em Relatórios Técnicos de Vistoria, foi encaminhada a EMURB cópia destes solicitando à empresa providências administrativas necessárias à eliminação dos riscos apontados. Todavia, a resposta a esta solicitação foi considerada insuficiente para o Ministério Público, haja vista que apenas teria informado que possuía projetos para a contenção de encostas em algumas das localidades apontadas pela Defesa Civil, sem apresentar cronograma de execução de obras.

Desse modo, o pleito no caso era pela condenação a obrigação de fazer consistente em: *i*) adotar medidas emergenciais no sentido de cessar o perigo de desmoronamento em todas as localidades mencionadas na petição inicial da Ação Civil Pública; e *ii*) interdição imediata das propriedades que apresentem risco à segurança da população e retirada de seus moradores com alojamento em outro local digno às expensas da municipalidade até cessar o risco.

Destarte, o Município de Aracaju e a EMURB apresentaram contestação, sendo que a do primeiro não dizia respeito ao presente caso, a outra aduzia em sede preliminar a ilegitimidade passiva *ad causam*. Isso porque suas atribuições se restringiriam à execução das obras devidamente autorizadas pelo Município de Aracaju, autorizações estas que seriam feitas por meio das secretarias com atribuições específicas na área de planejamento e finanças.

253 Empresa pública, com personalidade jurídica de Direito Privado, vinculada à Secretaria de Planejamento. Disponível em: < https://www.aracaju.se.gov.br/obras_e_urbanizacao >. 22. nov. 2018.

Basicamente se arguiu que quem decide a conveniência e oportunidade da realização de uma obra é a Secretaria de Planejamento, que por sua vez se encontra vinculada ao Orçamento Participativo. Em primeira instância o judiciário decidiu dizendo que primeiro lugar se enfrentava a alegação do réu EMURB de não ser parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação, haja vista que não possuiria autonomia financeira para escolher os programas prioritários das políticas públicas. Após afirmar que a EMURB tem responsabilidade na fiscalização da regularidade do parcelamento urbano, passou para a alegação do cabimento ao Executivo Municipal da eleição de políticas públicas prioritárias.

O julgamento se baseou no entendimento de que o Poder Público é responsável solidariamente pelo dano ambiental quando não o fiscaliza, cabendo o mesmo entendimento quando se trata do parcelamento urbano. Assim o pedido foi deferido com fundamento nos artigos 3º da Constituição Federal e artigos 1º e 2º do Estatuto das Cidades, condenando o Município e a EMURB em obrigação de fazer consistente em: (i). Adotar, em até 60 dias, as medidas emergenciais consistentes em fazer cessar o perigo de desmoronamento nas localidades descritas; (ii). Interditar, no mesmo prazo as propriedades que apresentem risco e retirada da população para alojamentos a expensas do município até que cessasse o risco; (iii). Condenando, ao final, o município de Aracaju e a EMURB solidariamente em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de reparação de danos a ser depositado no fundo de que trata o artigo 13 da lei 7.347/85.²⁵⁴

Em sede de apelação, se constatou que a situação retratada nos autos embora demonstrasse o risco de desabamento de diversas áreas residenciais, irregularmente construídas nesta Capital, se fazia necessário ressaltar que o cumprimento das medidas impostas na decisão de primeira instância implicaria em providências de alto custo. Além

254 Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. § 2º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 23 nov. 2018.

disso, observar que as medidas necessitariam de profundos estudos técnicos para sua implantação.

Para o Tribunal, não seria razoável condenar o Município a realocar os moradores, pois, não obstante tenha o dever de exercer seu poder de polícia para evitar edificações irregulares em áreas de risco, ainda que se considere o direito à moradia, isso não implicaria em que a habitação seja dada ou fornecida pelo Estado ou Município. A realocação até poderá ser feita, mas não como ordem judicial e sim como providência relativa à assistência social e à política social do Município, não sendo cabível a interferência do Poder Judiciário, uma vez que tal ordem ofenderia a separação dos poderes e implicaria em gastos públicos cuja precedência cabe ao Poder Executivo definir.

Posteriormente, o Ministério Público recorreu da decisão e ao chegar no STF, o caso foi julgado em decisão monocrática na qual o ministro expôs que todos da Constituição da República são responsáveis por violação aos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana e do Direito à Moradia. Assim, o recurso extraordinário foi acolhido, tendo o STF reconhecido a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, sem que isso configure violação do princípio de separação dos poderes.²⁵⁵

Ficou decidido assim que a jurisprudência do STF é consolidada no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, é legítimo ao Poder Judiciário impor obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso da moradia e segurança por risco de desmoronamento em encostas.

Dado do exposto, o julgamento foi no sentido de se reestabelecer, parcialmente, a sentença que julgou procedente a ação civil pública, no tocante a obrigação de realizar de

255 O ministro ainda citou precedente do próprio STF em que se discutia obras emergenciais em presídios, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, com repercussão geral reconhecida, decidiu que 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.

serviços de contenção das encostas e de relocar, em condições aceitáveis, as famílias que se encontravam em localização de risco eminente.²⁵⁶

Mesmo após o Município interpor o agravo regimental, no qual sustentou, resumidamente, que no caso, não houve omissão do Poder Público a justificar a interferência do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa, o Relator manteve seu voto e foi acompanhado pelos outros ministros que também votaram pelo não provimento, afirmando que as razões recursais eram insuficientes para infirmar a conclusão da decisão agravada.

3. Resultados parciais da análise de casos

Diante de todos os casos narrados, foi possível chegar a algumas conclusões parciais. Essas referentes ao modo como a Corte Constitucional Sul-africana e o STF se posicionam diante de demandas acerca do Direito à Moradia - no que diz respeito, principalmente, ao direito positivo.

Primeiramente, ambas as Cortes se propõem a efetivar o Direito à Moradia, sendo relevante destacar que no Brasil isso ocorre de forma mais subsidiária e ainda com poucos mecanismos para verificar a efetivação dessas decisões, diferentemente da África do Sul, onde foi possível observar uma maior atuação da Corte.

Nessa perspectiva, cabe destacar também que as Cortes demonstram, em seus julgados, a importância do referido Direito e da concretização do mesmo. Isso pode ser explicado considerando o histórico de ambos os países e a “dívida” histórica que ambos reconhecem ter com a população. Pode também ser explicado pelo próprio status de Direito Fundamental que o acesso à moradia possui nas constituintes dos países cujas decisões das Cortes foram aqui estudadas.

256 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 909.943/SE. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Interposição em 29.12.2016. Direito à Segurança e Moradia. Construção Em Encostas. Risco de Desabamento. Determinação Pelo Poder Judiciário de Medidas Emergenciais para evitar Desmoronamento. Possibilidade. Recorrente: Município de Aracaju e Empresa Municipal de Obras e Urbanização - EMURB. Recorrido: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Min. Edson Fachin, 02 de junho de 2017. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 143, 2017. Íntegra da decisão no Anexo L.

As decisões acerca da temática então deixam claro que diversas vezes as Cortes dão prevalência ao Direito à Moradia, em detrimento de outros direitos, quando em conflito. Por exemplo, nos casos de ocupação irregular em que o embate é com o direito à propriedade, ou em ponderação com a livre iniciativa e ainda quando se estabelece embate com o princípio da separação de poderes.

É relevante também observar que apesar da significativa atuação das Cortes, elas reconhecem que o judiciário não é o órgão mais capacitado para solucionar problemas habitacionais em seus julgados. Na África do Sul inclusive muitas vezes se impõem que o executivo crie uma medida de solução para a questão habitacional sem que se entre exatamente no mérito de qual medida será essa, no máximo observando que tal medida deveria atender a alguns critérios específicos.

Não obstante, é possível notar também que as Cortes observam a relevância do Direito à Moradia como Direito Fundamental a nível internacional e mencionam outros julgados. No STF inclusive a Corte Constitucional Sul-africana é mencionada em seus julgados, principalmente o emblemático *Grootboom*, demonstrando algum nível de diálogo entre essas Cortes aqui estudadas.

Por fim, é importante mencionar ainda que nas decisões das Cortes foi possível verificar que há uma avaliação e ponderação mais criteriosas nos casos da África do Sul. No entanto, isso se deve ao fato de que no STF não se reanalisa matéria de fato em sede recursal, pela súmula 279, portanto casos realmente emblemáticos dificilmente chegam à Corte. Além disso, apesar da insuficiência do poder judiciário na resolução dessa problemática, no Brasil as demandas continuam aumentando e o Poder judiciário tendo que se pronunciar a respeito do tema numa tentativa de efetivação desse Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após toda a exposição realizada, parece ser possível uma compreensão mais clara de como as Cortes Constitucionais se propõem a efetivar o Direito à Moradia em litígios que chegam ao poder judiciário e conseqüentemente a essas Instituições. As Constituições brasileira e sul-africana ao positivarem esse Direito conferem ao mesmo status de Direito Fundamental, o que torna seus governos responsáveis pela garantia do mesmo com o maior engajamento possível.

Primeiramente, neste estudo o Direito à Moradia é analisado de modo em que foi possível entender sua qualificação como sendo a de um dos direitos sociais mais expressivos. Subsumindo-se, assim, à noção dos direitos de segunda geração, e tendo sua essencialidade também proclamada por declarações internacionais que Brasil e África do Sul se subscreveram. Dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Na introdução e no capítulo 1, demonstrou-se todo o caráter histórico e normativo desse direito nos supracitados países e em âmbito internacional a fim de ser possível uma maior compreensão do cenário existente. Bem como, o melhor entendimento acerca do contexto histórico por trás das decisões que as Cortes tomam. Além de, assim, também ser possível tornar mais evidente algumas das razões que levam a sensação de “dever fazer” ao judiciário quando demandada sua atuação no que tange a prestação de moradia.

Nesse sentido, no primeiro capítulo também se pode verificar que as Cortes aqui estudadas compartilham um histórico parecido marcado pelo *status* de colônia e pela existência de um longo período de escravidão. Ainda compartilham a grande segregação e pobreza, devido ao rápido e profundo processo de urbanização que impulsionou a eclosão do problema do acesso à moradia.

Dito isto, o presente estudo se propôs a responder questionamentos com relação ao Direito à Moradia ser visto como um direito prestacional pelas Cortes Constitucionais, estudando ainda como estas decidem a temática e as conseqüências de suas atuações. Isso a partir de uma abordagem que pretendeu verificar o nível de atuação dessas Cortes, muitas vezes provocadas devido a confiança na capacidade decisória do poder judiciário. Uma crença

de que assim se possa obter uma solução melhor que a oferecida pela administração pública, ou alguma solução em casos de ausência de atuação da mesma.

No que tange ao capítulo 2, houve um breve panorama metodológico a respeito do presente estudo comparado e das razões pelas quais este é relevante, como instrumento de pesquisa. Destacando assim que foram selecionadas decisões a respeito da temática e estas foram analisadas descritivamente para que se pudesse ao final do estudo comprovar ou não a hipótese da presente produção acadêmica, uma vez que esta segue a lógica hipotético-dedutiva, bem como empírica.

Ainda neste capítulo foram apresentadas informações estatísticas acerca da problemática habitacional nos países estudados. Sendo nítido dessa forma que apesar de se proporem a efetivar o Direito à Moradia em seus julgados, as Cortes, sozinhas, não são capazes de efetivar, de fato, esse direito e menos ainda de impedir o déficit habitacional dos países, embora quando em conjunto com outros “atores” sistêmicos possa diminuir com as melhores soluções possíveis. Enfrentou-se também as críticas existentes ao método de modo a demonstrar sua funcionalidade para esta investigação.

Já no capítulo 3, apresentou-se uma análise dos casos selecionados, de maneira que foi possível observar, por exemplo, que a Corte Constitucional da África do Sul, em suas decisões declarou que a Seção 26 da Constituição estabeleceu a obrigação de que o Estado deve desenvolver medidas para garantir o direito a moradia adequada e ainda se engajar na resolução dos conflitos de posse dando preferência ao Direito à Moradia das pessoas.

Destarte, ainda neste terceiro capítulo a análise feita objetivava aferir como dois ordenamentos jurídicos diferentes tentam efetivar o Direito Fundamental Social à Moradia, identificando as principais conclusões nas decisões tomadas pelas Cortes no que diz respeito ao Direito à Moradia. Bem como, aferir se houve interferência na atuação da Administração Pública e se esta se propôs ao cumprimento das decisões das Cortes.

A partir de então foi possível verificar que as Cortes consideram que não configura violação do princípio da separação dos poderes quando estas atuam em prol da garantia de um Direito Fundamental; também que mesmo que estas Cortes reconheçam não ser o judiciário o

órgão mais capacitado para solucionar problemas habitacionais, elas devem promover o Direito à Moradia, haja vista seu grau de relevância.

Ao final do referido capítulo, ainda foram propostas reflexões acerca do fato de que proporcionalmente chegam mais casos de Direito à Moradia na Corte Constitucional Sul-Africana do que no STF e apesar dos dois países ainda possuírem graves problemas com a questão habitacional, na África do Sul os dados estatísticos demonstram uma diminuição desse cenário, diferentemente do Brasil, onde é crescente e inclusive tende a aumentar, haja vista que a tendência, a nível federal, tem-se demonstrado de desproteção deste direito.

Dado o exposto, se depreende então que para resolver o déficit de moradia existente, principalmente em espaços urbanos, não bastam decisões que se proponham a efetivar o Direito, mesmo que estas sejam da mais alta Corte. Assim, é necessária uma política habitacional envolvendo as três esferas de poder que atuem na base do problema: a racionalização gerencial dos países.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁFRICA DO SUL. Constituição Sul-Africana. Disponível em: <<https://www.gov.za/documents/constitution/chapter-2-bill-rights#27>>. Acesso em 22. out.2018.

BAHIA, Luiz Henrique Nunes. **A Política Externa da África do Sul: da internacionalização à globalização**. In: GUIMARÃES, 2000.

Banco Nacional da Habitação. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdac/acervo/dicionarios/verbete-tematico/banco-nacional-da-habitacao-bnh>>. Acesso em 16. set. 2018.

BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. New Jersey: Princeton University Press. 2006. ZAGREBELSKY, Gustavo. Il Diritto Mite. Einaudi Contemporanea. 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. n.º. 15 – janeiro / fevereiro / março de 2007.

BARIN, Erico Fernando. **A Efetivação do Direito Social Constitucional à Moradia como Pressuposto à Dignidade da Pessoa Humana**. 2006. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Santa Cruz (UNISC), Santa Cruz do Sul, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. ed. Renovar. 2009.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pintos. BUNN, Alini. **Abertura e diálogo entre as cortes constitucionais: identificação dos padrões de utilização pelo STF do argumento de direito comparado**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 3. dez. 2017. DOI: 10.5433/1980-511X.2017v12n3p85. ISSN: 1980-511X.

BELL, John. *La comparaison em droit public. Melanges em l'honneur de Denis Tallon*. Paris: Societé de législation comparée, 1999.

BELLO, Luis. **Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>>. Acesso em 16. set.2018.

BILCHITZ, David. *Giving Socioeconomic Rights Teeth: The Minimum Core and Its Importance*. South African Law Journal, v. 119, 2002.

BOLAFFI, Gabriel. **Para uma Nova Política Habitacional e Urbana: possibilidades econômicas, alternativas operacionais e limites políticos**. In: VALADARES, Lícia do Prado (Org.) *Habitação em Questão*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

BOLONHA, Carlos. DE SOUZA, Rafael Bezerra. **Teorias jurídicas contemporâneas: uma análise crítica sob a perspectiva institucional**. Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 43, 2013.

BONATES, Mariana Fialho. **O Programa de Arrendamento Residencial – PAR**: acesso diferenciado à moradia e à cidade. *Revista de Pesquisa em Arquitetura e Urbanismo*. 2008. Disponível em: < www.revistas.usp.br/risco/article/download/44729/48359/>. Acesso em 22 nov. 2018.

BONDUKI, Nabil e KOURY, Ana Paula. **Os Pioneiros da Habitação Social**. São Paulo, Ed. Unesp/Edições Sesc, 2014, Vol. 1 – 400.

BONIZZATO, Luigi. BOLONHA, Carlos. **Plano Diretor, Constituição e Participação Social no Brasil**. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/plano-diretor-constituicao-e-part-social-brasil.pdf>>. Acesso em 20 set 2018.

BRAGA, Rubem. **O Direito à Moradia. Aula inaugural do ano 2000**. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67487/70097>>. Acesso em 13 set. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 set. 2018.

BRASIL, Lei nº 2.105, de 8 de outubro de 1998. Dispõe sobre o código de edificações do Distrito Federal. Revogada pela Lei 6138 de 26 de abril de 2018. Disponível em: < http://www.tc.df.gov.br/sinj/DetalhesDeNorma.aspx?id_norma=50064>. Acesso em 10 nov. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 23 nov. 2018.

BRASIL. Lei 8.245 de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8245.htm>. Acesso em 16 set. 2018.

BRASIL Lei nº 10.257/01. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal. Estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.html>. Acesso em 18 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 908.144 /DF. Direito Fundamental à Moradia. Imóvel Público. Loteamento Irregular. Inércia do Poder Público. Diretrizes e Instrumentos da Política Urbana. Aplicabilidade. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Maria Do Carmo Dias da Silva. Relator: Min. Edson Fachin, 17 de agosto de 2017. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 143, 2017. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=52&CDNUPROC=20120111004153>>. Acesso em 18. nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 634.643/RJ. Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Abrigos Para Moradores de Rua. Reexame De Fatos e Provas. Súmula 279 do STF. Ofensa Ao Princípio da Separação Dos Poderes. Inexistência. Agravo Regimental Desprovido. Recorrente: Município

do Rio De Janeiro. Recorrido: Ministério Público do Rio de Janeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 26 de junho de 2012. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 158, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 909.943/SE. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário. Interposição em 29.12.2016. Direito à Segurança e Moradia. Construção Em Encostas. Risco de Desabamento. Determinação Pelo Poder Judiciário de Medidas Emergenciais para evitar Desmoronamento. Possibilidade. Recorrente: Município de Aracaju e Empresa Municipal de Obras e Urbanização - EMURB. Recorrido: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Min. Edson Fachin, 02 de junho de 2017. Lex: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, n. 143, 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMPOS, Deo. **O Potencial Crítico do Direito Comparado**. 2015. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313888112_O_Potencial_Critico_do_Direito_Comparado> . Acesso em 01 out. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988.

CARDIM, Pe. Fernão, S. J. **Narrativa Epistolar de Uma Viagem e Missão Jesuítica**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1847. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-77042009000200012>. Acesso em 15 set. 2018.

CARDOSO, Adauto e JAENISCH, Samuel Thomas. **A política habitacional nos Governos Lula-Dilma**: entre o mercado financeiro e produção subsidiada. Disponível em: <<http://observatoriodasmetrolopes.net.br/wp/politica-habitacional-nos-governos-lula-dilma-entre-o-mercado-financeiro-e-producao-subsidiada/>>. Acesso em 16 set. 2018.

CARVALHO, Larissa. **70 anos. Relembra o regime do Apartheid**. Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/jornal/dom/2018/06/70-anos-relembra-o-regime-do-apartheid.html>>. Acesso em 22. Set. 2018.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PONTES, Jean Rodrigo Ribeiro. **Reflexões Acerca dos Desafios de Legitimação do Tribunal Penal Internacional: A Gestão da Prova nos Julgamentos dos Crimes Contra a Humanidade**. FURB. v. 21, nº. 45, mai/ago. 2017.

CASAL H., Jesús María. **Los derechos humanos y su protección: estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2009.

Comentário Geral n.º 3 (5ª sessão, 1990). Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>>. Acesso em 21 nov. 2018.

Community Survey 2016, Statistical release P0301 / Statistics South Africa. Pretoria: Statistics South Africa, 2016. Disponível em: <http://cs2016.statssa.gov.za/wp-content/uploads/2016/07/NT-30-06-2016-RELEASE-for-CS-2016-_Statistical-releas_1-July-2016.pdf>. Acesso em 08. out. 2018.

Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana em janeiro de 1981. Banjul, Gâmbia. Disponível em: <<https://14minionuoua1981.wordpress.com/2013/08/01/as-leis-do-apartheid/>>. Acesso em 22. Set. 2018.

Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL.

Corte Constitucional Sul-Africana. Disponível em: <<https://collections.concourt.org.za/>>. Acesso em 23. nov. 2018.

Countrymeters - População da África do Sul. Disponível em: <http://countrymeters.info/pt/South_Africa>. Acesso em 20. set. 2018.

CRUZ, Lucas Coelho. **A incorporação de tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 13, nº 1497. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4393/a-incorporacao-tratados-internacionais-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em 21 nov. 2018.

CURRAN, Vivian Grosswald. *Comparative law and language. University of Pittsburgh School of Law Working Paper Series*. 2005. Disponível em: <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context=pittlwps>>. Acesso em 05 out. 2018.

CURY, Paula Maria Nasser. **Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo: UNISINOS, v. 6, n. 2, jul.-set. 2014.

CYSNE, Diogo. **Constituição de 1967**. Brasil Escola. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/constituicao-de-1967/>>. Acesso em 22. Nov. 2018.

DA FONSECA, Danilo Ferreira. **Direitos Humanos na África do Sul: entre o apartheid e o neoliberalismo**. Projeto História, São Paulo, nº 51. 2014.

DA SILVEIRA, Vladmir Oliveira. **Direitos sociais e políticas públicas II**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/fu974u1v/xBj95yY6PdmV3akQ.pdf>>. Acesso em 14 set. 2018.

DAVIES, Matthew. **Mandela mudou economia da África do Sul, mas desigualdade avança**. Bbc News. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131209_mandela_economia_rp>. Acesso em 22 set. 2018.

DE CONINCK, Julie. *The Functional Method of Comparative Law: Quo vadis?* Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 2010. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/27878873>>. Acesso em 22. nov. 2018.

DE MEDEIROS, Orione Dantas. **Direito Constitucional Comparado: Breves aspectos epistemológicos**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 47 n. 188 out.-dez. 2010.

DE MELO, Marcus André B. C. **Política de Habitação e populismo**. Disponível em: <<https://rigs.ufba.br/index.php/rua/article/viewFile/3105/2222>>. Acesso em 1 set. 2018.

DEANA, Davidson F.; TOZZINI, Patrícia; ABIKO, Alex Kenya. **Política Habitacional na África do Sul**. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12940578/politica-habitacional-na-africa-do-sul-gestao-pcc-5839>>. Acesso em 22. Set. 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 10 dezembro 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 14 set. 2018.

Departamento de justiça e desenvolvimento constitucional. Disponível em: <<http://www.justice.gov.za/reportfiles/2017-CJPReport-Nov2015.pdf>>. Acesso em 16 out. 2018.

Direito à moradia adequada. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>>. Acesso em 20. nov. 2018.

DO VALLE, Vanice Lírio e HUNGRIA, Ana Luisa Hadju. **Implementação gradual de direitos socioeconômicos**: um exercício hermenêutico de construtivismo constitucional na Corte Constitucional Sul-Africana. Revista Jurídica Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro controle judicial de políticas públicas no brasil e no exterior. DGJUR – DIJUR. DGCOM. Edição Especial. 2013.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Controle Judicial de Políticas Públicas**: Sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 14, n. 14, julho/dezembro de 2013.

DO VALLE, Vanice Regina Lírio. **Direito à Moradia no Brasil e na Colômbia**: uma perspectiva comparativa em favor de um construtivismo judicial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b6090cd636e93a4a>>. Acesso em 04 out. 2018.

DUGARD, Jackie; CLARK, Michael; TISSINGTON, Kate e WILSON, Stuart. *The right to housing in South Africa. socio-economic rights in South Africa*. Fundação de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.fhr.org.za/files/8515/1247/1750/Housing.pdf>> . Acesso em 20 set. 2018.

DUTRA, Deo Campos. **Método(s) em direito comparado**. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, v. 61, n. 3, set.-dez. 2016.

Estrutura do apartheid persiste ainda no District Six. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/estrutura-do-apartheid-persiste-ainda-no-district-six/a-19042026>>. Acesso em 22. Set. 2018.

Favelização no Brasil. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/favelizacao-no-brasil/>>. Acesso em 15 set. 2018.

FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. **Entre garotos, intocáveis e bugres**: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais. Tese de Doutorado. PUC. Rio de Janeiro. Set. 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_1.PDF> e <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_5.PDF>. Acesso em 25 out. 2018.

FERREIRA, Marieta de Moraes. **As Reformas de Base**. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NaPresidenciaRepublica/As_reformas_de_base>. Acesso em 15 set. 2018.

FOSTER, Germano de Rezende. **Lei de Terras de 1850 no Brasil**: o que foi, resumo, história, consequências da Lei de Terras de 1850 no Brasil, objetivos, Segundo Reinado. Disponível em: <https://www.historiadosul.org.br/resumos/lei_terras.htm>. Acesso em 15 set. 2018.

Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/brasil/5498629/deficit-de-moradias-no-pais-ja-chega-77-milhoes>>. Acesso em 17 out. 2018.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 1999.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Perdão é argamassa social na África do Sul**. *Revista Consultor Jurídico*. 2010. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-out-10/constituicao-estrutura-perdao-argamassa-social-africa-sul>>. Acesso em 20 set. 2018.

HARVEY, David. **Cidades Rebeldes – do direito à cidade à revolução urbana**. Tradução: Jeferson Camargo, São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2014.

HEINEN, Juliano. **Método de direito comparado**: desenvolvimento e perspectivas contemporâneas. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/download/25147/15329>>. Acesso em 22. nov. 2018.

História da África do Sul. Disponível em: <<http://www.africadosul.org.br/historia>>. Acesso em 20 set. 2018.

HOLSTON, James. **A cidadania Insurgente – disjunções da democracia brasileira e da modernidade no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KLARE, Karl. *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*. South African Journal on Human Rights. 1998. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/02587203.1998.11834974?src=recsys>> Acesso em 25. Set. 2018.

KNOWLES, Phoebe. *Public Authorities Must Consult with People before Evicting Them*. Disponível em: <<https://www.hrlc.org.au/human-rights-case-summaries/occupiers-of-51-olivia-road-berea-township-and-197-main-street-johannesburg-v-city-of-johannesburg-cct-2407-2008-zacc-1-19-february-2008>>. Acesso em 15. nov. 2018.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri, SP: Manole, 2005..

LEAL, Saul Tourinho. **África do Sul Connection nº 40**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Africa/103,MI227170,21048-Africa+do+Sul+Connection+n+40>>. Acesso em 20 set. 2018.

LIGUORI, Rafael Henrique de Oliveira. **A dignidade da pessoa humana no direito comparado e na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2012/RID_2012_24.pdf>. Acesso em 14 set. 2018.

LOPES, Juarez Rubens Brandão. **Desenvolvimento e mudança social: formação da sociedade urbano-industrial no Brasil**. Rio de Janeiro. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2008.

MARCELO, Diego. Como foi escrita a declaração. Folha de São Paulo. Ed. Especial. São Paulo, quinta, 3 de dezembro de 1998. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj03129803.htm>>. Acesso em 13 set. 2018.

MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação de mestrado.

MARICATO, Ermínia. The urban reform movement in Brazil. International Journal of Urban and Regional Research, London. Disponível em: <<https://erminiamaricato.files.wordpress.com/2016/12/international-journal-of-urban-and-regional-research.pdf>> Acesso em 16. set. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de ratio decidendi (fundamentos determinantes da decisão) e obiter dictum no direito brasileiro. A força dos precedentes: estudos dos cursos de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR, v. 2.

MARKESINIS, Basil. Judicial Style and Judicial Reasoning In England and Germany. Cambridge Law Journal, 59(2), July 2000.

MAYLAM, Paul. Explaining the Apartheid City: 20 Years of South African Urban Historiography. Journal of Southern African Studies, v. 21, n. 1, Special Issue: Urban Studies and Urban Change in Southern Africa. mar. 1995. Taylor & Francis, Ltd. Disponível em: <<http://abahlali.org/files/maylam.20yearson.pdf>>. Acesso em 20 set. 2018.

MOTTA, Luana Dias. A Questão da Habitação no Brasil: Políticas Públicas, Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade. Disponível em: <http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/TAMC-MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em 22 nov. 2018.

NAVARRO, Roberto. **Qual foi a primeira favela do Brasil?** Disponível em: <<https://super.abril.com.br/mundo-estranho/qual-foi-a-primeira-favela-do-brasil/>>. Acesso em 15 set. 2018.

Nelson Mandela foi a figura mais influente do partido. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/congresso-nacional-africano-anc/t-36853558>>. Acesso em 22. nov. 2018.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

ÖRÜCÜ, Esin. *The Enigma of comparative law*. Koninklijke Brill N. V. 2004.

OSÓRIO, Letícia. **Direito à Moradia no Brasil**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_a_moradia_no_brasil.pdf>. Acesso em 15 set. 2018.

OVÍDIO, Francisco. **Aspectos do Direito Comparado**. Disponível em: <www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67009/69619/0>-Texto do artigo-88405-1-10-20131125.pdf>. Acesso em 04 out. 2018.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado pela Assembleia das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor em 3 de janeiro de 1976. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1992. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em 14 set 2018.

PARDO, David Wilson de Abreu. **Judiciário e Políticas Públicas Ambientais**: uma proposta de atuação baseada no “Compromisso significativo”, in: Revista de Direito Ambiental. nº 72, out/dez 2013.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **O judiciário como impulsionador dos direitos fundamentais**: entre fraquezas e possibilidades. Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ - Rio de Janeiro, n. 29, jun. 2016.

PEREZ, Daniela. **A justiça constitucional e o uso do Direito Comparado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/29612/a-justica-constitucional-e-o-uso-do-direito-comparado>>. Acesso em 04 out. 2018.

PHILIP, David. *Homes Apart South Africa's segregated cities*. Ed. Anthony Lemon. 1991.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 9ª ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

Programa Nacional de Capacitação das Cidades. Ministério das Cidades. Disponível em: <<http://www.capacidades.gov.br/pg/oprograma/quemsomos>>. Acesso em 16 set. 2018.

Projeto de Pesquisa de Jurisprudência de Tribunais e Órgãos Estrangeiros e Internacionais da Procuradoria Regional da República da 4ª Região. Disponível em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=jurisprudencia_internacional>. Acesso em 23. nov. 2018.

RAY, Brian. *Engagement's Possibilities and Limits as a Socioeconomic Right Remedy*. Disponível em: <https://works.bepress.com/brian_ray/3/>. Acesso em 22. nov. 2018.

REBELLO, Yopanan. LEITE; Maria Amélia D'Azevedo. **As primeiras moradias**. ed. 161, Ago.2007. Disponível em: <<http://au17.pini.com.br/arquitetura-urbanismo/161/artigo58415-4.aspx>>. Acesso em 13 set. 2018.

REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. *Corte Constitucional The Prevention of Illegal Squatting Act 52 of 1951*. Disponível em: <<https://www.sahistory.org.za/archive/prevention-of-illegal-squatting-act%2C-act-no-52-of-1951>>. Acesso em 22. nov. 2018.

REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Caso Makwanyane and Another. 1994. Disponível em: <<http://www.joasa.org.za/aricles/caselist.pdf>> Acesso em 25. Out. 2018.

REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Government of the Republic of South Africa. & Ors v Grootboom & Ors. Disponível em: <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Acesso em 22 out. 2018.

REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v City of Johannesburg, Rand Properties (Pty) Ltd, Minister of Trade and Industry. 2008. Disponível em <<http://www.saflii.org/cgi-bin/disp.pl?file=za/cases/ZACC/2008/1.html&query=Olivia%20Road>>. Acesso em 8. out. 2018.

REPUBLICA DA AFRICA DO SUL. Corte Constitucional. Port Elizabeth v Various Occupiers. Disponível em: <<https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2209>>. Acesso em 2. nov. 2018.

RESURREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. **A atuação do poder judiciário na efetivação dos direitos fundamentais sociais**. Debate Virtual. Rev. nº 142. 2012.

RIBEIRO, Edaléa Maria. **Desenvolvimento e mudança social formação da sociedade urbano-industrial no Brasil**. III Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís – MA, 28 a 30 de agosto 2007. Disponível em: <<http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoA/1211e0723ab90108ae52Edal%C3%A9a.pdf>>. Acesso em 22. nov. 2018.

RICHARD, Katherine Schulz. *Afrikaners: Afrikaners are Dutch, German, and French Europeans Who Settled in South Africa*. Disponível em: <<https://www.thoughtco.com/afrikaners-in-south-africa-1435512>>. Acesso em 20 Set. 2018.

ROUX, Theunis. *Understanding Grootboom — A Response to Cass R. Sunstein*. Forum Constiutionnel. 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/277787091_Understanding_Grootboom_-_A_Response_to_Cass_R_Sunstein>. Acesso em 22. out.2018.

SANTIAGO, Emerson. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em:<<https://www.infoescola.com/direito/pacto-internacional-sobre-direitos-economicos-sociais-e-culturais/>>. Acesso em 14 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador**. In: FACHIN, Zulmar (coord.). 20 anos de Constituição cidadã. São Paulo: Método, 2008.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em 16 set. 2018.

SHIMBO, Lúcia Zanin. **Habitação social, habitação de mercado: a confluência entre estado, empresas construtoras e capital financeiro**. Tese de doutorado. São Carlos: Escola de Engenharia da Universidade de São Carlos/USP, 2010.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. **Segunda dimensão dos direitos fundamentais**. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: <<http://www.ambito->

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7433>. Acesso em 14 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIQUEIRA, Jeferson Nelcides De Almeida Dirceu Pereira. **Direito À Moradia – Uma Visão Comparada da Suprema Corte Brasileira e Sul-Africana a Partir do Grootboom Case**. Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais. organização CONPED. P. 399. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/e7x5ou99/7d3JkMhmsYf9r92s.pdf>>. Acesso em 19 set. 2018.

SOARES, Christiane Júlia Ferreira. **Direito à Moradia e Políticas Públicas Habitacionais: uma crítica da atuação do Estado na efetivação do direito fundamental**. Disponível em: <<http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/5055/2605>>. Acesso em 18. nov. 2018.

SOMMA, Alessandro. *Giochi senza frontiere. Diritto comparato e tradizione giuridica*. Revista SciELO Analytics.. Boletín mexicano de derecho comparado vol. 37. Nº. 109. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332004000100006>. Acesso em 22. nov. 2018.

South Africa Ratifies the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. **Right to education**. Disponível em: <<http://www.right-to-education.org/news/south-africa-ratifies-international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>>. Acesso em 14 set. 2018.

South African Constitution: The Bill of Rights. Disponível em: <<http://www.sahistory.org.za/article/south-african-constitution-bill-rights>>. Acesso em 14 set. 2018.

South African History Online. Daniel Francois Malan. Disponível em: <<https://www.sahistory.org.za/people/daniel-francois-malan>>. Acesso em 20 set. 2018.

SOUZA, Fábio. **Quem deve decidir? Confiança na aptidão decisória como critério de definição dos limites do controle judicial das decisões administrativas**. Ed. Alteridade. Curitiba. 2018.

SOUZA, Flávia da Silva. **Da moradia como abrigo à moradia como mercadoria: o processo de financeirização da habitação através do “programa minha casa minha vida” no município de Nova Iguaçu – RJ**. Trabalho de Conclusão de Curso; (Graduação em Geografia) - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

SOUZA, Sérgio Iglesias de. **Direito à Moradia e de Habitação**. São Paulo: RT, 2004,

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STRAUSS, Margot. *A right to the city for South Africa’s urban poor*. Disponível em: <file:///C:/Users/Thatyane/Downloads/strauss_right_2017.pdf>. Acesso em 20. set. 2018.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. In: Public law and legal theory working paper n° 28. The Law School – The University of Chicago, 2002. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=320245> . Acesso em 18. set. 2018.

TAVARES, Ana Lucia de Lyra. **O Papel do Direito Comparado na Globalização**, in: Revista Direito, Estado e Sociedade, n° 16 – jan/jul 2000, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito.

TAVARES, Ana Lyra. **Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado**. Direito, Estado e Sociedade. n. 14, 1999.

TAVARES, Raquel. **Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?** Imprensa Nacional – Casa da moela. 2012.

TEIXEIRA, Alessandra Pereira Rezende. **Direito à moradia adequada**. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. SDH/PR Brasília. 2013. Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

TEIXEIRA, Humberto Gustavo Drummond da Silva. **O direito transindividual à moradia e o estatuto da cidade enquanto norma ambiental**. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12637>. Acesso em 10. nov. 2018.

The Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: < <https://www.gov.za/documents/constitution/constitution-republic-south-africa-1996-1>>. Acesso em 22 out. 2018.

TLADI, Dire. Interpretation and international law in South African courts: The Supreme Court of Appeal and the Al Bashir saga. Disponível em: < http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1996-20962016000200002>. Acesso em 21 nov. 2018.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3ed. New York: Foundation Press, 2000.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. United States: Princeton University Press, 2008.

VAINER, C.; OLIVEIRA, F. L. **Da Reforma Urbana ao Minha Casa, Minha Vida: Balanço e Perspectivas após 30 Anos de Lutas e Políticas Urbanas**. Texto apresentado em 2017 no XVII Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Planejamento Urbano e Regional (ENANPUR). Disponível em: <http://anpur.org.br/xviienanpur/principal/publicacoes/XVII.ENANPUR_Anais/SL_Sessoes_Livres/SL%2010.pdf>. Acesso em 16. set. 2018.

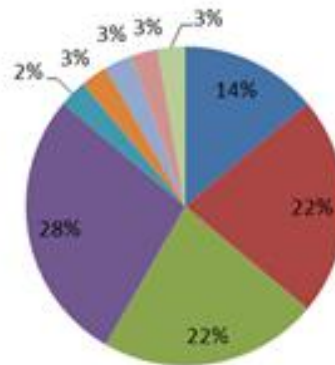
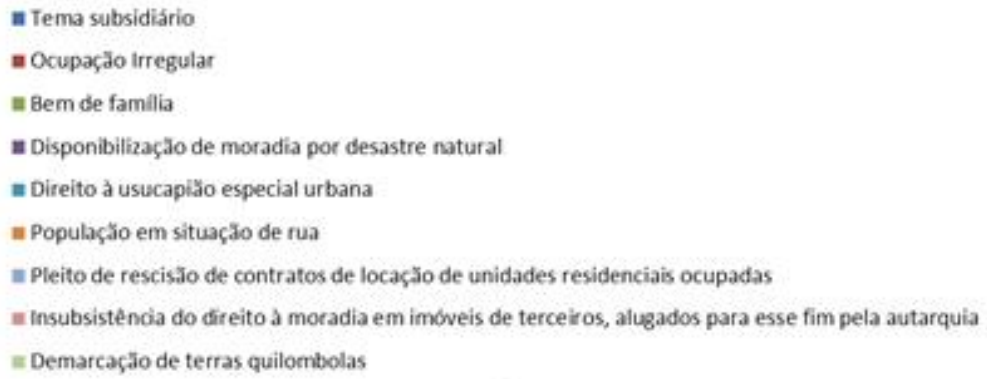
VALLADARES, Licia do Prado. **Estudos recentes sobre a habitação no Brasil**: resenha da literatura. Repensando a habitação no Brasil. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

VASCONCELOS, Raphael; TIBURCIO, Carmen e MENEZES, Wagner. **Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos**. Arraes.

VISENTINI, Paulo F. e PEREIRA, Ana P. **A nova África do Sul: política, diplomacia e sociedade (1994-2010)**. África do Sul: História, Estado e Sociedade, organizado por Paulo Gilberto Fagundes Visentini e Analúcia Danilevicz Pereira. 1ª ed. Brasília: FUNAG, 2010.

XIMENES, Sebastião Dias. **Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos**. Provedoria dos Direitos Humanos e Justiça. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>>. Acesso em 15 set. 2018.

ANEXO A – TEMAS DE ACÓRDÃOS SOBRE DIREITO À MORADIA



Anexo B - Acórdãos no STF

Termo: Direito a moradia

Nº	Processo	Data do julgamento	Data da Publicação	Ementa	Resultado	Relator	Votação	Temática dentro de direito à moradia. (Azul - realocação / Cinza - temas diversos / Laranja - bem de família / Marrom - outros temas individualizados de moradia)
1	ADI 4066 / DF	24/08/2017	07/03/2018	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT E PARÁGRAFO	Improcedente	ROSA WEBER	Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram: pela requerente Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA e Dr. Alberto David	Tema diverso: moradia era tema subsidiário ao tema central - Exploração de mineral (moradia é subsidiário)
2	ARE 1023906 AgR / RS	30/06/2017	03/08/2017	Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional e Administrativo. 2	Improcedente	GILMAR MENDES	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, Sessão Virtual de 23 a 29.6.2017. (conferir)	Disponibilização de moradia, aluguel social, lugar de risco
3	RE 909943 AgR / SE	02/06/2017	30/06/2017	AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO	Improcedente	EDSON FACHIN	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, e entendeu ser inaplicável o art. 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, Sessão Virtual de 26.5 a 18.6.2017	Obrigação de realizar de serviços de contenção das encostas e de relocar, em condições aceitáveis, as famílias que se encontram em localização de risco eminente
4	ARE 999069 AgR / SC	07/04/2017	24/04/2017	AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO	Improcedente	RICARDO LEWANDOWSKI	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, Sessão Virtual de 31.3 a 6.4.2017.	Demolição de edificação construída em faixa de domínio não edificável
5	RE 580252 / MS	16/02/2017	11/09/2017	Recurso extraordinário representativo da controvérsia.	Procedente	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Relator(a) p/ Acórdão: Min	Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Após o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário para restabelecer o juízo condenatório nos termos do limite da lei, negou provimento ao agravo de	Tema diverso: moradia era tema subsidiário ao tema central - Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária
6	ARE 948601 AgR / SE	10/02/2017	24/02/2017	RECURSO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO.	Improcedente	LUIZ FUX	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo e aplicou a multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, nos termos do voto do Relator, com ressalva do Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, Sessão Virtual de 3 a 9.2.2017.	fornecimento de auxílio moradia às famílias desalojadas de área de risco
7	ARE 914243 AgR / RJ	28/10/2016	17/11/2016	ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO	Improcedente	ROBERTO BARROSO	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973, nos termos do voto do Relator. 1ª Turma, Sessão Virtual de 21 a 27.10.2016.	Tema diverso: menção de um processo em que houve a mesma controvérsia de prequestionamento (o caso citado era de direito à moradia)
8	ARE 850121 AgR / RJ	05/04/2016	04/05/2016	AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO	Improcedente	LUIZ FUX	A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 5.4.2016.	Disponibilização de moradia definitiva em razão da destruição das casas pela enchente ocorrida na Região Serrana
9	ARE 947051 AgR / SP	15/03/2016	15/04/2016	AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO DIREITO CIVIL	Improcedente	EDSON FACHIN	A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso. 1ª Turma, 15.3.2016.	Penhora do bem de família
10	ARE 940966 AgR / RJ	08/03/2016	05/04/2016	Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Concessão de moradia definitiva	Improcedente	GILMAR MENDES	A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma, 8.3.2016.	Aluguel social e disponibilização de moradia por desastre natural

11	ARE 914634 AgR / RJ	15/12/2015	29/02/2016	Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional.	Improcedente	DIAS TOFFOLI	A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 15.12.2015.	Aluguel social e disponibilização de moradia por desastre natural
12	ARE 889971 AgR / RJ	30/06/2015	13/08/2015	DIREITO ADMINISTRATIVO. ALUGUEL SOCIAL. CHUVAS NA	Improcedente	ROSA WEBER	A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 30.6.2015.	Aluguel social e disponibilização de moradia por desastre natural
13	ARE 869694 AgR / RJ	26/05/2015	19/06/2015	DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL EM	Improcedente	ROBERTO BARROSO	A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. 1ª Turma, 26.5.2015.	Benefício denominado "auxílio novo lar", em decorrência da perda de todos os bens móveis que possuía, por conta das fortes chuvas que caíram no município de nova friburgo
14	ARE 855762 AgR / RJ	19/05/2015	01/06/2015	Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional.	Improcedente	GILMAR MENDES	A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. 2ª Turma, 19.05.2015.	Aluguel social e disponibilização de moradia por desastre natural
15	RE 422349 / RS	29/04/2015	05/08/2015	Recurso extraordinário. Repercussão geral. Usucapião especial	Fixação de tese	DIAS TOFFOLI	Preenchidos os requisitos do art. 183 da Constituição Federal, o reconhecimento do direito à usucapião especial urbana não pode ser afetado por legislação infraconstitucional que	Direito à usucapião especial urbana
16	ARE 812768 AgR / RJ	18/11/2014	02/12/2014	DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MORADIA. ANÁLISE DE PRECATORIAL	Improcedente	ROSA WEBER	do voto da relatora. Unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Dias Toffoli. Primeira Turma, 18.11.2014.	Aluguel social em razão de interdição de imóvel
17	ARE 837030 AgR / DF	11/11/2014	24/11/2014	PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO	Improcedente	TEORI ZAVASCKI	A Turma, por votação unânime, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 11.11.2014.	Ocupação Irregular
18	AI 834937 AgR / MG	29/04/2014	13/05/2014	Agravo regimental no agravo de instrumento. 2. Direito à moradia e ao meio	Improcedente	GILMAR MENDES	A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. 2ª Turma,	Responsabilidade da municipalidade para a remoção e reassentamento das famílias que se encontravam no local de risco
19	AC 2597 MC-QO / DF	27/03/2012	28/06/2012	QUESTÃO DE ORDEM. MEDIDA CAUTELAR. LIMINAR QUE	Procedente	AYRES BRITTO	Questão de ordem que se resolve pelo referendo da decisão concessiva da liminar, ficando prejudicado o agravo regimental. Decisão unânime. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 27.03.2012.	Penhora do bem de família
20	AI 708667 AgR / SP	28/02/2012	10/04/2012	Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação	Improcedente	DIAS TOFFOLI	A Turma negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 28.2.2012.	Habitação Irregular - famílias que se encontravam no local de risco
21	ARE 639337 AgR / SP	23/08/2011	15/09/2011	DECLARATÓRIA DE ATENÇÃO. CINCO ANOS DE ATENDIMENTO EM	Improcedente	CELSO DE MELLO	A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Presidiu, este julgamento, o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, o Senhor Ministro Ayres Britto e, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 23.08.2011.	Tema diverso: moradia era tema subsidiário ao tema central - obrigação do município de matricular criança em creche
22	AI 808366 AgR / MG	09/11/2010	26/11/2010	AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL	Improcedente	CÁRMEN LÚCIA	A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento, nos termos do voto da Relatora. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 09.11.2010.	Penhora de bens de pessoa jurídica de direito privado
23	RE 608558 AgR / RJ	01/06/2010	06/08/2010	AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO	Improcedente	RICARDO LEWANDOWSKI	A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Ausente, justificadamente, o Ministro Marco Aurélio. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 19.06.2010.	Penhora do bem de família

24	RE 415626 AgR / SP	05/09/2006	29/09/2006	CONSTITUCIONAL. DIREITO À MORADIA. PENHORABILIDADE DO BEM DE AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO	Improcedente	RICARDO LEWANDOWSKI	A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participaram, justificadamente, deste julgamento os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. 1ª Turma, 05.09.2006.	Penhora do bem de família
25	RE 464586 AgR / SP	06/06/2006	24/11/2006	AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO	Improcedente	CARLOS BRITTO	A Turma negou provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator. Unânime. Não participou, justificadamente, deste julgamento o Ministro Marco Aurélio. 1ª Turma, 06.06.2006.	Penhora do bem de família
26	RE 439362 AgR / SP	28/03/2006	05/05/2006	EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA.	Improcedente	ELLEN GRACIE	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes. Presidiu, este julgamento, a	Penhora do bem de família
27	RE 407688 / AC	08/02/2006	06/10/2006	Ação de despejo. Sentença de procedência.	Improcedente	CEZAR PELUSO	A Turma, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. O Ministro Marco Aurélio fez cessar sua participação.	Penhora do bem de família
28	MS 21851 / DF	19/02/2004	18/06/2004	Mandado de segurança impetrado contra atos do Tribunal de Contas da União.	Improcedente	GILMAR MENDES		Pleito de rescisão de contratos de locação de unidades residenciais ocupadas
29	MS 21852 / DF	18/09/1996	29/06/2001	Servidores do Banco Central. Caráter estatutário do seu vínculo funcional, inaplicabilidade da Lei nº 8.090/1990.	Improcedente	OCTAVIO GALLOTTI	Adunado o julgamento pelo pedido de vista do ministro Marco Aurélio, depois do voto do Relator, indeferindo o mandado de segurança. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence, Presidente, e Francisco Rezek. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Euzébio de Nóbrega. Plenário.	Insustentação do direito a moradia em imóveis de terceiros, alugados para esse fim pela autarquia, ante a legislação federal proibitiva, prestigiada na decisão do órgão apontado como coator (tribunal de contas da união), mandado de segurança indeferido.
30	RE 612360 RG / SP (Repercussão Geral)	13/08/2010	03/09/2010	CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.	Fixação de tese	ELLEN GRACIE	Conheceu e negou provimento ao contrato de locação, em virtude da compatibilidade da exceção prevista no art. 2º, VII, da Lei 8.000/1990 como direito à moradia.	Penhora do bem de família
31	RE 1127358 AgR / PE PERNAMBUCO	31/08/2018	17/09/2018	EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CIVIL. AÇÃO COM RECURSO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO	Improcedente	ROSA WEBER	A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.	Desocupação / Demolitória
32	ARE 908144 AgR / DF	17/08/2018	27/08/2018	EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CIVIL. AÇÃO COM RECURSO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO	Improcedente	EDSON FACHIN	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator	Desocupação / Demolitória
33	RE 634643 AgR (Ação Civil Pública)	26/06/2012	13/08/2012	EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA	Improcedente	JOAQUIM BARBOSA	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 26.06.2012.	ABRIGOS NO RJ
DECISÕES MONOCRÁTICAS (379)								
Termo: Morador de Rua - Acórdãos no STF								
Nº	Processo	Data do julgamento	Data da Publicação	Ementa	Resultado	Relator	Votação	Temática dentro de direito à moradia (Amarelo - Importante)

1	HC 97177 / DF	08/09/2009	09/10/2009	AÇÃO PENAL. Prisão preventiva. Decreto fundado na gravidade do delito e na falta de recursos.	Procedente	CEZAR PELUSO	A Turma, à unanimidade, deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 08.09.2009.	Tema diverso: Morador de Rua acusado de crime.
2	RE 634643 AgR (Ação Civil Pública)	26/06/2012	13/08/2012	RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA	Improcedente	JOAQUIM BARBOSA	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. 2ª Turma, 26.06.2012.	ABRIGOS NO RJ
Existem 39 decisões monocráticas sobre moradores de rua.								
Termo: Direito Fundamental à Moradia - Acórdãos no STF								
Nº	Processo	Data do julgamento	Data da Publicação	Ementa	Resultado	Relator	Votação	Temática dentro de direito à moradia (Amarelo - Importante)
1	ARE 908144 AgR	17/08/2018	27/08/2018	AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO	Improcedente	EDSON FACHIN	A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma,	Desocupação / Demolitória
Existem 48 decisões monocráticas.								
Termo: Direito Social à Moradia - Acórdãos no STF								
Nº	Processo	Data do julgamento	Data da Publicação	Ementa	Resultado	Relator	Votação	Temática dentro de direito à moradia (Amarelo - Importante)
1	RE 580252 / MS	16/02/2017	11/09/2017	Recurso extraordinário representativo da	Procedente	Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI	Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária. Após o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso	Tema diverso: moradia era tema subsidiário ao tema central - Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária
Existem 51 decisões monocráticas.								
Termo: Direito à Habitação - Acórdãos no STF								
1	ADI 4066 / DF	24/08/2017	07/03/2018	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, CAPUT.	Improcedente	ROSA WEBER	Decisão: Após o relatório e as sustentações orais, o julgamento foi suspenso. Impedidos os Ministros Roberto Barroso e Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Falaram pelo requerente Associação Nacional dos Magistrados	Tema diverso: moradia era tema subsidiário ao tema central - Exploração de mineral (moradia é subsidiário)
Existem 5 decisões monocráticas.								

ANEXO C – CASOS QUE CHEGAM ÀS CORTES

A quantidade de casos que chegaram à Corte Constitucional Sul Africana a respeito do Direito à Moradia, segundo a pesquisa *Assessment of the Impact of Decisions of the Constitutional Court and Supreme Court of Appeal on the Transformation of Society Final Report (Constitutional Justice Report)*¹, preparada pelo Departamento de justiça e desenvolvimento constitucional é substancial comparada aos outros casos de direitos fundamentais. Essa pesquisa foi feita por meio de uma investigação empírica sobre a jurisprudência da Corte com base na análise dos casos sobre direitos fundamentais na plataforma online da Corte em um projeto estatístico para a Revista Sul-Africana de Direitos Humanos.

Right	Section	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	Total
Access to court	34	1	5	2	2	1	1	-	-	12
Access to information	32	-	-	-	1	-	-	1	-	2
Children	28	-	2	-	2	-	1	2	2	9
Dignity	10	3	2	2	-	1	3	1	3	15
Education	29	-	-	-	1	-	1	-	3	5
Environment	24	-	2	-	-	-	-	-	-	2
Equality	9	3	2	4	1	2	1	-	3	16
Fair trial	35	3	2	3	1	-	2	1	2	14
Freedom of assembly	17	-	-	-	-	-	-	1	1	2
Freedom association	18	-	-	-	-	-	-	-	1	1
Freedom of expression	16	1	2	1	1	-	2	1	2	10
Freedom of tradeoccup	22	1	-	-	-	-	-	-	-	1
Freedom and security	12	3	2	1	-	3	1	1	2	13
Health care	27	-	-	-	-	1	-	1	-	2
Housing	26	-	-	1	4	-	5	3	1	14
Just administrative	33	2	4	2	3	2	-	1	1	14
Labour relations	23	-	3	1	-	-	1	1	-	6
Life	11	1	-	-	-	-	-	1	-	2
Political	19	1	-	-	3	-	-	1	-	5
Privacy	14	1	1	-	-	-	-	-	3	5
Property	25	3	3	1	1	2	1	2	2	15
Remedy	38	-	-	-	-	1	-	-	-	1
Water	27	-	-	-	1	-	-	-	-	1
Total		23	30	18	21	13	19	18	26	

Table 3: rights-based cases heard by CC for the period 2006-2013

¹ Departamento de justiça e desenvolvimento constitucional. Disponível em: <<http://www.justice.gov.za/reportfiles/2017-CJPreport-Nov2015.pdf>>. Acesso em 16 out. 2018.

Considerando que o presente dado foi obtido a partir de uma pesquisa prévia e é referente ao período de 2006-2013. Esta amostra foi considerada para consultar na plataforma online da Corte Constitucional Sul Africana quantos casos chegaram lá no mesmo período, a fim de estabelecer um percentual de quantos casos chegam acerca da temática à Corte.

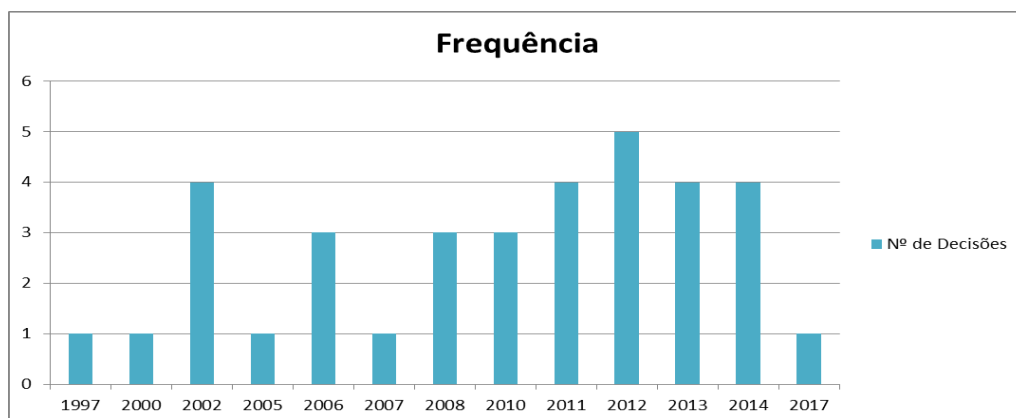
Ano de publicação	Quantidade
2006	25
2007	29
2008	22
2009	30
2010	39
2011	37
2012	35
2013	49
Total do período	266
Sobre Direito à Moradia	14 (5,26 %)

Em uma pesquisa similar no Brasil, foi feito também este levantamento no que tange a quantidade de decisões que demandam o STF na temática do Direito à Moradia, por meio da plataforma online de pesquisa. Primeiramente no que tange aos acórdãos que são proferidos pela Corte e é possível notar que o número de casos sobre o tema é bem ínfimo.

ANO DE PUBLICAÇÃO DE ACÓRDÃOS	QUANTIDADE
2010	11.341
2011	13.096
2012	12.090
2013	14.103
2014	17.073
2015	17.716
2016	14.533
2017	12.895
2018	11.986
TOTAL NOS ÚLTIMOS 8 ANOS	124.833
ACÓRDÃOS SOBRE DIREITO À MORADIA DESDE 2010	29
PORCENTAGEM	0,02%

No que tange a quantidade de decisões monocráticas e acórdãos a respeito do tema, sem a filtragem sobre “Direito à Moradia” ter sido utilizado como citação subsidiária, o sistema de pesquisa de jurisprudência na plataforma online do STF retornou a dados já ínfimos, demonstrando mais uma vez que a quantidade de casos que demandam a atuação da Corte é bem menor em comparação a Corte Sul Africana, haja vista que com a filtragem esse percentual tende a ser ainda menor.

ANO	QUANTIDADE
TOTAL ACERVO STF DESDE 2010	976.648
TOTAL DE DECISÕES DESDE 2010	576
PORCENTAGEM	0,58 %
DECISÕES ANTERIORES	Não há o número de decisões disponíveis no repositório do STF na plataforma virtual. Aguardando a informação já solicitada a eles.



ANEXO D – CONFIANÇA NA CAPACIDADE DECISÓRIA

A Confiança da população na capacidade decisória do judiciário para decidir a atuação da administração pública para melhorar a vida das pessoas e comunidades pobres na África do Sul foi aferida pela pesquisa *Constitutional Justice Project Assessment of the Impact of Decisions of the Constitutional Court and Supreme Court of Appeal on the Transformation of Society* desenvolvida pela Nelson R Mandela School of Law of the University of Fort Hare¹.

Dessa maneira, a pesquisa tinha como principal objetivo determinar se a implementação e o impacto das decisões do Supremo Tribunal de Recurso e da Corte Constitucional sobre os direitos socioeconômicos transformaram as vidas dos sul-africanos desde o advento da democracia em 1994. A avaliação foi feita a fim de entender quais as percepções dos Sul-africanos no que diz respeito à implementação de ordens judiciais pelo governo.

Nesse sentido, por meio de duas perguntas feitas em entrevistas com a população essas percepções eram coletadas. Os questionamentos eram: 1. Até que ponto você concorda ou discorda que os departamentos governamentais, incluindo municípios, implementam com sucesso decisões judiciais que melhoram a vida das pessoas? 2. O quanto você concorda ou discorda com o fato dos departamentos governamentais e municípios terem a capacidade de implementar com sucesso decisões judiciais para melhorar a vida das pessoas e comunidades pobres?

Como pode ser observado no gráfico, menos de dois quintos dos adultos sul africanos concorda que o governo implementou ordens judiciais com sucesso. Além disso, menos de dois quintos, 36%, concordou que o governo tinha a capacidade de implementar com sucesso decisões judiciais que iriam melhorar a vida das pessoas pobres. Aproximadamente 1 em cada 10 sul africanos adultos respondeu “não sei” a essas perguntas, enquanto uma média de 31% respondeu “nem concordo, nem discordo”.

¹ Disponível em: < <http://www.justice.gov.za/reportfiles/2017-CJPreport-Nov2015.pdf>>. Acesso em 16. Out. 2018,

Ainda, para entender quais grupos são mais críticos quanto à capacidade da atuação dos tribunais, nas entrevistas foi aferido também quais dos sul-africanos que estão satisfeitos tem experiência nos tribunais.

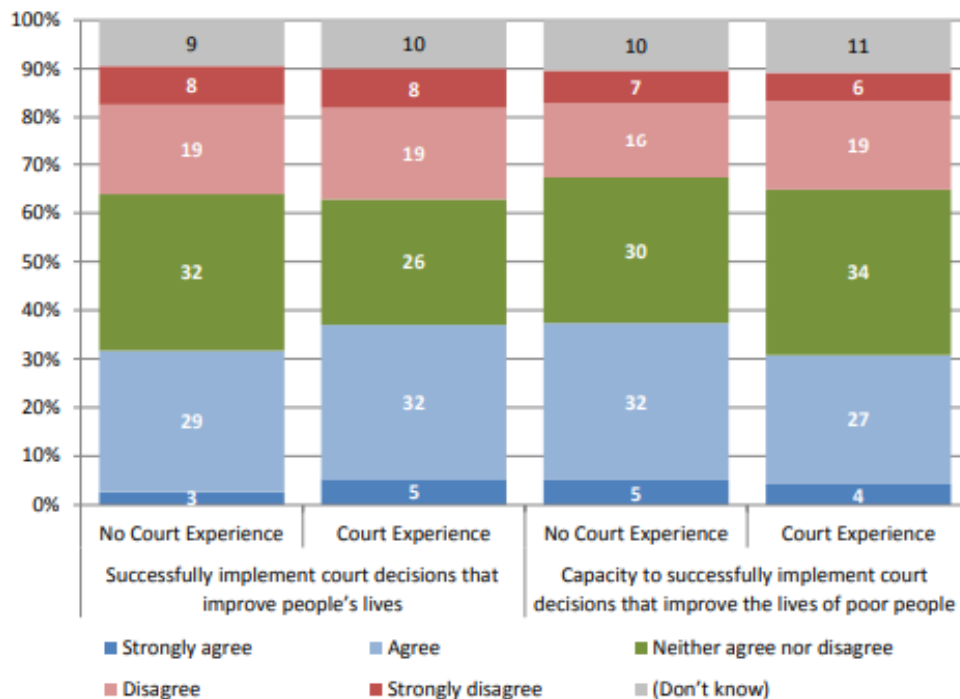


Figure 1: Successful implementation of Court Orders and capacity to implement successfully (SASAS 2014, Survey Data Analysis: Constitutional Justice Project. HSRC. Unpublished Report)

Já no Brasil, o Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil), produzido pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (Direito SP), aponta que o Poder Judiciário desfruta de apenas 29% da confiança da população, estando muito atrás das Forças Armadas, que lidera este ranking com 59% da confiança, da Igreja Católica com 57%, imprensa escrita 37%, Ministério Público 36%, grandes empresas 34% e emissoras de TV 33%. Atrás do Judiciário segue a polícia, com 25% da confiança da população, os sindicatos, com 24%, redes sociais (twitter e facebook), com 23%, Presidência da República, com 11%, Congresso Nacional, com 10%, e Partidos Políticos, com 7%.²

Para essa pesquisa, a metodologia utilizada foi a confecção de perguntas que formam o questionário do ICJBrasil com quatro ou cinco respostas. Cada resposta é identificada atribuindo-se a ela um indexador n, que também correspondere a um valor atribuído àquela resposta. Assim sendo, à primeira resposta, ou seja, à resposta 0 atribui-se o valor 0. À última

² Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/noticias/indice-confianca-judiciario-aponta- apenas-29-populacao-confia-justica>>. Acesso em 18 out. 2018.

resposta atribui-se o valor máximo, que pode ser 3 ou 4, dependendo se a questão tem quatro ou cinco respostas. Essa metodologia de atribuição de valores cardinais tem a vantagem de ser simples e direta para aferir a resposta numérica das pessoas. Tem a desvantagem de, implicitamente, assumir que a diferença entre as respostas é igual, o que pode não ser verdade, já que se trata de respostas ordinais.

Em seguida, os valores são ponderados de acordo com a proporção de pessoas que escolheram aquela resposta. A proporção de pessoas que escolheu a resposta n da questão q é indexada pela variável. Os dados apresentados nesse relatório correspondem às coletas realizadas entre maio e junho de 2016. Esse período corresponde ao oitavo ano de realização do ICJBrasil. Nesse período, foram entrevistadas 1.650 pessoas distribuídas pelo Distrito Federal e por sete Estados: Amazonas (150), Bahia (200), Minas Gerais (300), Pernambuco (150), Rio de Janeiro (200), Rio Grande do Sul (150), São Paulo (350) e Distrito Federal (150). O ICJBrasil, para 2016, é de 4,9 pontos. O subíndice de comportamento é de 8,6 pontos e o subíndice de percepção é de 3,4 pontos.

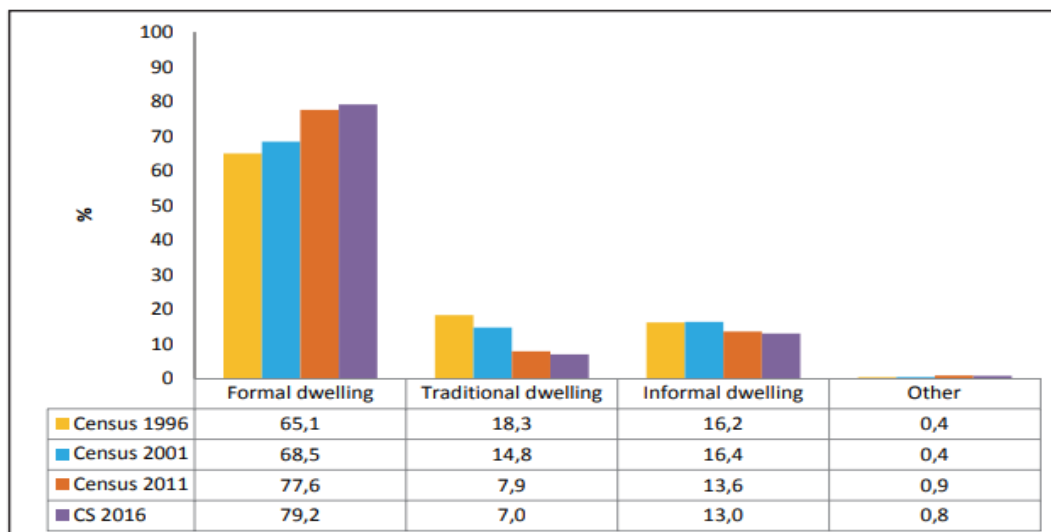
ANEXO E – DÉFICIT HABITACIONAL

Os presentes gráficos fazem parte da pesquisa *Community Survey 2016, Statistical release P0301 / Statistics South Africa. Pretoria: Statistics South Africa*¹. A metodologia utilizada foi realizada por meio de dados coletados eletronicamente usando um programa chamado *Computer Assisted Personal*. Por meio dele, pessoas eram entrevistadas respondendo a perguntas que aferiam, por exemplo, a principal afiliação religiosa, a qualidade e satisfação com serviços básicos, percepções de segurança e crime vivenciadas em domicílios, medidas de segurança alimentar e outras.

Province	Census 1996		Census 2001		Census 2011		CS 2016	
	Households	(%)	Households	(%)	Households	(%)	Households	(%)
Western Cape	983 015	10,9	1 173 304	10,5	1 634 000	11,3	1 933 876	11,4
Eastern Cape	1 303 287	14,4	1 481 640	13,2	1 687 385	11,7	1 773 395	10,5
Northern Cape	218 339	2,4	245 086	2,2	301 405	2,1	353 709	2,1
Free State	625 011	6,9	733 302	6,5	823 316	5,7	946 639	5,8
KwaZulu-Natal	1 689 995	18,7	2 117 274	18,9	2 539 429	17,8	2 875 843	17,0
North West	591 240	6,5	760 588	6,8	1 062 015	7,3	1 248 766	7,4
Gauteng	2 069 512	22,8	2 791 270	24,9	3 909 022	27,1	4 951 137	29,3
Mpumalanga	669 801	7,4	785 424	7,0	1 075 488	7,4	1 238 861	7,3
Limpopo	909 371	10,0	1 117 818	10,0	1 418 102	9,8	1 601 083	9,5
South Africa	9 059 571	100,0	11 205 705	100,0	14 450 161	100,0	16 923 309	100,0

Source: Statistics South Africa, Census 1996; Census 2001; Census 2011; CS 2016

Note: Number of households for censuses based on population in conventional housing units.



Source: Statistics South Africa, Census 1996; Census 2001; Census 2011; CS 2016

Note: Formal dwelling includes: Formal dwelling/house or brick/concrete block structure on a separate stand or yard or on a farm, Flat or apartment in a block of flats, Cluster house in complex, Townhouse (semi-detached house in a complex), Semi-detached house, Formal dwelling/house/flat/room in backyard, Room/flatlet on a property or larger dwelling/servants quarters/granny flat/cottage)

Informal dwelling includes: Informal dwelling/shack in backyard, Informal dwelling/shack not in backyard (e.g. in an informal/squatter settlement or on a farm)

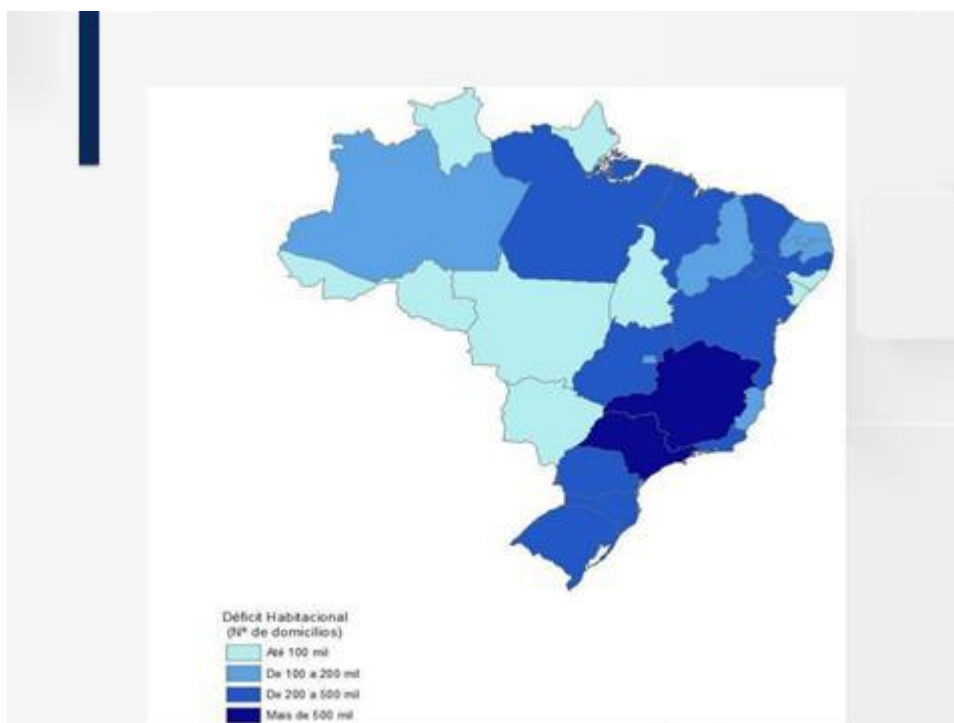
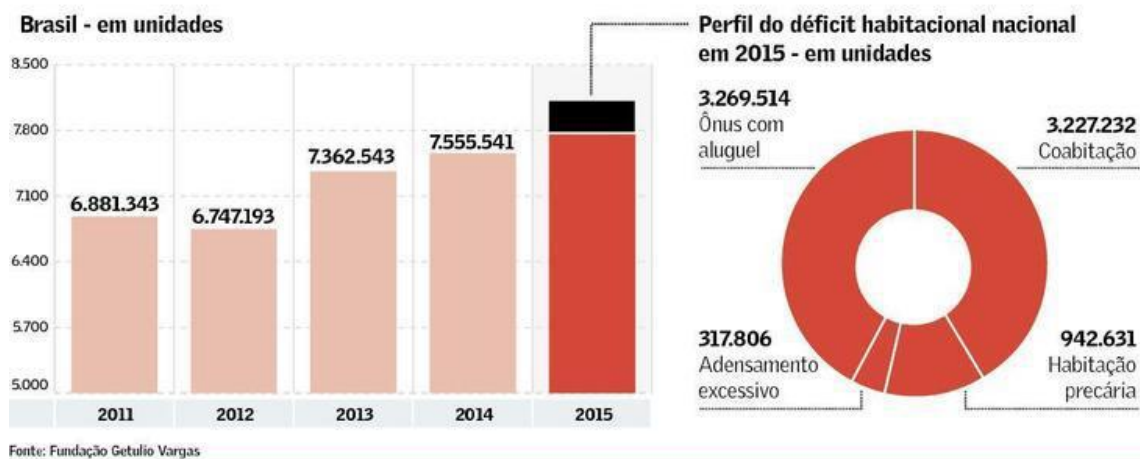
Other dwelling includes Caravan/tent and other

¹ *Community Survey 2016, Statistical release P0301 / Statistics South Africa. Pretoria: Statistics South Africa, 2016. P. 55 e 59. Disponível em: < http://cs2016.statssa.gov.za/wp-content/uploads/2016/07/NT-30-06-2016-RELEASE-for-CS-2016-_Statistical-releas_1-July-2016.pdf>. Acesso em 08. out. 2018.*

Além disso, no Brasil, o gráfico abaixo faz parte de um estudo estatístico da Fundação Getúlio Vargas ², na qual a amostra é coletada por meio de entrevistas pessoais assistidas por computadores, em caráter contínuo, acompanhando o mercado de trabalho como inferência a respeito de mudanças no comportamento dos indicadores.

O tamanho do problema

Déficit habitacional mostra tendência de crescimento nos últimos anos



² Fundação Getúlio Vargas. Disponível em: < <https://www.valor.com.br/brasil/5498629/deficit-de-moradias-no-pais-ja-chega-77-milhoes>>. Acesso em 17 out. 2018.

ANEXO F – PROCESSO CONSTITUCIONAL NA SUPREMA CORTE BRASILEIRA E NA SUL AFRICANA

Neste ponto o objetivo não é exaurir o tópico, apenas conferir um panorama geral acerca dos sistemas processuais de ambas as Cortes que terão suas decisões estudadas no terceiro capítulo do estudo acadêmico. Isso a fim de tornar o entendimento dos julgados o mais claro possível.

Primeiramente, é relevante mencionar que em processos constitucionais que demandam a atuação dos órgãos do judiciário na prestação de políticas públicas se aborda a questão das medidas estruturantes, haja vista que estas possuem como um dos objetivos mediatos a tutela de direitos fundamentais, por meio da realização de políticas públicas e imediatas prestações gradativas e difusas para realizar alterações em práticas de determinado ente, organização ou instituição¹.

1. Processo Constitucional Brasileiro

Durante muito tempo, no Brasil, não se fez um processo político, no sentido da manifestação da cidadania e da soberania popular, mas um processo institucional e burocrático, localizado no âmbito da máquina do Estado, apartado da sociedade civil, desvinculado das demandas de ordem social, frágil enquanto instância de opinião e de politização da legitimidade.

O Processo Constitucional, no Brasil, de início, se fez processo institucional de corte burocrático, servindo de meio e não fins da ordem social ou coletiva.² Prática burocrática, portanto, permeada de trocas de favores e de vassalagens, ao abrigo do modelo cartorial de Estado, que nos serviu de aparato e de instância mantenedora da ordem liberal, de cariz positivista e autoritário.

¹ MARÇAL, Felipe Barreto. **Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro**. Dissertação de mestrado.

² FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. **Entre garotos, intocáveis e bugres: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais**. Tese de Doutorado. PUC. Rio de Janeiro. Set. 2010. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_1.PDF > e < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_5.PDF >. Acesso em 25 out. 2018.

O sistema de justiça brasileiro passou, com a edição da Constituição de 1988, por diversas modificações de interesse a defesa de direitos fundamentais e grupos credores de direitos fundamentais.³ O Ministério Público teve seu escopo de atuação ampliado e a Defensoria Pública se tornou uma instituição estatal obrigatória.⁴

No topo da estrutura judicial permaneceu o Supremo Tribunal Federal, responsável pela defesa da Constituição e dos direitos fundamentais nela consagrados e de determinadas outras competências originárias e recursais. O primeiro Tribunal Superior brasileiro foi fundado em 1829 sob o nome de Supremo Tribunal de Justiça e se transformou em Supremo Tribunal Federal com o advento da República, sua sede se estabelece na capital federal. As indicações são realizadas pelo Presidente da República, sob posterior sabatina do Senado Federal, entre brasileiros/as natos/as de ilibada reputação e notável saber jurídico com idade entre 35 e 65 anos.

O Tribunal Federal de Recursos foi extinto e criado o Superior Tribunal de Justiça ao qual compete o julgamento de recursos provenientes da justiça federal ou estadual por a decisão estar em confronto com legislação federal, bem como, outras competências determinadas constitucionalmente.

O sistema de assessoria jurídica gratuita brasileira, embora ainda possua limitações contra as quais a instituição diuturnamente luta, é mais estruturado que o da África do Sul e com discussões mais profundas sobre a abrangência e o significado de seu papel.⁵ Quando Cappelletti e Garth⁶ conceituam os três modos de assistência judiciária gratuita, apresentam: a) o chamado sistema *judicare* com a nomeação de advogados privados para o patrocínio de causas das pessoas em situação de pobreza (como se viu ocorre na Índia); b) a alternativa de se criar um corpo de advogados oficiais para se atender a este público (o Brasil possui uma instituição aberta amplamente aos vulneráveis); c) e a opção mista que se utiliza de ambas as

³ FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. **Entre garotos, intocáveis e bugres**: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais. Tese de Doutorado. PUC. Rio de Janeiro. Set. 2010. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_1.PDF> e < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_5.PDF>. Acesso em 25 out. 2018.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1988. p. 168.

alternativas (A África do Sul atende apenas um número diminuto de casos cíveis pelo legal *aid board* e possui dentro de sua estrutura a possibilidade de contratar advogados privados).⁷

Além disso, o Brasil adota os sistemas de Controle Difuso de Constitucionalidade e o Controle Concentrado. Além disso, o Supremo Tribunal Federal não é uma Corte exclusivamente constitucional, de feição moderadora ou coordenadora, mas de um Tribunal que é também órgão de postulação inicial ou recursal, na apreciação de algumas matérias que lhe são afetas ou no julgamento de autoridades apontadas no texto da Constituição.⁸ O mais alto e o mais importante recurso conhecido e processado no âmbito do Supremo Tribunal Federal é o Recurso Extraordinário, sobre matéria essencialmente constitucional, já decidida de forma incidental por tribunais e/ou juízes singulares, em qualquer parte do território nacional.

Cabendo mencionar que no âmbito do STF existe a súmula 279 que afirma que para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário, bem como que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional.

2.2. Processo Constitucional Sul-Africano

A Constituição sul africana foi debatida por Assembleia Constituinte entre maio de 1994 e outubro de 1996, interregno durante o qual foram realizadas diversas reuniões entre os líderes dos partidos eleitos e a população nas mais diversas partes do país. O processo constituinte representou o ponto culminante após quase um século de luta pela democracia na África do Sul. O Congresso Nacional Africano (African National Congress – ANC) passou de

⁷ FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. **Entre garotos, intocáveis e bugres**: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais. Tese de Doutorado. PUC. Rio de Janeiro. Set. 2010. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_1.PDF> e < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_5.PDF>. Acesso em 25 out. 2018.

⁸ FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. **Entre garotos, intocáveis e bugres**: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais. Tese de Doutorado. PUC. Rio de Janeiro. Set. 2010. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_1.PDF> e < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_5.PDF>. Acesso em 25 out. 2018.

um movimento de resistência anti—Apartheid perseguido violentamente pelo governo a partido com maior número de representantes na Assembléia Constituinte.⁹

A Carta de Direitos da Constituição sul-africana instaurou a Corte Constitucional responsável unicamente pela defesa da Constituição e dos direitos nela expressos, bem como, a criação das *Chapter 9 Institutions*.¹⁰ Embora existam críticas de como essas instituições do burocratizaram o sistema sem trazer necessariamente uma resposta efetiva aos direitos. Essas instituições fazem parte do Corpo Executivo e são: Protetor Público (ombudsman); Comissão de Direitos Humanos; Comissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Culturais, Religiosos e Linguísticos das Comunidades; Comissão para a Igualdade de Gênero; Auditor Geral; e, Comissão Eleitoral.

O sistema judicial da África do Sul se organiza através de duas cortes superiores: a Corte Constitucional e a Suprema Corte de Apelação. Seguidas das Altas Cortes (2º instância) e das Cortes de Magistrados (1º instância). Nesta estrutura, há cortes especializadas em matéria trabalhista, pequenas causas e uma direcionada a defender a igualdade (*equality courts*).

A Corte Constitucional não está localizada na capital judiciária do país, mas em um local símbolo da memória dos “erros do passado”, a *Old Fort Prison* em Johannesburgo. Os/as juízes/as da Corte Constitucional são indicados pelo Presidente. Não há requisitos subjetivos definidos (idade, e.g.), mas sim, um procedimento através do qual a composição é formada. A Comissão de Serviço Judicial faz uma lista com três vezes o número de vagas e faz entrevistas públicas com os candidatos. Então, o Presidente após consultar o Chefe de Justiça, cargo este de sua indicação, e os líderes dos partidos na Assembléia Nacional, escolhe, assim, os novos componentes do Tribunal.

A Corte é composta por onze magistrados/as que permanecem no cargo por um período de até 12 anos ou até completar 70 anos, o que primeiro ocorrer. Sua jurisdição é: a) originária quando são debatidos assuntos constitucionais através de controle de

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. **Entre garotos, intocáveis e bugres**: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais. Tese de Doutorado. PUC. Rio de Janeiro. Set. 2010. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_1.PDF> e < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_5.PDF>. Acesso em 25 out. 2018.

constitucionalidade de atos e normas, bem como, nos casos de litigância de impacto; b) recursal, quando dentro de um processo em curso é suscitada a interpretação de um dispositivo constitucional.

Quanto às funções essenciais a justiça, na terminologia constitucional brasileira, a África do Sul apenas estrutura através da Constituição o Ministério Público. Além disso, as ações coletivas, os casos de impacto que debatem os direitos fundamentais e a defesa da constituição são trabalhados por Organizações Não Governamentais no uso da legitimação extraordinária reconhecida pelo dispositivo relativo ao enforcement of rights (art. 38). Nele se elencam os legitimados a propor ações judiciais, quando algum direito fundamental tenha sido violado ou esteja ameaçado, quais sejam: a) qualquer pessoa agindo em interesse próprio; b) qualquer pessoa agindo em nome de alguém que não pode agir em nome próprio;³⁸⁴ c), qualquer pessoa agindo como membro de, ou no interesse de, uma classe ou grupo;³⁸⁵ d) qualquer pessoa agindo em nome do interesse público; e) associações agindo no interesse de seus membros.¹¹

Por fim, cumpre expor que as decisões altamente progressistas emanadas da Corte Constitucional a dotou de grande prestígio nacional e internacionalmente. No entanto, a falta de efetividade das decisões em relação a direitos sociais tem colocado a credibilidade da instituição em cheque nos últimos anos. As organizações não governamentais da África do Sul têm sido muito atuantes ao lidar com a justiça desde a luta anti-Apartheid.¹² Algumas delas como o Legal Resources Centre, o Lawyers for Human Rights e o Black Sash gozam de uma extraordinária reputação; é através delas que muitos dos casos graves de violações de direitos humanos chegam as Cortes.

¹¹ FERREIRA, Ivanilda Maria Figueiredo de Lyra. **Entre garotos, intocáveis e bugres**: o sistema de justiça na consolidação do paradigma de direitos fundamentais. Tese de Doutorado. PUC. Rio de Janeiro. Set. 2010. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_1.PDF> e < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16647/16647_5.PDF>. Acesso em 25 out. 2018.

¹² *Ibidem*.

ANEXO G – CASO GROTBOOM

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA

Case CCT 11/00

THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC
OF SOUTH AFRICA

First Appellant

THE PREMIER OF THE PROVINCE OF THE
WESTERN CAPE

Second Appellant

CAPE METROPOLITAN COUNCIL

Third Appellant

OOSTENBERG MUNICIPALITY

Fourth Appellant

versus

IRENE GROOTBOOM

AND OTHERS

Respondents

Heard on : 11 May 2000

Decided on : 4 October 2000

JUDGMENT

YACOOB J:

A. *Introduction*

[1] The people of South Africa are committed to the attainment of social justice and the improvement of the quality of life for everyone. The Preamble to our Constitution records this commitment. The Constitution declares the founding values of our society to be “[h]uman

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA

Case CCT 11/00

THE GOVERNMENT OF THE REPUBLIC
OF SOUTH AFRICA

First Appellant

THE PREMIER OF THE PROVINCE OF THE
WESTERN CAPE

Second Appellant

CAPE METROPOLITAN COUNCIL

Third Appellant

OOSTENBERG MUNICIPALITY

Fourth Appellant

versus

IRENE GROOTBOOM

AND OTHERS

Respondents

Heard on : 11 May 2000

Decided on : 4 October 2000

JUDGMENT

YACOOB J:

A. *Introduction*

[1] The people of South Africa are committed to the attainment of social justice and the improvement of the quality of life for everyone. The Preamble to our Constitution records this commitment. The Constitution declares the founding values of our society to be “[h]uman

YACOOB J

dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.”¹ This case grapples with the realisation of these aspirations for it concerns the state’s constitutional obligations in relation to housing: a constitutional issue of fundamental importance to the development of South Africa’s new constitutional order.

[2] The issues here remind us of the intolerable conditions under which many of our people are still living. The respondents are but a fraction of them. It is also a reminder that unless the plight of these communities is alleviated, people may be tempted to take the law into their own hands in order to escape these conditions. The case brings home the harsh reality that the Constitution’s promise of dignity and equality for all remains for many a distant dream. People should not be impelled by intolerable living conditions to resort to land invasions. Self-help of this kind cannot be tolerated, for the unavailability of land suitable for housing development is a key factor in the fight against the country’s housing shortage.

[3] The group of people with whom we are concerned in these proceedings lived in appalling conditions, decided to move out and illegally occupied someone else’s land. They were evicted and left homeless. The root cause of their problems is the intolerable conditions under which they were living while waiting in the queue for their turn to be allocated low-cost housing. They are the people whose constitutional rights have to be determined in this case.

¹ See section 1(a) of the Constitution.

YACOOB J

[4] Mrs Irene Grootboom and the other respondents² were rendered homeless as a result of their eviction from their informal homes situated on private land earmarked for formal low-cost housing. They applied to the Cape of Good Hope High Court (the High Court) for an order requiring government to provide them with adequate basic shelter or housing until they obtained permanent accommodation and were granted certain relief.³ The appellants were ordered to provide the respondents who were children and their parents with shelter. The judgment provisionally concluded that “tents, portable latrines and a regular supply of water (albeit

² The respondents are 510 children and 390 adults. Mrs Irene Grootboom, the first respondent, brought the application before the High Court on behalf of all the respondents.

³ The judgment of Davis J in which Comrie J concurred is reported as *Grootboom v Oostenberg Municipality and Others* 2000 (3) BCLR 277 (C).

YACOOB J

transported) would constitute the bare minimum.”⁴ The appellants who represent all spheres of government responsible for housing⁵ challenge the correctness of that order.

[5] At the hearing of this matter an offer was made by the appellants to ameliorate the immediate crisis situation in which the respondents were living. The offer was accepted by the respondents. This meant that the matter was not as urgent as it otherwise would have been. However some four months after argument, the respondents made an urgent application to this Court in which they revealed that the appellants had failed to comply with the terms of their offer. That application was set down for 21 September 2000. On that day the Court, after communication with the parties, crafted an order putting the municipality on terms to provide certain rudimentary services.

⁴ Id at 293A.

⁵ The first appellant is the Government of the Republic of South Africa (the national government); the second is the Premier of the Province of the Western Cape representing the Western Cape Provincial Government (the Western Cape government); the third appellant, the Cape Metropolitan Council (the Cape Metro) is the supervisory tier of local government in the area; and the fourth appellant is the Oostenberg Municipality (the municipality) which is a further tier of local government. All the appellants are organs of government.

YACOOB J

[6] The cause of the acute housing shortage lies in apartheid. A central feature of that policy was a system of influx control that sought to limit African occupation of urban areas.⁶ Influx control was rigorously enforced in the Western Cape, where government policy favoured the exclusion of African people in order to accord preference to the coloured community: a policy adopted in 1954 and referred to as the “coloured labour preference policy.” In consequence, the provision of family housing for African people in the Cape Peninsula was frozen in 1962. This freeze was extended to other urban areas in the Western Cape in 1968. Despite the harsh application of influx control in the Western Cape, African people continued to move to the area in search of jobs. Colonial dispossession and a rigidly enforced racial distribution of land in the rural areas had dislocated the rural economy and rendered sustainable and independent African farming increasingly precarious. Given the absence of formal housing, large numbers of people moved into informal settlements throughout the Cape peninsula. The cycle of the apartheid era, therefore, was one of untenable restrictions on the movement of African people into urban areas, the inexorable tide of the rural poor to the cities, inadequate housing, resultant overcrowding, mushrooming squatter settlements, constant harassment by officials and intermittent forced removals.⁷ The legacy of influx control in the Western Cape is the acute housing shortage that exists there now. Although the precise extent is uncertain, the shortage stood at more than 100 000 units in the Cape Metro at the time of the inception of the interim Constitution in 1994. Hundreds of thousands of people in need of housing occupied rudimentary informal settlements

⁶ The background to this policy was set out fully in the majority judgment of this court in *Ex Parte Western Cape Provincial Government and Others: In Re DVB Behuising (Pty) Ltd v North West Provincial Government and Another* 2000 (4) BCLR 347 (CC) paras 41-47.

⁷ In 1985 when the coloured labour preference policy was finally abolished, it became possible for African people to acquire 99-year leasehold tenure in the Western Cape (this form of tenure had been established in the rest of the country in 1978). The following year the government abandoned its policy of influx control

YACOOB J

providing for minimal shelter, but little else.

in its entirety.

YACOOB J

[7] Mrs Grootboom and most of the other respondents previously lived in an informal squatter settlement called Wallacedene. It lies on the edge of the municipal area of Oostenberg, which in turn is on the eastern fringe of the Cape Metro. The conditions under which most of the residents of Wallacedene lived were lamentable. A quarter of the households of Wallacedene had no income at all, and more than two thirds earned less than R500 per month.⁸ About half the population were children; all lived in shacks. They had no water, sewage or refuse removal services and only 5% of the shacks had electricity. The area is partly waterlogged and lies dangerously close to a main thoroughfare. Mrs Grootboom lived with her family and her sister's family in a shack about twenty metres square.

[8] Many had applied for subsidised low-cost housing from the municipality and had been on the waiting list for as long as seven years. Despite numerous enquiries from the municipality no definite answer was given. Clearly it was going to be a long wait. Faced with the prospect of remaining in intolerable conditions indefinitely, the respondents began to move out of Wallacedene at the end of September 1998. They put up their shacks and shelters on vacant land that was privately owned and had been earmarked for low-cost housing. They called the land "New Rust."

⁸ The figures appear from a needs assessment of the Wallacedene community compiled in December 1997 on behalf of the municipality.

YACOOB J

[9] They did not have the consent of the owner and on 8 December 1998 he obtained an ejectment order against them in the magistrates' court. The order was served on the occupants but they remained in occupation beyond the date by which they had been ordered to vacate. Mrs Grootboom says they had nowhere else to go: their former sites in Wallacedene had been filled by others. The eviction proceedings were renewed in March 1999. The respondents' attorneys in this case were appointed by the magistrate to represent them on the return day of the provisional order of eviction. Negotiations resulted in the grant of an order requiring the occupants to vacate New Rust and authorising the sheriff to evict them and to dismantle and remove any of their structures remaining on the land on 19 May 1999. The magistrate also directed that the parties and the municipality mediate to identify alternative land for the permanent or temporary occupation of the New Rust residents.

[10] The municipality had not been party to the proceedings but it had engaged attorneys to monitor them on its behalf. It is not clear whether the municipality was a party to the settlement and the agreement to mediate. Nor is it clear whether the eviction was in accordance with the provisions of the Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act, 19 of 1998.⁹ The validity of the eviction order has never been challenged and must be accepted as

⁹ Section 4(6) provides:

“If an unlawful occupier has occupied the land in question for less than six months at the time when the proceedings are initiated, a court may grant an order for eviction if it is of the opinion that it is just and equitable to do so, after considering all the relevant circumstances, including the rights and needs of the elderly, children, disabled persons and households headed by women.”

Section 4(7) provides:

“If an unlawful occupier has occupied the land in question for more than six months at the time when the proceedings are initiated, a court may grant an order for eviction if it is of the opinion that it is just and equitable to do so, after considering all the relevant circumstances, including, except where the land is sold in a sale of execution pursuant to a mortgage, whether land has been made available or can reasonably be made available

YACOOB J

correct. However, no mediation took place and on 18 May 1999, at the beginning of the cold, windy and rainy Cape winter, the respondents were forcibly evicted at the municipality's expense. This was done prematurely and inhumanely: reminiscent of apartheid-style evictions. The respondents' homes were bulldozed and burnt and their possessions destroyed. Many of the residents who were not there could not even salvage their personal belongings.

[11] The respondents went and sheltered on the Wallacedene sports field under such temporary structures as they could muster. Within a week the winter rains started and the plastic sheeting they had erected afforded scant protection. The next day the respondents' attorney wrote to the municipality describing the intolerable conditions under which his clients were living and demanded that the municipality meet its constitutional obligations and provide temporary accommodation to the respondents. The respondents were not satisfied with the response of the municipality¹⁰ and launched an urgent application in the High Court on 31 May 1999. As indicated above, the High Court granted relief to the respondents and the appellants now appeal against that relief.

by a municipality or other organ of state or another land owner for the relocation of the unlawful occupier, and including the rights and needs of the elderly, children, disabled persons and households headed by women.”

¹⁰ The municipality responded on 27 May 1999 stating that it had supplied food and shelter at the Wallacedene Community Hall to the respondents and that it was approaching Western Cape government for assistance to resolve the problem. The respondents, however, considered that the Community Hall provided inadequate shelter as it could only house 80 people.

YACOOB J

[12] In the remainder of this judgment, I first outline the reasoning adopted in the High Court judgment. Consideration is then given to the right of access to adequate housing in section 26 of the Constitution and the proper approach to be adopted to the application of that section. This is followed by evaluation of the housing programme adopted by the state in the light of the obligations imposed upon it by section 26. The respondents' claim in terms of the rights of children in section 28 of the Constitution is thereafter considered. Finally, the respondents' arguments concerning the conduct of the appellants towards them will be examined.

B. *The case in the High Court*

[13] Mrs Grootboom and the other respondents applied for an order directing the appellants forthwith to provide:

- (i) adequate basic temporary shelter or housing to the respondents and their children pending their obtaining permanent accommodation;
- (ii) or basic nutrition, shelter, healthcare and social services to the respondents who are children.¹¹

The respondents based their claim on two constitutional provisions. First, on section 26 of the Constitution which provides that everyone has the right of access to adequate housing. Section

¹¹ Above n 3 at 280F-G.

YACOOB J

26(2) imposes an obligation upon the state to take reasonable legislative and other measures to ensure the progressive realisation of this right within its available resources. The section is fully considered later in this judgment. The second basis for their claim was section 28(1)(c) of the Constitution which provides that children have the right to shelter.

[14] After conducting an inspection *in loco*, Josman AJ ordered that, pending the final determination of the application, temporary accommodation be provided for those of the respondents who were children and for one parent of each child who required supervision. Appellants furnished comprehensive answering affidavits to demonstrate that the state housing programme complied with their constitutional obligations. On the return day, the matter came before two judges. The High Court judgment consists of two separate parts. The first, under the heading “Housing” considered the claim in terms of section 26 of the Constitution. On this part of the claim the High Court concluded:

“In short [appellants] are faced with a massive shortage in available housing and an extremely constrained budget. Furthermore in terms of the pressing demands and scarce resources [appellants] had implemented a housing programme in an attempt to maximise available resources to redress the housing shortage. For this reason it could not be said that [appellants] had not taken reasonable legislative and other measures within its available resources to achieve the progressive realisation of the right to have access to adequate housing.”¹²

12

Above n 3 at 285A-B.

YACCOOB J

The court rejected an argument that the right of access to adequate housing under section 26 included a minimum core entitlement to shelter in terms of which the state was obliged to provide some form of shelter pending implementation of the programme to provide adequate housing. This submission was based on the provisions of certain international instruments that are discussed later.¹³

[15] The second part of the judgment addressed the claim of the children for shelter in terms of section 28(1)(c). The court reasoned that the parents bore the primary obligation to provide shelter for their children, but that section 28(1)(c) imposed an obligation on the state to provide that shelter if parents could not. It went on to say that the shelter to be provided according to this obligation was a significantly more rudimentary form of protection from the elements than is provided by a house and falls short of adequate housing. The court concluded that:

“an order which enforces a child’s right to shelter should take account of the need of the child to be accompanied by his or her parent. Such an approach would be in accordance with the spirit and purport of section 28 as a whole.”

[16] In the result the court ordered as follows:

“(2) It is declared, in terms of section 28 of the Constitution that;
 (a) the applicant children are entitled to be provided with shelter by the appropriate organ or department of state;

¹³ The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the general comments issued by the United Nations Committee on Social and Economic Rights.

YACOOB J

- (b) the applicant parents are entitled to be accommodated with their children in the foregoing shelter; and
 - (c) the appropriate organ or department of state is obliged to provide the applicant children, and their accompanying parents, with such shelter until such time as the parents are able to shelter their own children;
- (3) The several respondents are directed to present under oath a report or reports to this Court as to the implementation of paragraph (2) above within a period of three months from the date of this order;
 - (4) The applicants shall have a period of one month, after presentation of the foregoing report, to deliver their commentary thereon under oath;
 - (5) The respondents shall have a further period of two weeks to deliver their replies under oath to the applicants' commentary;
 - (6) There will be no order as to costs of these proceedings up to the date of this judgment;
 - (7) The case is postponed to a date to be fixed by the Registrar for consideration and determination of the aforesaid report, commentary and replies;
 - (8) The order of Josman AJ dated 4 June 1999 will remain in force until such time as the further proceedings contemplated by the preceding paragraph have been completed.”¹⁴

C. *Argument in this Court*

[17] After the application for leave to appeal had been granted by this Court but before argument had been filed by any of the parties, the Human Rights Commission and the Community Law Centre of the University of the Western Cape applied to be admitted as *amici curiae*. That application was granted and the *amici* were permitted to present written and oral argument. Mr Budlender of the Legal Resources Centre submitted written argument and appeared on behalf of the *amici* at the hearing. We are grateful to him, the Human Rights

¹⁴ Above n 3 at 293H-294C.

YACOOB J

Commission and the Community Law Centre for a detailed, helpful and creative approach to the difficult and sensitive issues involved in this case.

[18] Written argument submitted on behalf of the appellants and the respondents concentrated on the meaning and import of the shelter component and the obligations imposed upon the state by section 28(1)(c). The written argument filed on behalf of the *amici* sought to broaden the issues by contending that all the respondents, including those of the adult respondents without children, were entitled to shelter by reason of the minimum core obligation incurred by the state in terms of section 26 of the Constitution. It was further contended on behalf of the *amici* that the children's right to shelter had been included in section 28(1)(c) to place the right of children to this minimum core beyond doubt. Respondents' counsel filed further written contentions in which they supported and adopted these submissions. No objection was taken to the issues having been thus broadened.

D. *The relevant constitutional provisions and their justiciability*

[19] The key constitutional provisions at issue in this case are section 26 and section 28(1)(c). Section 26 provides:

- “(1) Everyone has the right to have access to adequate housing.
- (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.
- (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.”

Section 28(1)(c) provides:

- “(1) Every child has the right -
 . . .
 (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services”.

These rights need to be considered in the context of the cluster of socio-economic rights enshrined in the Constitution. They entrench the right of access to land,¹⁵ to adequate housing and to health care, food, water and social security.¹⁶ They also protect the rights of the child¹⁷ and the right to education.¹⁸

¹⁵ Section 25(5) provides:
 “The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis.”

¹⁶ Section 27 provides:
 “(1) Everyone has the right to have access to—
 (a) health care services, including reproductive health care;
 (b) sufficient food and water; and
 (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.
 (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.
 (3) No one may be refused emergency medical treatment.”

¹⁷ Section 28 provides:
 “(1) Every child has the right—
 (a) to a name and a nationality from birth;
 (b) to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment;
 (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services;
 (d) to be protected from maltreatment, neglect, abuse or degradation;
 (e) to be protected from exploitative labour practices;
 (f) not to be required or permitted to perform work or provide services that—
 (i) are inappropriate for a person of that child’s age; or
 (ii) place at risk the child’s well-being, education, physical or mental health or spiritual, moral or social development;
 (g) not to be detained except as a matter of last resort, in which case, in addition to the rights the child enjoys under sections 12 and 35, the child may be detained only for the shortest appropriate period of time, and has the right to be—

-
- (i) kept separately from detained person over the age of 18 years; and
 - (ii) treated in a manner, and kept in conditions, that take account of the child's age;
 - (h) to have a legal practitioner assigned to the child by the state, and at state expense, in civil proceedings affecting the child, if substantial injustice would otherwise result; and
 - (i) not to be used directly in armed conflict, and to be protected in times of armed conflict.
 - (2) A child's best interests are of paramount importance in every matter concerning the child.
 - (3) In this section "child" means a person under the age of 18 years."

18

Section 29(1) provides:

- "(1) Everyone has the right—
 - (a) to a basic education, including adult basic education, and
 - (b) to further education, which the state, through reasonable measures, must make progressively available and accessible.
- (2) Everyone has the right to receive education in the official language or languages of their choice in public education institutions where that education is reasonably practicable. In order to ensure the effective access to, and implementation of, this right, the state must consider all reasonable educational alternatives, including single medium institutions, taking into account—
 - (a) equity;
 - (b) practicability; and
 - (c) the need to redress the results of past racially discriminatory laws and practices.
- (3) Everyone has the right to establish and maintain, at their own expense, independent educational institutions that—
 - (a) do not discriminate on the basis of race;
 - (b) are registered with the state; and
 - (c) maintain standards that are of no inferior to standards at comparable public educational institutions."

YACOOB J

[20] While the justiciability of socio-economic rights has been the subject of considerable jurisprudential and political debate,¹⁹ the issue of whether socio-economic rights are justiciable at all in South Africa has been put beyond question by the text of our Constitution as construed in the Certification judgment.²⁰ During the certification proceedings before this Court, it was contended that they were not justiciable and should therefore not have been included in the text of the new Constitution. In response to this argument, this Court held:

“[T]hese rights are, at least to some extent, justiciable. As we have stated in the previous

19

Haysom “Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights” (1992) 8 *SA Journal of Human Rights* at 451; Mureinik “Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution” (1992) 8 *SA Journal of Human Rights* at 464; Davis “The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles” (1992) 8 *SA Journal of Human Rights* at 475; Liebenberg “Social and Economic Rights: A Critical Challenge” in Liebenberg (ed) *The Constitution of South Africa from a Gender Perspective* (The Community Law Centre at the University of the Western Cape in association with David Philip Publishers, Cape Town 1995) at 79; Corder *et al A Charter For Social Justice: A contribution to the South African Bill of Rights debate* (University of Cape Town, Cape Town 1992) at 18; Scott and Macklem “Constitutional Ropes of Sand or Justiciable Guarantees? Social Rights in a New South African Constitution” (1992) 141 *University of Pennsylvania Law Review* at 1; De Villiers “Social and Economic Rights” in van Wyk, Dugard, De Villiers and Davis (eds) *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order* (Juta, Cape Town, 1994) at 599; South African Law Commission *Final Report on Group and Human Rights* (Project 58, October 1994) at 179.

20

Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In Re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 (4) SA 744; 1996 (10) BCLR 1253 (CC) at para 78.

YACOOB J

paragraph, many of the civil and political rights entrenched in the [constitutional text before this Court for certification in that case] will give rise to similar budgetary implications without compromising their justiciability. The fact that socio-economic rights will almost inevitably give rise to such implications does not seem to us to be a bar to their justiciability. At the very minimum, socio-economic rights can be negatively protected from improper invasion.”

Socio-economic rights are expressly included in the Bill of Rights; they cannot be said to exist on paper only. Section 7(2) of the Constitution requires the state “to respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights” and the courts are constitutionally bound to ensure that they are protected and fulfilled. The question is therefore not whether socio-economic rights are justiciable under our Constitution, but how to enforce them in a given case.²¹ This is a very difficult issue which must be carefully explored on a case-by-case basis. To address the challenge raised in the present case, it is necessary first to consider the terms and context of the relevant constitutional provisions and their application to the circumstances of this case. Although the judgment of the High Court in favour of the appellants was based on the right to shelter (section 28(1)(c) of the Constitution), it is appropriate to consider the provisions of section 26 first so as to facilitate a contextual evaluation of section 28(1)(c).

E. *Obligations imposed upon the state by section 26*

i) *Approach to interpretation*

²¹ Section 38 of the Constitution empowers the Court to grant appropriate relief for the infringement of any right entrenched in the Bill of Rights.

YACOOB J

[21] Like all the other rights in Chapter 2 of the Constitution (which contains the Bill of Rights), section 26 must be construed in its context. The section has been carefully crafted. It contains three subsections. The first confers a general right of access to adequate housing. The second establishes and delimits the scope of the positive obligation imposed upon the state to promote access to adequate housing and has three key elements. The state is obliged: (a) to take reasonable legislative and other measures; (b) within its available resources; (c) to achieve the progressive realisation of this right. These elements are discussed later. The third subsection provides protection against arbitrary evictions.

[22] Interpreting a right in its context requires the consideration of two types of context. On the one hand, rights must be understood in their textual setting. This will require a consideration of Chapter 2 and the Constitution as a whole. On the other hand, rights must also be understood in their social and historical context.

[23] Our Constitution entrenches both civil and political rights and social and economic rights. All the rights in our Bill of Rights are inter-related and mutually supporting. There can be no doubt that human dignity, freedom and equality, the foundational values of our society, are denied those who have no food, clothing or shelter. Affording socio-economic rights to all people therefore enables them to enjoy the other rights enshrined in Chapter 2. The realisation of these rights is also key to the advancement of race and gender equality and the evolution of a society in which men and women are equally able to achieve their full potential.

[24] The right of access to adequate housing cannot be seen in isolation. There is a close

YACOOB J

relationship between it and the other socio-economic rights. Socio-economic rights must all be read together in the setting of the Constitution as a whole. The state is obliged to take positive action to meet the needs of those living in extreme conditions of poverty, homelessness or intolerable housing. Their interconnectedness needs to be taken into account in interpreting the socio-economic rights, and, in particular, in determining whether the state has met its obligations in terms of them.

[25] Rights also need to be interpreted and understood in their social and historical context. The right to be free from unfair discrimination, for example, must be understood against our legacy of deep social inequality.²² The context in which the Bill of Rights is to be interpreted was described by Chaskalson P in *Soobramoney*:²³

“We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring.”²⁴

²² See, for example, *Brink v Kitshoff NO* 1996 (4) SA 197 (CC); 1996 (6) BCLR 752 (CC); *Prinsloo v Van der Linde and Another* 1997 (3) SA 1012 (CC); 1997 (6) BCLR 759 (CC). For an application of this type of contextual interpretation, see also *S v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC), 1995 (6) BCLR 665 (CC); *Shabalala and Others v Attorney-General, Transvaal and Another* 1996 (1) SA 725 (CC); 1995 (12) BCLR 1593 (CC).

²³ *Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal* 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 (CC) at para 8.

²⁴ See also the comments of Mahomed DP in *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and Others* 1996 (4) SA 671 (CC); 1996 (8) BCLR 1015 (CC) at para 43,

YACOOB J

ii) *The relevant international law and its impact*

albeit in a different context.

YACOOB J

[26] During argument, considerable weight was attached to the value of international law in interpreting section 26 of our Constitution. Section 39 of the Constitution²⁵ obliges a court to consider international law as a tool to interpretation of the Bill of Rights. In *Makwanyane*²⁶ Chaskalson P, in the context of section 35(1) of the interim Constitution,²⁷ said:

25

Section 39 of the Constitution provides:

- “(1) When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum -
 - (a) must promote the values that underlie and open and democratic society based on human dignity, equality and freedom;
 - (b) must consider international law; and
 - (c) may consider foreign law.
- (2) When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.
- (3) The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognised or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill.”

26

S v Makwanyane and Another above n 22 at para 35.

27

Section 35(1) of the interim Constitution provides:

“In interpreting the provisions of this Chapter a court of law shall promote the values which underlie an open and democratic society based on freedom and equality and shall, where applicable, have regard to public international law applicable to the protection of the rights entrenched in this Chapter, and may have regard to comparable foreign case law.”

YACOOB J

“... public international law would include non-binding as well as binding law. They may both be used under the section as tools of interpretation. International agreements and customary international law accordingly provide a framework within which [the Bill of Rights] can be evaluated and understood, and for that purpose, decisions of tribunals dealing with comparable instruments, such as the United Nations Committee on Human Rights, the Inter-American Commission on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights, the European Commission on Human Rights, and the European Court of Human Rights, and, in appropriate cases, reports of specialised agencies such as the International Labour Organisation, may provide guidance as to the correct interpretation of particular provisions of [the Bill of Rights].”(Footnotes omitted)

The relevant international law can be a guide to interpretation but the weight to be attached to any particular principle or rule of international law will vary. However, where the relevant principle of international law binds South Africa,²⁸ it may be directly applicable.

[27] The *amici* submitted that the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (the Covenant)²⁹ is of significance in understanding the positive obligations created by the socio-economic rights in the Constitution. Article 11.1 of the Covenant provides:

“The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.”

²⁸ See sections 231-235 of the Constitution which regulate the application of international law in detail.

²⁹ The Covenant was signed by South Africa on 3 October 1994 but has as yet not been ratified.

YACOOB J

This Article must be read with Article 2.1 which provides:

“Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.”

[28] The differences between the relevant provisions of the Covenant and our Constitution are significant in determining the extent to which the provisions of the Covenant may be a guide to an interpretation of section 26. These differences, in so far as they relate to housing, are:

- (a) The Covenant provides for a *right to adequate housing* while section 26 provides for the *right of access* to adequate housing.
- (b) The Covenant obliges states parties to take *appropriate* steps which must include legislation while the Constitution obliges the South African state to take *reasonable* legislative and other measures.

[29] The obligations undertaken by states parties to the Covenant are monitored by the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (the committee).³⁰ The *amici* relied on the relevant general comments issued by the committee concerning the interpretation and application of the Covenant, and argued that these general comments constitute a significant

³⁰ The committee consists of eighteen independent experts. Its purpose is to assist the United Nations Economic and Social Council to carry out its responsibilities relating to the implementation of the Covenant. See Craven *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (Clarendon, Oxford 1995) at 1 and 42.

YACOOB J

guide to the interpretation of section 26. In particular they argued that in interpreting this section, we should adopt an approach similar to that taken by the committee in paragraph 10 of general comment 3 issued in 1990, in which the committee found that socio-economic rights contain a minimum core:

“10. On the basis of the extensive experience gained by the Committee, as well as by the body that preceded it, over a period of more than a decade of examining States parties’ reports the Committee is of the view that minimum core obligation to ensure the satisfaction of, at the very least, minimum essential levels of each of the rights is incumbent upon every State party. Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education, is *prima facie*, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d’etre*. By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligation must also take account of resource constraints applying within the country concerned. Article 2(1) obligates each State party to take the necessary steps “to the maximum of its available resources”. In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.”

[30] It is clear from this extract that the committee considers that every state party is bound to fulfil a minimum core obligation by ensuring the satisfaction of a minimum essential level of the socio-economic rights, including the right to adequate housing. Accordingly, a state in which a significant number of individuals is deprived of basic shelter and housing is regarded as *prima*

YACOOB J

facie in breach of its obligations under the Covenant. A state party must demonstrate that every effort has been made to use all the resources at its disposal to satisfy the minimum core of the right. However, it is to be noted that the general comment does not specify precisely what that minimum core is.

[31] The concept of minimum core obligation was developed by the committee to describe the minimum expected of a state in order to comply with its obligation under the Covenant. It is the floor beneath which the conduct of the state must not drop if there is to be compliance with the obligation. Each right has a “minimum essential level” that must be satisfied by the states parties. The committee developed this concept based on “extensive experience gained by [it] . . . over a period of more than a decade of examining States parties’ reports.” The general comment is based on reports furnished by the reporting states and the general comment is therefore largely descriptive of how the states have complied with their obligations under the Covenant. The committee has also used the general comment “as a means of developing a common understanding of the norms by establishing a prescriptive definition.”³¹ Minimum core obligation is determined generally by having regard to the needs of the most vulnerable group that is entitled to the protection of the right in question. It is in this context that the concept of minimum core obligation must be understood in international law.

[32] It is not possible to determine the minimum threshold for the progressive realisation of

³¹ Id at 91.

YACOOB J

the right of access to adequate housing without first identifying the needs and opportunities for the enjoyment of such a right. These will vary according to factors such as income, unemployment, availability of land and poverty. The differences between city and rural communities will also determine the needs and opportunities for the enjoyment of this right. Variations ultimately depend on the economic and social history and circumstances of a country. All this illustrates the complexity of the task of determining a minimum core obligation for the progressive realisation of the right of access to adequate housing without having the requisite information on the needs and the opportunities for the enjoyment of this right. The committee developed the concept of minimum core over many years of examining reports by reporting states. This Court does not have comparable information.

[33] The determination of a minimum core in the context of “the right to have access to adequate housing” presents difficult questions. This is so because the needs in the context of access to adequate housing are diverse: there are those who need land; others need both land and houses; yet others need financial assistance. There are difficult questions relating to the definition of minimum core in the context of a right to have access to adequate housing, in particular whether the minimum core obligation should be defined generally or with regard to specific groups of people. As will appear from the discussion below, the real question in terms of our Constitution is whether the measures taken by the state to realise the right afforded by section 26 are reasonable. There may be cases where it may be possible and appropriate to have regard to the content of a minimum core obligation to determine whether the measures taken by the state are reasonable. However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a court to enable it to determine the minimum core

YACOOB J

in any given context. In this case, we do not have sufficient information to determine what would comprise the minimum core obligation in the context of our Constitution. It is not in any event necessary to decide whether it is appropriate for a court to determine in the first instance the minimum core content of a right.

iii) *Analysis of section 26*

[34] I consider the meaning and scope of section 26 in its context. Its provisions are repeated for convenience:

- “(1) Everyone has the right to have access to adequate housing.
- (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.
- (3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.”

Subsections (1) and (2) are related and must be read together. Subsection (1) aims at delineating the scope of the right. It is a right of everyone including children. Although the subsection does not expressly say so, there is, at the very least, a negative obligation placed upon the state and all other entities and persons to desist from preventing or impairing the right of access to adequate housing.³² The negative right is further spelt out in subsection (3) which prohibits arbitrary evictions. Access to housing could also be promoted if steps are taken to make the rural areas of our country more viable so as to

³² See, in this regard, the Certification judgment, above para 20.

YACOOB J

limit the inexorable migration of people from rural to urban areas in search of jobs.

[35] The right delineated in section 26(1) is a right of “access to adequate housing” as distinct from the right to adequate housing encapsulated in the Covenant. This difference is significant. It recognises that housing entails more than bricks and mortar. It requires available land, appropriate services such as the provision of water and the removal of sewage and the financing of all of these, including the building of the house itself. For a person to have access to adequate housing all of these conditions need to be met: there must be land, there must be services, there must be a dwelling. Access to land for the purpose of housing is therefore included in the right of access to adequate housing in section 26. A right of access to adequate housing also suggests that it is not only the state who is responsible for the provision of houses, but that other agents within our society, including individuals themselves, must be enabled by legislative and other measures to provide housing. The state must create the conditions for access to adequate housing for people at all economic levels of our society. State policy dealing with housing must therefore take account of different economic levels in our society.

[36] In this regard, there is a difference between the position of those who can afford to pay for housing, even if it is only basic though adequate housing, and those who cannot. For those who can afford to pay for adequate housing, the state’s primary obligation lies in unlocking the system, providing access to housing stock and a legislative framework to facilitate self-built houses through planning laws and access to finance. Issues of development and social welfare are raised in respect of those who cannot afford to provide themselves with housing. State policy needs to address both these groups. The poor are particularly vulnerable and their needs require

YACOOB J

special attention. It is in this context that the relationship between sections 26 and 27 and the other socio-economic rights is most apparent. If under section 27 the state has in place programmes to provide adequate social assistance to those who are otherwise unable to support themselves and their dependants, that would be relevant to the state's obligations in respect of other socio-economic rights.

[37] The state's obligation to provide access to adequate housing depends on context, and may differ from province to province, from city to city, from rural to urban areas and from person to person. Some may need access to land and no more; some may need access to land and building materials; some may need access to finance; some may need access to services such as water, sewage, electricity and roads. What might be appropriate in a rural area where people live together in communities engaging in subsistence farming may not be appropriate in an urban area where people are looking for employment and a place to live.

[38] Subsection (2) speaks to the positive obligation imposed upon the state. It requires the state to devise a comprehensive and workable plan to meet its obligations in terms of the subsection. However subsection (2) also makes it clear that the obligation imposed upon the state is not an absolute or unqualified one. The extent of the state's obligation is defined by three key elements that are considered separately: (a) the obligation to "take reasonable legislative and other measures"; (b) "to achieve the progressive realisation" of the right; and (c) "within available resources."

Reasonable legislative and other measures

YACOOB J

[39] What constitutes reasonable legislative and other measures must be determined in the light of the fact that the Constitution creates different spheres of government: national government, provincial government and local government.³³ The last of these may, as it does in this case, comprise two tiers.³⁴ The Constitution allocates powers and functions amongst these different spheres emphasising their obligation to co-operate with one another in carrying out their constitutional tasks. In the case of housing, it is a function shared by both national and provincial government.³⁵ Local governments have an important obligation to ensure that services are provided in a sustainable manner to the communities they govern.³⁶ A reasonable programme therefore must clearly allocate responsibilities and tasks to the different spheres of government and ensure that the appropriate financial and human resources are available.

³³ See Chapter 3 of the Constitution.

³⁴ See sections 155(1)(b) and (c) of the Constitution as well as section 7(1)(b), read with sections 10B and 10C, of the Local Government Transition Act, 209 of 1993.

³⁵ See schedule 4 of the Constitution.

³⁶ See section 152(1)(b), read with sections 152(2) and 153(a).

YACOOB J

[40] Thus, a co-ordinated state housing programme must be a comprehensive one determined by all three spheres of government in consultation with each other as contemplated by Chapter 3 of the Constitution. It may also require framework legislation at national level, a matter we need not consider further in this case as there is national framework legislation in place. Each sphere of government must accept responsibility for the implementation of particular parts of the programme but the national sphere of government must assume responsibility for ensuring that laws, policies, programmes and strategies are adequate to meet the state's section 26 obligations. In particular, the national framework, if there is one, must be designed so that these obligations can be met. It should be emphasised that national government bears an important responsibility in relation to the allocation of national revenue to the provinces and local government on an equitable basis.³⁷ Furthermore, national and provincial government must ensure that executive obligations imposed by the housing legislation are met.³⁸

[41] The measures must establish a coherent public housing programme directed towards the progressive realisation of the right of access to adequate housing within the state's available means. The programme must be capable of facilitating the realisation of the right. The precise

³⁷ See section 214 of the Constitution, and, in particular, sections 214(2)(d) and (f).

³⁸ See sections 100, 139 and 155(7) of the Constitution.

YACOOB J

contours and content of the measures to be adopted are primarily a matter for the legislature and the executive. They must, however, ensure that the measures they adopt are reasonable. In any challenge based on section 26 in which it is argued that the state has failed to meet the positive obligations imposed upon it by section 26(2), the question will be whether the legislative and other measures taken by the state are reasonable. A court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable. It is necessary to recognise that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations. Many of these would meet the requirement of reasonableness. Once it is shown that the measures do so, this requirement is met.

[42] The state is required to take reasonable legislative *and* other measures. Legislative measures by themselves are not likely to constitute constitutional compliance. Mere legislation is not enough. The state is obliged to act to achieve the intended result, and the legislative measures will invariably have to be supported by appropriate, well-directed policies and programmes implemented by the executive. These policies and programmes must be reasonable both in their conception and their implementation. The formulation of a programme is only the first stage in meeting the state's obligations. The programme must also be reasonably implemented. An otherwise reasonable programme that is not implemented reasonably will not constitute compliance with the state's obligations.

[43] In determining whether a set of measures is reasonable, it will be necessary to consider

YACOOB J

housing problems in their social, economic and historical context and to consider the capacity of institutions responsible for implementing the programme. The programme must be balanced and flexible and make appropriate provision for attention to housing crises and to short, medium and long term needs. A programme that excludes a significant segment of society cannot be said to be reasonable. Conditions do not remain static and therefore the programme will require continuous review.

[44] Reasonableness must also be understood in the context of the Bill of Rights as a whole. The right of access to adequate housing is entrenched because we value human beings and want to ensure that they are afforded their basic human needs. A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right. It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realisation of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.

Progressive realisation of the right

[45] The extent and content of the obligation consist in what must be achieved, that is, “the progressive realisation of this right.” It links subsections (1) and (2) by making it quite clear that the right referred to is the right of access to adequate housing. The term “progressive

YACOOB J

realisation” shows that it was contemplated that the right could not be realised immediately. But the goal of the Constitution is that the basic needs of all in our society be effectively met and the requirement of progressive realisation means that the state must take steps to achieve this goal. It means that accessibility should be progressively facilitated: legal, administrative, operational and financial hurdles should be examined and, where possible, lowered over time. Housing must be made more accessible not only to a larger number of people but to a wider range of people as time progresses. The phrase is taken from international law and Article 2.1 of the Covenant in particular.³⁹ The committee has helpfully analysed this requirement in the context of housing as follows:

³⁹ The text of Article 2.1 appears at para 27 above.

YACOOB J

“Nevertheless, the fact that realization over time, or in other words progressively, is foreseen under the Covenant should not be misinterpreted as depriving the obligation of all meaningful content. It is on the one hand a necessary flexibility device, reflecting the realities of the real world and the difficulties involved for any country in ensuring full realization of economic, social and cultural rights. On the other hand, the phrase must be read in the light of the overall objective, indeed the *raison d’être*, of the Covenant which is to establish clear obligations for States parties in respect of the full realization of the rights in question. It thus imposes an obligation to move as expeditiously and effectively as possible towards that goal. Moreover, any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.”⁴⁰

Although the committee’s analysis is intended to explain the scope of states parties’ obligations under the Covenant, it is also helpful in plumbing the meaning of “progressive realisation” in the context of our Constitution. The meaning ascribed to the phrase is in harmony with the context in which the phrase is used in our Constitution and there is no reason not to accept that it bears the same meaning in the Constitution as in the document from which it was so clearly derived.

Within available resources

[46] The third defining aspect of the obligation to take the requisite measures is that the obligation does not require the state to do more than its available resources permit. This means that both the content of the obligation in relation to the rate at which it is achieved as well as the reasonableness of the measures employed to achieve the result are governed by the availability of

⁴⁰ Para 9 of general comment 3, 1990.

YACCOOB J

resources. Section 26 does not expect more of the state than is achievable within its available resources. As Chaskalson P said in *Soobramoney*:⁴¹

“What is apparent from these provisions is that the obligations imposed on the State by ss 26 and 27 in regard to access to housing, health care, food, water, and social security are dependent upon the resources available for such purposes, and that the corresponding rights themselves are limited by reason of the lack of resources. Given this lack of resources and the significant demands on them that have already been referred to, an unqualified obligation to meet these needs would not presently be capable of being fulfilled.”

There is a balance between goal and means. The measures must be calculated to attain the goal expeditiously and effectively but the availability of resources is an important factor in determining what is reasonable.

F. *Description and evaluation of the state housing programme*

⁴¹ See n 23 above at para 11.

YACOOB J

[47] In support of their contention that they had complied with the obligation imposed upon them by section 26, the appellants placed evidence before this Court of the legislative and other measures they had adopted. There is in place both national and provincial legislation concerned with housing.⁴² It was explained that in 1994 the state inherited fragmented housing arrangements which involved thirteen statutory housing funds, seven ministries and housing departments, more than twenty subsidy systems and more than sixty national and regional parastatals operating on a racial basis. These have been rationalised. The national Housing Act provides a framework which establishes the responsibilities and functions of each sphere of government with regard to housing. The responsibility for implementation is generally given to the provinces. Provinces in turn have assigned certain implementation functions to local government structures in many cases. All spheres of government are intimately involved in housing delivery and the budget allocated by national government appears to be substantial. There is a single housing policy and a subsidy system that targets low-income earners regardless of race. The White Paper on Housing aims to stabilise the housing environment, establish institutional arrangements, protect consumers, rationalise institutional capacity within a sustainable long-term framework, facilitate the speedy release and servicing of land and co-ordinate and integrate the public sector investment in housing. In addition, various schemes are in place involving public/private partnerships aimed at ensuring that housing provision is effectively financed.

⁴² Examples of important legislation in this field include the Housing Act, 107 of 1997; the Housing Consumers Protection Measures Act, 95 of 1998; the Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act, 19 of 1998; the Development Facilitation Act, 67 of 1995; and the Western Cape Housing Development Act, 6 of 1999.

YACOOB J

[48] “Housing development” is defined in section 1 of the Housing Act as:

“the establishment and maintenance of habitable, stable and sustainable public and private residential environments to ensure viable households and communities in areas allowing convenient access to economic opportunities, and to health, educational and social amenities in which all citizens and permanent residents of the Republic will, on a progressive basis, have access to—

- (a) permanent residential structures with secure tenure, ensuring internal and external privacy and providing adequate protection against the elements; and
- (b) potable water, adequate sanitary facilities and domestic energy supply . . .”

“Housing development project” is defined as “any plan to undertake housing development as contemplated in any national housing programme.”

[49] Section 2(1) of the Act sets out the general principles binding on national, provincial and local spheres of government. I set out those principles are that material to the determination of this case. All levels of government must:

- “(a) give priority to the needs of the poor in respect of housing development;
- (b) consult meaningfully with individuals and communities affected by housing development;
- (c) ensure that housing development—
 - (i) provides as wide a choice of housing and tenure options as is reasonably possible;
 - (ii) is economically, fiscally, socially and financially affordable and sustainable;
 - (iii) is based on integrated development planning; and
 - (iv) is administered in a transparent, accountable and equitable manner, and upholds the practice of good governance;
- . . .
- (e) promote—
 - (i) education and consumer protection in respect of housing development;

YACOOB J

- (ii) conditions in which everyone meets their obligations in respect of housing development;
- (iii) the establishment, development and maintenance of socially and economically viable communities and of safe and healthy living conditions to ensure the elimination and prevention of slums and slum conditions;
- ...
- (ix) the provision of community and recreational facilities in residential areas;
- (f) take due cognisance of the impact of housing development on the environment;
- ...
- (h) in the administration of any matter relating to housing development—
 - (i) respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights in Chapter 2 of the Constitution;
 - (ii) observe and adhere to the principles of co-operative government and intergovernmental relations referred to in section 41 (1) of the Constitution; and
 - (iii) comply with all other applicable provisions of the Constitution.”

[50] Over and above these general principles, the Act sets out the functions of the national, provincial and local government in relation to housing. The functions of national government are set out in section 3 of the Act.⁴³ The function of provincial governments are set out in section

⁴³

Section 3 provides:

- “(1) The national government acting through the Minister must, after consultation with every MEC and the national organisation representing municipalities as contemplated in section 163 (a) of the Constitution, establish and facilitate a sustainable national housing development process.
- (2) For the purposes of subsection (1) the Minister must—
 - (a) determine national policy, including national norms and standards, in respect of housing development;
 - (b) set broad national housing delivery goals and facilitate the setting of

7 of the Act⁴⁴ and the functions of municipalities are set out in section 9 of the Act.⁴⁵ The

-
- provincial and, where appropriate, local government housing delivery goals in support thereof;
 - (c) monitor the performance of the national government and, in co-operation with every MEC, the performance of provincial and local governments against housing delivery goals and budgetary goals;
 - (d) assist provinces to develop the administrative capacity required for the effective exercise of their powers and performance of their duties in respect of housing development;
 - (e) support and strengthen the capacity of municipalities to manage their own affairs, to exercise their powers and perform their duties in respect of housing development;
 - (f) promote consultation on matters regarding housing development between the national government and representatives of—
 - (i) civil society;
 - (ii) the sectors and subsectors supplying or financing housing goods or services;
 - (iii) provincial and local governments; and
 - (iv) any other stakeholder in housing development;
 - (g) promote effective communication in respect of housing development.
 - (3) For the purposes of subsection (2) (a) 'national norms and standards' includes norms and standards in respect of permanent residential structures, but are not limited thereto.
 - (4) For the purposes of performing the duties imposed by subsections (1) and (2) the Minister may—
 - (a) establish a national institutional and funding framework for housing development;
 - (b) negotiate for the national apportionment of the state budget for housing development;
 - (c) prepare and maintain a multi-year national plan in respect of housing development;
 - (d) allocate funds for national housing programmes to provincial governments, including funds for national housing programmes administered by municipalities in terms of section 10;
 - (e) allocate funds for national facilitative programmes for housing development;
 - (f) obtain funds for land acquisition, infrastructure development, housing provision and end-user finance;
 - (g) institute and finance national housing programmes;
 - (h) establish and finance national institutions for the purposes of housing development, and supervise the execution of their mandate;
 - (i) evaluate the performance of the housing sector against set goals and equitableness and effectiveness requirements; and
 - (j) take any steps reasonably necessary to—
 - (i) create an environment conducive to enabling provincial and local governments, the private sector, communities and individuals to achieve their respective goals in respect of housing development; and
 - (ii) promote the effective functioning of the housing market.
- ...”

44

Section 7 provides:

-
- “(1) Every provincial government must, after consultation with the provincial organisations representing municipalities as contemplated in section 163 (a) of the Constitution, do everything in its power to promote and facilitate the provision of adequate housing in its province within the framework of national housing policy.
- (2) For the purposes of subsection (1) every provincial government must—
- (a) determine provincial policy in respect of housing development;
 - (b) promote the adoption of provincial legislation to ensure effective housing delivery;
 - (c) take all reasonable and necessary steps to support and strengthen the capacity of municipalities to effectively exercise their powers and perform their duties in respect of housing development;
 - (d) co-ordinate housing development in the province;
 - (e) take all reasonable and necessary steps to support municipalities in the exercise of their powers and the performance of their duties in respect of housing development;
 - (f) when a municipality cannot or does not perform a duty imposed by this Act, intervene by taking any appropriate steps in accordance with section 139 of the Constitution to ensure the performance of such duty; and
 - (g) prepare and maintain a multi-year plan in respect of the execution in the province of every national housing programme and every provincial housing programme, which is consistent with national housing policy and section 3 (2) (b), in accordance with the guidelines that the Minister approves for the financing of such a plan with money from the Fund.
- ...”

45

Section 9 provides:

- “(1) Every municipality must, as part of the municipality's process of integrated development planning, take all reasonable and necessary steps within the framework of national and provincial housing legislation and policy to—
- (a) ensure that—
 - (i) the inhabitants of its area of jurisdiction have access to adequate housing on a progressive basis;
 - (ii) conditions not conducive to the health and safety of the inhabitants of its area of jurisdiction are prevented or removed;
 - (iii) services in respect of water, sanitation, electricity, roads, stormwater drainage and transport are provided in a manner which is economically efficient;
 - (b) set housing delivery goals in respect of its area of jurisdiction;
 - (c) identify and designate land for housing development;
 - (d) create and maintain a public environment conducive to housing development which is financially and socially viable;
 - (e) promote the resolution of conflicts arising in the housing development process;
 - (f) initiate plan, co-ordinate, facilitate, promote and enable appropriate housing development in its area of jurisdiction;
 - (g) provide bulk engineering services, and revenue generating services in so far as such services are not provided by specialist utility suppliers; and
 - (h) plan and manage land use and development.
- (2) (a) Any municipality may participate in a national housing programme in

YACOOB J

accordance with the rules applicable to such programme by-

- (i) promoting a housing development project by a developer;
- (ii) subject to paragraph (b), acting as developer in respect of the planning and execution of a housing development project on the basis of full pricing for cost and risk;
- (iii) entering into a joint venture contract with a developer in respect of a housing development project;
- (iv) establishing a separate business entity to execute a housing development project;

-
- (v) administering any national housing programme in respect of its area of jurisdiction in accordance with section 10;
 - (vi) facilitating and supporting the participation of other role players in the housing development process.
- (b) If a municipality has been accredited under section 10 (2) to administer national housing programmes in terms of which a housing development project is being planned and executed, such municipality may not act as developer, unless such project has been approved by the relevant provincial housing development board.
- (3) (a) A municipality may by notice in the Provincial Gazette expropriate any land required by it for the purposes of housing development in terms of any national housing programme, if—
- (i) it is unable to purchase the land on reasonable terms through negotiation with the owner thereof;
 - (ii) it has obtained the permission of the MEC to expropriate such land before the notice of expropriation is published in the *Provincial Gazette*; and
 - (iii) such notice of expropriation is published within six months

YACOOB J

responsibilities of local government in the Cape Metro, and in particular the relationship between

- of the date on which the permission of the MEC was granted.
- (b) Sections 1, 6 to 15 and 18 to 23 of the Expropriation Act, 1975 (Act No 63 of 1975), apply, with the changes required by the context, in respect of the expropriation of land by a municipality in terms of paragraph (a), and any reference in any of those sections—
- (i) to the “Minister” and the “State” must be construed as a reference to the chief executive officer of the relevant municipality and the relevant municipality, respectively;
 - (ii) to “section 2” must be construed as a reference to this subsection; and
 - (iii) to “this Act” must be construed as a reference to this Act.”

YACOOB J

metropolitan government on the one hand and municipal government on the other, have been regulated by an agreement entered into between the Cape Metro and the municipalities within its jurisdiction.⁴⁶

[51] It emerges from the general principles read together with the functions of national, provincial and local government that the concept of housing development as defined is central to the Act. Housing development, as defined, seeks to provide citizens and permanent residents with access to permanent residential structures with secure tenure ensuring internal and external privacy and to provide adequate protection against the elements. What is more, it endeavours to ensure convenient access to economic opportunities and to health, educational and social amenities. All the policy documents before the Court are postulated on the need for housing development as defined. This is the central thrust of the housing development policy.

[52] The definition of housing development as well as the general principles that are set out do not contemplate the provision of housing that falls short of the definition of housing development

⁴⁶ The agreement is entitled “Agreement in respect of the allocation of powers, duties and functions entered into between Cape Metropolitan Council and The Metropolitan Local Councils of Cape Town, Eastern, Heidelberg, Northern, Southern, Tygerberg.” This agreement was entered into on 30 September 1996 in accordance with the provisions of the Cape Metropolitan Further Enactment, the Cape Metropolitan Negotiating Forum Agreement and the Local Government Transition Act.

YACOOB J

in the Act. In other words there is no express provision to facilitate access to temporary relief for people who have no access to land, no roof over their heads, for people who are living in intolerable conditions and for people who are in crisis because of natural disasters such as floods and fires, or because their homes are under threat of demolition. These are people in desperate need. Their immediate need can be met by relief short of housing which fulfils the requisite standards of durability, habitability and stability encompassed by the definition of housing development in the Act.

[53] What has been done in execution of this programme is a major achievement. Large sums of money have been spent and a significant number of houses has been built.⁴⁷ Considerable thought, energy, resources and expertise have been and continue to be devoted to the process of effective housing delivery. It is a programme that is aimed at achieving the progressive realisation of the right of access to adequate housing.

[54] A question that nevertheless must be answered is whether the measures adopted are reasonable within the meaning of section 26 of the Constitution. Allocation of responsibilities and functions has been coherently and comprehensively addressed. The programme is not haphazard but represents a systematic response to a pressing social need. It takes account of the housing shortage in South Africa by seeking to build a large number of homes for those in need of better housing. The programme applies throughout South Africa and although there have been

⁴⁷ Some 362 160 houses were built or under construction between March 1994 and September 1997, while an overall total of some 637 190 subsidies had been allocated for projects in various stages of planning or development by October 1997.

YACOOB J

difficulties of implementation in some areas, the evidence suggests that the state is actively seeking to combat these difficulties.

[55] Legislative measures have been taken at both the national and provincial levels. As we have seen, at the national level the Housing Act sets out the general principles applicable to housing development, defines the functions of the three spheres of government and addresses the financing of housing development. It thus provides a legislative framework within which the delivery of houses is to take place nationally. At the provincial level there is the Western Cape Housing Development Act, 1999. This statute also sets out the general principles applicable to housing development; the role of the provincial government; the role of local government; and other matters relating to housing development. Thus, like the Housing Act, this statute provides a legislative framework within which housing development at provincial level will take place. All of the measures described form part of the nationwide housing programme.

[56] This Court must decide whether the nationwide housing programme is sufficiently flexible to respond to those in desperate need in our society and to cater appropriately for immediate and short-term requirements. This must be done in the context of the scope of the housing problem that must be addressed. This case is concerned with the situation in the Cape Metro and the municipality and the circumstances that prevailed there are therefore presented.

[57] The housing shortage in the Cape Metro is acute. About 206 000 housing units are required and up to 25 000 housing opportunities are required in Oostenberg itself. Shack counts in the Cape Metro in general and in the area of the municipality in particular reveal an inordinate

YACOOB J

problem. 28 300 shacks were counted in the Cape Metro in January 1993. This number had grown to 59 854 in 1996 and to 72 140 by 1998. Shacks in this area increased by 111 percent during the period 1993 to 1996 and by 21 percent from then until 1998. There were 2121 shacks in the area of the municipality in 1993, 5701 (an increase of 168 percent) in 1996 and 7546 (an increase of 32 percent) in 1998. These are the results of a study commissioned by the Cape Metro.

[58] The study concludes that the municipality “is the most critical local authority in terms of informal settlement shack growth at this point in time”, this despite the fact that, according to an affidavit by a representative of the municipality, 10 577 houses had been completed by 1997. The scope of the problem is perhaps most sharply illustrated by this: about 22 000 houses are built in the Western Cape each year while demand grows at a rate of 20 000 family units per year. The backlog is therefore likely to be reduced, resources permitting and, on the basis of the figures in this study, only by 2 000 houses a year.

[59] The housing situation is desperate. The problem is compounded by rampant unemployment and poverty. As was pointed out earlier in this judgment, a quarter of the households in Wallacedene had no income at all, and more than two-thirds earned less than R500-00 per month during 1997. As stated above, many of the families living in Wallacedene are living in intolerable conditions. In some cases, their shacks are permanently flooded during the winter rains, others are severely overcrowded and some are perilously close to busy roads. There is no suggestion that Wallacedene is unusual in this respect. It is these conditions which ultimately forced the respondents to leave their homes there.

YACOOB J

[60] The Cape Metro has realised that this desperate situation requires government action that is different in nature from that encompassed by the housing development policy described earlier in this judgment. It drafted a programme (the Cape Metro land programme) in June 1999, some months after the respondents had been evicted. It wrote:

“From the above, it is seen that there is a complete mismatch between demand and supply in the housing sector, resulting in a crisis in housing delivery.

However, the existing housing situation cannot just be accepted, as there are many families living in crisis conditions, or alternatively, there are situations in the [Cape Metro] where local authorities need to undertake legal proceedings (evictions) in order to administer and implement housing projects. A new housing programme needed [sic] to cater for the crisis housing conditions in the [Cape Metro]. The proposed programme is called an ‘Accelerated Managed Land Settlement Programme’.”

Later in the document, the programme is briefly described as follows:

“The Accelerated Managed Land Settlement Programme (AMSLP) can therefore be described as the rapid release of land for families in crisis, with the progressive provision of services.

This programme should benefit those families in situations of crisis. The programme does not offer any benefits to queue jumpers, as it is the Metropolitan Local Council who determines when the progressive upgrading of services will be taken.

The Accelerated Managed Land Settlement Programme (AMSLP) includes the identification and purchase of land, planning, identification of the beneficiaries, township approval, pegging of the erven, construction of basic services, resettlement and the transfer of land to the beneficiaries.”

YACOOB J

We were informed by counsel during the hearing that although this programme was not in force at the time these proceedings were commenced, it has now been adopted and is being implemented.

[61] The Cape Metro land programme was formulated by the Cape Metro specifically “to assist the metropolitan local councils to manage the settlement of families in crisis.” Important features of this programme are its recognition of (i) the absence of provision for people living in crisis conditions; (ii) the unacceptability of having families living in crisis conditions; (iii) the consequent risk of land invasions; and (iv) the gap between the supply and demand of housing resulting in a delivery crisis. Crucially, the programme acknowledges that its beneficiaries are families who are to be evicted, those who are in a crisis situation in an existing area such as in a flood-line, families located on strategic land and families from backyard shacks or on the waiting list who are in crisis situations. Its primary objective is the rapid release of land for these families in crisis, with services to be upgraded progressively.

[62] In devising its programme the Cape Metro said the following:

“Local government, by virtue of the powers and functions granted to it by national and provincial legislation and policy, needs to initiate, facilitate and develop housing projects. Part of this role is also the identification of vacant land for housing. There are currently a few programmes that are available to finance housing projects, for example, the project-linked subsidy, institutional subsidy and CMIP. None of these programmes deal directly with crisis situations in the housing field. The Accelerated Managed Land Settlement Programme (AMLSP) can therefore be described as the rapid release of land for families in crisis, with the progressive provision of services.”

YACOOB J

[63] Section 26 requires that the legislative and other measures adopted by the state are reasonable. To determine whether the nationwide housing programme as applied in the Cape Metro is reasonable within the meaning the section, one must consider whether the absence of a component catering for those in desperate need is reasonable in the circumstances. It is common cause that, except for the Cape Metro land programme, there is no provision in the nationwide housing programme as applied within the Cape Metro for people in desperate need.

[64] Counsel for the appellants supported the nationwide housing programme and resisted the notion that provision of relief for people in desperate need was appropriate in it. Counsel also submitted that section 26 did not require the provision of this relief. Indeed, the contention was that provision for people in desperate need would detract significantly from integrated housing development as defined in the Act. The housing development policy as set out in the Act is in itself laudable. It has medium and long term objectives that cannot be criticised. But the question is whether a housing programme that leaves out of account the immediate amelioration of the circumstances of those in crisis can meet the test of reasonableness established by the section.

[65] The absence of this component may have been acceptable if the nationwide housing programme would result in affordable houses for most people within a reasonably short time. However the scale of the problem is such that this simply cannot happen. Each individual housing project could be expected to take years and the provision of houses for all in the area of the municipality and in the Cape Metro is likely to take a long time indeed. The desperate will be consigned to their fate for the foreseeable future unless some temporary measures exist as an

YACOOB J

integral part of the nationwide housing programme. Housing authorities are understandably unable to say when housing will become available to these desperate people. The result is that people in desperate need are left without any form of assistance with no end in sight. Not only are the immediate crises not met. The consequent pressure on existing settlements inevitably results in land invasions by the desperate thereby frustrating the attainment of the medium and long term objectives of the nationwide housing programme. That is one of the main reasons why the Cape Metro land programme was adopted.

[66] The national government bears the overall responsibility for ensuring that the state complies with the obligations imposed upon it by section 26. The nationwide housing programme falls short of obligations imposed upon national government to the extent that it fails to recognise that the state must provide for relief for those in desperate need. They are not to be ignored in the interests of an overall programme focussed on medium and long-term objectives. It is essential that a reasonable part of the national housing budget be devoted to this, but the precise allocation is for national government to decide in the first instance.

[67] This case is concerned with the Cape Metro and the municipality. The former has realised that this need has not been fulfilled and has put in place its land programme in an effort to fulfil it. This programme, on the face of it, meets the obligation which the state has towards people in the position of the respondents in the Cape Metro. Indeed, the *amicus* accepted that this programme “would cater precisely for the needs of people such as the respondents, and, in an appropriate and sustainable manner.” However, as with legislative measures, the existence of the programme is a starting point only. What remains is the implementation of the programme

YACOOB J

by taking all reasonable steps that are necessary to initiate and sustain it. And it must be implemented with due regard to the urgency of the situations it is intended to address.

[68] Effective implementation requires at least adequate budgetary support by national government. This, in turn, requires recognition of the obligation to meet immediate needs in the nationwide housing programme. Recognition of such needs in the nationwide housing programme requires it to plan, budget and monitor the fulfilment of immediate needs and the management of crises. This must ensure that a significant number of desperate people in need are afforded relief, though not all of them need receive it immediately. Such planning too will require proper co-operation between the different spheres of government.

[69] In conclusion it has been established in this case that as of the date of the launch of this application, the state was not meeting the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution in the area of the Cape Metro. In particular, the programmes adopted by the state fell short of the requirements of section 26(2) in that no provision was made for relief to the categories of people in desperate need identified earlier. I come later to the order that should flow from this conclusion.

G. *Section 28(1)(c) and the right to shelter*

[70] The judgment of the High Court amounts to this: (a) section 28(1)(c) obliges the state to provide rudimentary shelter to children and their parents on demand if parents are unable to shelter their children; (b) this obligation exists independently of and in addition to the obligation to take reasonable legislative and other measures in terms of section 26; and (c) the state is

YACOOB J

bound to provide this rudimentary shelter irrespective of the availability of resources. On this reasoning, parents with their children have two distinct rights: the right of access to adequate housing in terms of section 26 as well as a right to claim shelter on demand in terms of section 28(1)(c).

[71] This reasoning produces an anomalous result. People who have children have a direct and enforceable right to housing under section 28(1)(c), while others who have none or whose children are adult are not entitled to housing under that section, no matter how old, disabled or otherwise deserving they may be. The carefully constructed constitutional scheme for progressive realisation of socio-economic rights would make little sense if it could be trumped in every case by the rights of children to get shelter from the state on demand. Moreover, there is an obvious danger. Children could become stepping stones to housing for their parents instead of being valued for who they are.

[72] The respondents and the *amici* in supporting the judgment of the High Court draw a distinction between housing on the one hand and shelter on the other. They contend that shelter is an attenuated form of housing and that the state is obliged to provide shelter to all children on demand. The respondents and the *amici* emphasise that the right of children to shelter is unqualified and that, the “reasonable measures” qualification embodied in sections 25(5) 26, 27 and 29 are markedly absent in relation to section 28(1)(c). The appellants disagree and criticise the respondents’ definition of shelter on the basis that it conceives shelter in terms that limit it to a material object. They contend that shelter is more than just that, but define it as an institution constructed by the state in which children are housed away from their parents.

YACOOB J

[73] I cannot accept that the Constitution draws any real distinction between housing on the one hand and shelter on the other, and that shelter is a rudimentary form of housing. Housing and shelter are related concepts and one of the aims of housing is to provide physical shelter. But shelter is not a commodity separate from housing. There is no doubt that all shelter represents protection from the elements and possibly even from danger. There are a range of ways in which shelter may be constituted: shelter may be ineffective or rudimentary at the one extreme and very effective and even ideal at the other. The concept of shelter in section 28(1)(c) is not qualified by any requirement that it should be “basic” shelter. It follows that the Constitution does not limit the concept of shelter to basic shelter alone. The concept of shelter in section 28 (1)(c) embraces shelter in all its manifestations. However, it does not follow that the Constitution obliges the state to provide shelter at the most effective or the most rudimentary level to children in the company of their parents.

[74] The obligation created by section 28(1)(c) can properly be ascertained only in the context of the rights and, in particular, the obligations created by sections 25(5), 26 and 27 of the Constitution.⁴⁸ Each of these sections expressly obliges the state to take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the rights with which they are concerned.⁴⁹ Section 28(1)(c) creates the right of children to basic nutrition, shelter, basic health

⁴⁸ These sections are set out in para 19 of this judgment.

⁴⁹ Section 25(5) mandates the state to foster conditions which enables citizens to gain land on an equitable basis; section 26(2) is concerned with the right to access to adequate housing; section 27(2) with the right to access to health care services, sufficient food and water and social security including appropriate social assistance if people are unable to support themselves and their dependants.

YACOOB J

care services and social services. There is an evident overlap between the rights created by sections 26 and 27 and those conferred on children by section 28. Apart from this overlap, the section 26 and 27 rights are conferred on everyone including children while section 28, on its face, accords rights to children alone. This overlap is not consistent with the notion that section 28(1)(c) creates separate and independent rights for children and their parents.

[75] The extent of the state obligation must also be interpreted in the light of the international obligations binding upon South Africa. The United Nations Convention on the Rights of the Child, ratified by South Africa in 1995, seeks to impose obligations upon state parties to ensure that the rights of children in their countries are properly protected. Section 28 is one of the mechanisms to meet these obligations. It requires the state to take steps to ensure that children's rights are observed. In the first instance, the state does so by ensuring that there are legal obligations to compel parents to fulfil their responsibilities in relation to their children. Hence, legislation and the common law impose obligations upon parents to care for their children. The state reinforces the observance of these obligations by the use of civil and criminal law as well as social welfare programmes.

[76] Section 28(1)(c) must be read in this context. Subsections 28(1)(b) and (c) provide:

“Every child has the right —

- (b) to family care or parental care, or to appropriate alternative care when removed from the family environment;
- (c) to basic nutrition, shelter, basic health care services and social services”.

They must be read together. They ensure that children are properly cared for by their

YACOOB J

parents or families, and that they receive appropriate alternative care in the absence of parental or family care. The section encapsulates the conception of the scope of care that children should receive in our society. Subsection (1)(b) defines those responsible for giving care while subsection (1)(c) lists various aspects of the care entitlement.

[77] It follows from subsection 1(b) that the Constitution contemplates that a child has the right to parental or family care in the first place, and the right to alternative appropriate care only where that is lacking. Through legislation and the common law, the obligation to provide shelter in subsection (1)(c) is imposed primarily on the parents or family and only alternatively on the state. The state thus incurs the obligation to provide shelter to those children, for example, who are removed from their families. It follows that section 28(1)(c) does not create any primary state obligation to provide shelter on demand to parents and their children if children are being cared for by their parents or families.

[78] This does not mean, however, that the state incurs no obligation in relation to children who are being cared for by their parents or families. In the first place, the state must provide the legal and administrative infrastructure necessary to ensure that children are accorded the protection contemplated by section 28. This obligation would normally be fulfilled by passing laws and creating enforcement mechanisms for the maintenance of children, their protection from maltreatment, abuse, neglect or degradation,⁵⁰ and the prevention of other forms of abuse of children mentioned in section 28. In addition, the state is required to fulfil its obligations to

⁵⁰ See section 28(1)(d).

YACOOB J

provide families with access to land in terms of section 25, access to adequate housing in terms of section 26 as well as access to health care, food, water and social security in terms of section 27. It follows from this judgment that sections 25 and 27 require the state to provide access on a programmatic and coordinated basis, subject to available resources. One of the ways in which the state would meet its section 27 obligations would be through a social welfare programme providing maintenance grants and other material assistance to families in need in defined circumstances.

[79] It was not contended that the children who are respondents in this case should be provided with shelter apart from their parents. Those of the respondents in this case who are children are being cared for by their parents; they are not in the care of the state, in any alternative care, or abandoned. In the circumstances of this case, therefore, there was no obligation upon the state to provide shelter to those of the respondents who were children and, through them, their parents in terms of section 28(1)(c). The High Court therefore erred in making the order it did on the basis of this section.

H. *Evaluation of the conduct of the appellants towards the respondents*

[80] The final section of this judgment is concerned with whether the respondents are entitled to some relief in the form of temporary housing because of their special circumstances and because of the appellants' conduct towards them. This matter was raised in argument, and although not fully aired on the papers, it is appropriate to consider it. At first blush, the respondents' position was so acute and untenable when the High Court heard the case that simple humanity called for some form of immediate and urgent relief. They had left Wallacedene

YACOOB J

because of their intolerable circumstances, had been evicted in a way that left a great deal to be desired and, as a result, lived in desperate sub-human conditions on the Wallacedene soccer field or in the Wallacedene community hall. But we must also remember that the respondents are not alone in their desperation; hundreds of thousands (possibly millions) of South Africans live in appalling conditions throughout our country.

[81] Although the conditions in which the respondents lived in Wallacedene were admittedly intolerable and although it is difficult to level any criticism against them for leaving the Wallacedene shack settlement, it is a painful reality that their circumstances were no worse than those of thousands of other people, including young children, who remained at Wallacedene. It cannot be said, on the evidence before us, that the respondents moved out of the Wallacedene settlement and occupied the land earmarked for low-cost housing development as a deliberate strategy to gain preference in the allocation of housing resources over thousands of other people who remained in intolerable conditions and who were also in urgent need of housing relief. It must be borne in mind however, that the effect of any order that constitutes a special dispensation for the respondents on account of their extraordinary circumstances is to accord that preference.

[82] All levels of government must ensure that the housing programme is reasonably and appropriately implemented in the light of all the provisions in the Constitution. All implementation mechanisms, and all state action in relation to housing falls to be assessed against the requirements of section 26 of the Constitution. Every step at every level of government must be consistent with the constitutional obligation to take reasonable measures to

YACOOB J

provide adequate housing.

[83] But section 26 is not the only provision relevant to a decision as to whether state action at any particular level of government is reasonable and consistent with the Constitution. The proposition that rights are interrelated and are all equally important is not merely a theoretical postulate. The concept has immense human and practical significance in a society founded on human dignity, equality and freedom. It is fundamental to an evaluation of the reasonableness of state action that account be taken of the inherent dignity of human beings. The Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of state action concerned with housing is determined without regard to the fundamental constitutional value of human dignity. Section 26, read in the context of the Bill of Rights as a whole, must mean that the respondents have a right to reasonable action by the state in all circumstances and with particular regard to human dignity. In short, I emphasise that human beings are required to be treated as human beings. This is the backdrop against which the conduct of the respondents towards the appellants must be seen.

[84] The national legislature recognises this. In the course of stating the general principles binding on all levels of government, the Housing Act provides that in the administration of any matter relating to housing development, all levels of government must respect, protect, promote and fulfil the rights in Chapter 2 of the Constitution.⁵¹ In addition, section 2(1)(b) obliges all levels of government to consult meaningfully with individuals and communities affected by housing development. Moreover, section 9(1)(e) obliges municipalities to promote the

⁵¹ See section 2(1)(h)(i).

YACOOB J

resolution of conflict arising in the housing development process.

[85] Consideration is now given to whether the state action (or inaction) in relation to the respondents met the required constitutional standard. It is a central feature of this judgment that the housing shortage in the area of the Cape Metro in general and Oostenberg in particular had reached crisis proportions. Wallacedene was obviously bursting and it was probable that people in desperation were going to find it difficult to resist the temptation to move out of the shack settlement onto unoccupied land in an effort to improve their position. This is what the respondents apparently did.

[86] Whether the conduct of Mrs Grootboom and the other respondents constituted a land invasion was disputed on the papers. There was no suggestion however that the respondents' circumstances before their move to New Rust was anything but desperate. There is nothing in the papers to indicate any plan by the municipality to deal with the occupation of vacant land if it occurred. If there had been such a plan the appellants might well have acted differently.

[87] The respondents began to move onto the New Rust Land during September 1998 and the number of people on this land continued to grow relentlessly. I would have expected officials of the municipality responsible for housing to engage with these people as soon as they became aware of the occupation. I would also have thought that some effort would have been made by the municipality to resolve the difficulty on a case-by-case basis after an investigation of their circumstances before the matter got out of hand. The municipality did nothing and the settlement grew by leaps and bounds.

YACOOB J

[88] There is, however, no dispute that the municipality funded the eviction of the respondents. The magistrate who ordered the ejection of the respondents directed a process of mediation in which the municipality was to be involved to identify some alternative land for the occupation for the New Rust residents. Although the reason for this is unclear from the papers, it is evident that no effective mediation took place. The state had an obligation to ensure, at the very least, that the eviction was humanely executed. However, the eviction was reminiscent of the past and inconsistent with the values of the Constitution. The respondents were evicted a day early and to make matters worse, their possessions and building materials were not merely removed, but destroyed and burnt. I have already said that the provisions of section 26(1) of the Constitution burdens the state with at least a negative obligation in relation to housing. The manner in which the eviction was carried out resulted in a breach of this obligation.

[89] In these circumstances, the municipality's response to the letter of the respondents' attorney left much to be desired. It will be recalled that the letter stated that discussions were being held with officials from the Provincial Administration in order to find an amicable solution to the problem. There is no evidence that the respondents were ever informed of the outcome of these discussions. The application was then opposed and argued on the basis that none of the appellants either individually or jointly could do anything at all to alleviate the problem. The Cape Metro, the Western Cape government and the national government were joined in the proceedings and would all have been aware of the respondents' plight.

[90] In all these circumstances, the state may well have been in breach of its constitutional

YACOOB J

obligations. It may also be that the conduct of the municipality was inconsistent with the provisions of the Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act. In addition, the municipality may have failed to meet the obligations imposed by the provisions of sections 2(1)(b), 2(1)(h)(i) and 9(1)(e) of the Housing Act. However no argument was addressed to this Court on these matters and we are not in a position to consider them further.

[91] At the hearing in this Court, counsel for the national and Western Cape government, tendered a statement indicating that the respondents had, on that very day, been offered some alternative accommodation, not in fulfilment of any accepted constitutional obligation, but in the interests of humanity and pragmatism. Counsel for the respondents accepted the offer on their behalf. We were subsequently furnished with a copy of the arrangement which read as follows:

- “1. The Department of Planning, Local Government and Housing (Western Cape Province) undertakes in conjunction with the Oostenberg Municipality to provide temporary accommodation to the respondents on the Wallacedene Sportsfield until they can be housed in terms of the housing programmes available to the local authority, and in particular the Accelerated Land Managed Settlement Programme.
2. The ‘temporary accommodation’ comprises: a marked off site; provision for temporary structures intended to be waterproof; basic sanitation, water and refuse services.
3. The implementation of such measures is to be discussed with the Wallacedene community and the respondents.”

Although, as indicated earlier, the special position of the respondents was aired during argument, the relief claimed by them was always grounded only in sections 26 and 28 of the Constitution and not on the breach of any statute (such as the Prevention of Illegal Evictions Act, or the Housing Act), the common law or any other provision of the

YACCOOB J

Constitution. Accordingly, it is inappropriate for this Court to order any relief on grounds other than sections 26 or 28 of the Constitution.

[92] This judgment must not be understood as approving any practice of land invasion for the purpose of coercing a state structure into providing housing on a preferential basis to those who participate in any exercise of this kind. Land invasion is inimical to the systematic provision of adequate housing on a planned basis. It may well be that the decision of a state structure, faced with the difficulty of repeated land invasions, not to provide housing in response to those invasions, would be reasonable. Reasonableness must be determined on the facts of each case.

I. *Summary and conclusion*

[93] This case shows the desperation of hundreds of thousands of people living in deplorable conditions throughout the country. The Constitution obliges the state to act positively to ameliorate these conditions. The obligation is to provide access to housing, health-care, sufficient food and water, and social security to those unable to support themselves and their dependants. The state must also foster conditions to enable citizens to gain access to land on an equitable basis. Those in need have a corresponding right to demand that this be done.

[94] I am conscious that it is an extremely difficult task for the state to meet these obligations in the conditions that prevail in our country. This is recognised by the Constitution which expressly provides that the state is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately. I stress however, that despite all these qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can,

YACOOB J

and in appropriate circumstances, must enforce.

[95] Neither section 26 nor section 28 entitles the respondents to claim shelter or housing immediately upon demand. The High Court order ought therefore not to have been made. However, section 26 does oblige the state to devise and implement a coherent, co-ordinated programme designed to meet its section 26 obligations. The programme that has been adopted and was in force in the Cape Metro at the time that this application was brought, fell short of the obligations imposed upon the state by section 26(2) in that it failed to provide for any form of relief to those desperately in need of access to housing.

[96] In the light of the conclusions I have reached, it is necessary and appropriate to make a declaratory order. The order requires the state to act to meet the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution. This includes the obligation to devise, fund, implement and supervise measures to provide relief to those in desperate need.

[97] The Human Rights Commission is an *amicus* in this case. Section 184 (1) (c) of the Constitution places a duty on the Commission to “monitor and assess the observance of human rights in the Republic.” Subsections (2) (a) and (b) give the Commission the power:

- “(a) to investigate and to report on the observance of human rights;
- (b) to take steps to secure appropriate redress where human right have been violated.”

Counsel for the Commission indicated during argument that the Commission had the duty and was prepared to monitor and report on the compliance by the state of its section 26

YACCOOB J

obligations. In the circumstances, the Commission will monitor and, if necessary, report in terms of these powers on the efforts made by the state to comply with its section 26 obligations in accordance with this judgment.

[98] There will be no order as to costs.

J. *The Order*

[99] The following order is made:

1. The appeal is allowed in part.
2. The order of the Cape of Good Hope High Court is set aside and the following is substituted for it:

It is declared that:

- (a) Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing.
- (b) The programme must include reasonable measures such as, but not necessarily limited to, those contemplated in the Accelerated Managed Land Settlement Programme, to provide relief for people who have no access to land, no roof over their heads, and who are living in intolerable conditions or crisis situations.
- (c) As at the date of the launch of this application, the state housing

YACOOB J

programme in the area of the Cape Metropolitan Council fell short of compliance with the requirements in paragraph (b), in that it failed to make reasonable provision within its available resources for people in the Cape Metropolitan area with no access to land, no roof over their heads, and who were living in intolerable conditions or crisis situations.

3. There is no order as to costs.

Chaskalson P, Langa DP, Goldstone J, Kriegler J, Madala J, Mokgoro J, Ngcobo J, O'Regan J, Sachs J and Cameron AJ concur in the judgment of Yacoob J.

For the first and second appellants: JJ Gauntlett SC, A Schippers and N Bawa instructed by
the State Attorney, Cape Town.

For the third and fourth appellants: JC Heunis SC and JW Olivier instructed by De Klerk &
Van Gend for the third appellant and Marais
Muller for the fourth appellant.

For the respondents: P Hodes SC, I Jamie and A Musikanth instructed by
Apollos Smith & Associates.

Attorney for the *amici curiae*: GM Budlender instructed by the Legal Resources
Centre.

ANEXO H – CASO PORTH ELIZABETH

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA

Case CCT 53/03

PORT ELIZABETH MUNICIPALITY

Applicant

versus

VARIOUS OCCUPIERS

Respondent

Heard on : 4 March 2004

Decided on : 1 October 2004

JUDGMENT

SACHS J:

[1] The applicant in this matter is the Port Elizabeth Municipality (the Municipality). The respondents are some 68 people, including 23 children, who occupy twenty nine shacks they have erected on privately owned land (the property) within the Municipality. Responding to a petition signed by 1600 people in the neighbourhood, including the owners of the property, the Municipality sought an eviction order against the occupiers in the South Eastern Cape Local Division of the High Court (High Court).

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA

Case CCT 53/03

PORT ELIZABETH MUNICIPALITY

Applicant

versus

VARIOUS OCCUPIERS

Respondents

Heard on : 4 March 2004

Decided on : 1 October 2004

JUDGMENT

SACHS J:

[1] The applicant in this matter is the Port Elizabeth Municipality (the Municipality). The respondents are some 68 people, including 23 children, who occupy twenty nine shacks they have erected on privately owned land (the property) within the Municipality. Responding to a petition signed by 1600 people in the neighbourhood, including the owners of the property, the Municipality sought an eviction order against the occupiers in the South Eastern Cape Local Division of the High Court (High Court).

[2] At the time that the proceedings were instituted the occupiers had on their version been living for periods ranging from two to eight years on the property. Most had come there after being evicted from other land. The sites they occupied were on undeveloped land in an area known as Lorraine within the jurisdiction of the Municipality. The property is zoned for residential purposes and the dwellings were erected without the consent of the Municipality.¹ The occupiers indicated they were willing to leave the property if they were given reasonable notice and provided with suitable alternative land on to which they could move. They were told they could move to a place referred to as Walmer Township (Walmer). They rejected this proposal saying that Walmer was crime-ridden and unsavoury, as well as overcrowded, and that in any event they feared they would have no security of occupation there and find themselves liable to yet further eviction. It was common cause that the occupiers had not applied to the Municipality for housing.

[3] The Municipality submitted that it was aware of its obligation to provide housing and had for that reason embarked on a comprehensive housing development programme. It contended that if alternative land was made available to the occupiers, they would effectively be 'queue-jumping'; by occupying private land and, when asked to vacate it, demanding that they be provided with alternative accommodation, they would be disrupting the housing programme and forcing the Municipality to grant them preferential treatment.

¹ In terms of section 4 of the National Building Regulations and Building Standards Act 103 of 1977, as amended.

[4] The High Court held that the occupiers were unlawfully occupying the property and that it was in the public interest that their unlawful occupation be terminated. It said that in taking all the relevant statutory considerations into account it could not come to the conclusion that the relief sought should not be granted. The Court accordingly ordered the occupiers to vacate the land and authorised the Sheriff to demolish the structures if necessary, with the assistance of the police if required. It also ordered the occupiers to pay the costs of the proceedings.

[5] The occupiers took the matter on appeal to the Supreme Court of Appeal (SCA). The SCA held that the occupiers were not seeking preferential treatment in the sense that they were asking for housing to be made available to them in preference to people in the housing queue. They were merely requesting that land be identified where they could put up their shacks and where they would have some measure of security of tenure. The SCA held further that the important consideration in the present case was the availability of suitable alternative land. This was so because of the length of time that the occupiers had occupied the land, and, more importantly, because the eviction order was not sought by the owners of the property but by an organ of state on the owners' behalf. The SCA held that given that on the papers it was unclear whether Walmer was land owned by the Municipality or privately owned, the High Court should not have granted the order sought without assurance that the occupiers would have some measure of security of tenure at Walmer. It accordingly upheld the appeal and set aside the eviction order.

[6] The Municipality now applies to this Court for leave to appeal against the decision of the SCA and to have the eviction order restored. It has indicated that it is particularly concerned to get a ruling from this Court that when it seeks eviction of unlawful occupiers it is not constitutionally bound to provide alternative accommodation or land.

[7] In opposing the application the occupiers contended that in essence it was based on a challenge to findings of fact made by the SCA and did not raise any constitutional matters. This argument must be rejected. The whole case turns on the interpretation to be given to various provisions in the Constitution, as well as to the statute adopted to give effect to a provision of the Constitution.

I The constitutional and statutory context

The Prevention of Illegal Squatting Act 52 of 1951

[8] In the pre-democratic era the response of the law to a situation like the present would have been simple and drastic.² In terms of the Prevention of Illegal Squatting Act 52 of 1951 (PISA), the only question for decision would have been whether the occupation of the land was unlawful. Once it was determined that the occupiers had no permission to be on the land, they not only faced summary eviction, they were liable for criminal prosecution. Expulsion from land of people referred to as squatters was accordingly accomplished through the criminal and not the civil courts, and as a

² See O'Regan "No More Forced Removals? An Historical Analysis of The Prevention of Illegal Squatting Act" (1989) 5 *SA Journal on Human Rights* 361.

matter of public rather than of private law. The process was deliberately made as swift as possible: conviction followed by eviction. Thus, even if they had been born on the land and spent their whole lives there, persons from whom permission to remain on land had been withdrawn by new owners were treated as criminals and subjected to summary eviction.³

[9] PISA was an integral part of a cluster of statutes that gave a legal/administrative imprimatur to the usurpation and forced removal of black people from land and compelled them to live in racially designated locations. For all black people, and for Africans in particular, dispossession was nine-tenths of the law.⁴ Residential segregation was the cornerstone of the apartheid policy. This policy was aimed at creating separate “countries” for Africans within South Africa. Africans were precluded from owning and occupying land outside the areas reserved for them by these statutes. The Native Urban Areas Consolidation Act, 25 of 1945, was premised on the notion of Africans living in rural reserves and coming to the towns only as migrant workers on temporary sojourn. Through a combination of spatial apartheid, permit systems and the creation of criminal offences the Act strictly controlled the limited rights that Africans had to reside in urban areas. People living outside of what

³ See *R v Zulu* 1959 (1) SA 263 (A).

⁴ The Natives Land Act 27 of 1913 and the Native Trust and Land Act 18 of 1936 together set apart only 13% of South Africa’s land for occupation by the African majority. The other races were to occupy the remaining 87% of the land. See *DVB Behuising (Pty) Ltd v North West Provincial Government and Another* 2001 (1) SA 500 (CC); 2000 (4) BCLR 347 (CC) at para 41. See also the judgment of Madala J at paras 75-9. In terms of the Group Areas Act 36 of 1966, persons classified as Coloured and Indian were compelled to live in very small portions of the land from which Africans were excluded.

were defined as native locations were regarded as squatters and, under PISA, were expelled from the land on which they lived.

[10] Differentiation on the basis of race was accordingly not only a source of grave assaults on the dignity of black people. It resulted in the creation of large, well-established and affluent white urban areas co-existing side by side with cramped pockets of impoverished and insecure black ones.⁵ The principles of ownership in the Roman-Dutch law then gave legitimation in an apparently neutral and impartial way to the consequences of manifestly racist and partial laws and policies. In this setting of state-induced inequality the nominally race-free PISA targeted black shack-dwellers with dramatically harsh effect. As Van der Walt has pointed out:

“The ‘normality’ assumption that the owner was entitled to possession unless the occupier could raise and prove a valid defence, usually based on agreement with the owner, formed part of Roman-Dutch law and was deemed unexceptional in early South African law, and it still forms the point of departure in private law. However, it had disastrous results for non-owners under . . . apartheid land law: the strong position of ownership and the (legislatively intensified) weak position of black non-ownership rights of occupation made it easier for the architects of apartheid to effect the evictions and removals required to establish the separation of land holdings along race lines.”⁶

⁵ *Pretoria City Council v Walker* 1998 (2) SA 363 (CC); 1998 (3) BCLR 257 (CC).

⁶Van der Walt “Exclusivity of ownership, security of tenure, and eviction orders: a model to evaluate South African land-reform legislation” 2002 *TSAR* 254 at 258, quoted with approval by Olivier JA in *Ndlovu v Ngcobo; Bekker and Another v Jikka* 2003 (1) SA 113 (SCA) at para 65; 2002 (4) All SA 384 (SCA) at para 69.

PISA accordingly gave the universal social phenomenon of urbanisation⁷ an intensely racialised South African character. Everywhere the landless poor flocked to urban areas in search of a better life. This population shift was both a consequence of and a threat to the policy of racial segregation. PISA was to prevent and control what was referred to as squatting on public or private land by criminalising it and providing for a simplified eviction process.⁸ The power to enforce politically motivated, legislatively sanctioned and state-sponsored eviction and forced removals became a cornerstone of apartheid land law.⁹ This marked a major shift, both quantitatively and qualitatively (politically). Evictions could be sought by local government and achieved by use of criminal rather than civil law.¹⁰ It was against this background and

⁷ *Ndlovu and Bekker* above n 6 at para 12. According to one specialist on the subject, Mark Girson:

“As much as one tenth of the global population is housed in urban squatting communities. Almost all major cities in Asia, Africa and South America have vast squatter settlements on the outskirts Migrants flood to the cities from the countryside in search of work and initially sleep outside or find somewhere with relatives or friends. The only way that they can get reasonably permanent roofs over their heads is by building shacks for themselves on unused land at the edge of the city. To achieve this they usually work in groups and take possession of land by building shacks overnight; sometimes there are small firms which specialise in this clandestine operation

[L]iving conditions are often appalling, and the installation of services is a turning point in the battle for a reasonable place to live. The squatters then continue gradually to improve their houses and slowly the settlements become an established part of the city. . . This process . . . also occurs on the peripheries of Southern European cities like Athens, Madrid, Lisbon and Naples and in bidonvilles outside Paris.” (This information is taken from a book “*SQUATTING the real story*” published in the UK in 1980, which is made available as a resource online at <http://www.squat.freeseerve.co.uk/story/ch20.htm>)

In South Africa this process of movement to urban areas took place in the context of colonial domination, segregation, apartheid and the migrant labour system, and consequently took on an enduring racist character. According to figures in the 1997 *South African Yearbook* it was estimated that at that time more than 8 million South Africans, that is, a fifth of the total population, lived in informal settlements on land which they neither owned nor had permission to occupy. See Horn AJ in *Port Elizabeth Municipality v Peoples Dialogue on Land and Shelter* 2000 (2) SA 1074 (SECLD) at 1079.

⁸ *Ndlovu and Bekker* above n 6 at para 12.

⁹ Van der Walt above n 6 at 260.

¹⁰ *Id*

to deal with these injustices that section 26(3) of the Constitution was adopted and new statutory arrangements made.

The Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 19 of 1998 (PIE)

[11] The Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 19 of 1998 (PIE) was adopted with the manifest objective of overcoming the above abuses and ensuring that evictions in future took place in a manner consistent with the values of the new constitutional dispensation. Its provisions have to be interpreted against this background.

[12] PIE not only repealed PISA but in a sense inverted it: squatting was decriminalised and the eviction process was made subject to a number of requirements, some necessary to comply with certain demands of the Bill of Rights. The overlay between public and private law continued, but in reverse fashion, with the name, character, tone and context of the statute being turned around. Thus the first part of the title of the new law emphasised a shift in thrust from prevention of illegal squatting to prevention of illegal eviction. The former objective of reinforcing common law remedies while reducing common law protections, was reversed so as to temper common law remedies with strong procedural and substantive protections; and the overall objective of facilitating the displacement and relocation of poor and landless black people for ideological purposes was replaced by acknowledgement of the necessitous quest for homes of victims of past racist policies. While awaiting

access to new housing development programmes, such homeless people had to be treated with dignity and respect.

[13] Thus, the former depersonalised processes that took no account of the life circumstances of those being expelled were replaced by humanised procedures that focused on fairness to all. People once regarded as anonymous squatters now became entitled to dignified and individualised treatment with special consideration for the most vulnerable. At the same time the second part of the title established that unlawful occupation was also to be prevented. The courts now had a new role to play, namely, to hold the balance between illegal eviction and unlawful occupation. Rescuing the courts from their invidious role as instruments directed by statute to effect callous removals, the new law guided them as to how they should fulfil their new complex and constitutionally ordained function: when evictions were being sought, the courts were to ensure that justice and equity prevailed in relation to all concerned.

The broad constitutional matrix for the interpretation of PIE

[14] In this context PIE cannot simply be looked at as a legislative mechanism designed to restore common law property rights by freeing them of racist and authoritarian provisions, though that is one of its aspects. Nor is it just a means of promoting judicial philanthropy in favour of the poor, though compassion is built into its very structure. PIE has to be understood, and its governing concepts of justice and

equity have to be applied, within a defined and carefully calibrated constitutional matrix.

[15] As with all determination about the reach of constitutionally protected rights, the starting and ending point of the analysis must be to affirm the values of human dignity, equality and freedom.¹¹ One of the provisions of the Bill of Rights that has to be interpreted with these values in mind, is section 25, which reads:

“Property

- (1) No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property.”¹²

¹¹ Section 7(1) and (2) of the Bill of Rights state that:

- (1) This Bill of Rights is the cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.
- (2) The state must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights”

Similarly, section 39 states that when interpreting the Bill of Rights a court must promote the values of an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom.

¹² The full text of section 25 reads as follows

“Property

- (1) No one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property.
- (2) Property may be expropriated only in terms of law of general application-
 - (a) for a public purpose or in the public interest; and
 - (b) subject to compensation, the amount of which and the time and manner of payment of which have either been agreed to by those affected or decided or approved by a court.
- (3) The amount of the compensation and the time and manner of payment must be just and equitable, reflecting an equitable balance between the public interest and the interests of those affected, having regard to all relevant circumstances, including
 - (a) the current use of the property;
 - (b) the history of the acquisition and use of the property;
 - (c) the market value of the property;
 - (d) the extent of direct state investment and subsidy in the acquisition and beneficial capital improvement of the property and
 - (e) the purpose of the expropriation.
- (4) For the purposes of this section
 - (a) the public interest includes the nation’s commitment to land reform, and to reforms to bring about equitable access to all South Africa’s natural resources; and
 - (b) property is not limited to land,
- (5) The state must take reasonable legislative and other measures within its available resources, to foster conditions which enable citizens to gain access to land on an equitable basis.

The blatant disregard manifested by racist statutes for property rights in the past makes it all the more important that property rights be fully respected in the new dispensation, both by the state and by private persons. Yet such rights have to be understood in the context of the need for the orderly opening-up or restoration of secure property rights for those denied access to or deprived of them in the past.

[16] As Ackermann J pointed out in *First National Bank*,¹³ subsections (4) to (9) of section 25 underlined the need for and aimed at redressing one of the most enduring legacies of racial discrimination in the past, namely the grossly unequal distribution of land in South Africa. The details of these provisions had to be borne in mind whenever section 25 was being construed, because they emphasised that under the Constitution the protection of property as an individual right was not absolute but subject to societal considerations. His judgment went on to state:

“The preamble to the Constitution indicates that one of the purposes of its adoption was to establish a society based, not only on ‘democratic values’ and ‘fundamental human rights’ but also on ‘social justice’. Moreover the Bill of Rights places positive

-
- (6) A person or community whose tenure of land is legally insecure as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled to the extent provided by an Act of Parliament, either to tenure which is legally secure or to comparable redress.
 - (7) A person or community dispossessed of property after 19 June 1913 as a result of past racially discriminatory laws or practices is entitled, to the extent provided by an Act of Parliament, either to restitution of that property or to equitable redress.
 - (8) No provision of this section may impede the state from taking legislative and other measures to achieve land, water and related reform, in order to redress the results of past racial discrimination, provided that any departure from the provisions of this section is in accordance with the provisions of section 36(1).
 - (9) Parliament must enact the legislation referred to in subsection (6).”

¹³ *First National Bank of SA Limited t/a Westbank v Commissioner for the South African Revenue Services and Another*; *First National Bank of SA Limited t/a Westbank v Minister of Finance* 2002 (4) SA 768 (CC); 2002 (7) BCLR 702 (CC).

obligations on the State in regard to various social and economic rights. Van der Walt (1997) aptly explains the tensions that exist within section 25:

‘[T]he meaning of section 25 has to be determined, in each specific case, within an interpretative framework that takes due cognisance of the inevitable tensions which characterize the operation of the property clause. This tension between individual rights and social responsibilities has to be the guiding principle in terms of which the section is analysed, interpreted and applied in every individual case.’

The purpose of section 25 has to be seen both as protecting existing private property rights as well as serving the public interest, mainly in the sphere of land reform but not limited thereto, and also as striking a proportionate balance between these two functions When considering the purpose and content of the property clause it is necessary, as Van der Walt (1997) puts it –

‘. . . to move away from a static, typically private-law conceptualist view of the constitution as a guarantee of the status quo to a dynamic, typically public-law view of the constitution as an instrument for social change and transformation under the auspices [and I would add ‘and control’] of entrenched constitutional values.’

That property should also serve the public good is an idea by no means foreign to pre-constitutional property concepts.”¹⁴

[17] The transformatory public-law view of the Constitution referred to by Van der Walt is further underlined by section 26, which reads:

“Housing

- (1) Everyone has the right to have access to adequate housing.
- (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.

¹⁴ Id at paras 50-52. Footnotes omitted.

(3) No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.”

Section 26(3) evinces special constitutional regard for a person’s place of abode. It acknowledges that a home is more than just a shelter from the elements. It is a zone of personal intimacy and family security. Often it will be the only relatively secure space of privacy and tranquillity in what (for poor people in particular) is a turbulent and hostile world. Forced removal is a shock for any family, the more so for one that has established itself on a site that has become its familiar habitat. As the United Nations Housing Rights Programme report points out:

“To live in a place, and to have established one’s own personal habitat with peace, security and dignity, should be considered neither a luxury, a privilege nor purely the good fortune of those who can afford a decent home. Rather, the requisite imperative of housing for personal security, privacy, health, safety, protection from the elements and many other attributes of a shared humanity, has led the international community to recognize adequate housing as a basic and fundamental human right.”¹⁵

[18] It is not only the dignity of the poor that is assailed when homeless people are driven from pillar to post in a desperate quest for a place where they and their families can rest their heads. Our society as a whole is demeaned when state action intensifies

¹⁵ United Nations Housing Rights Programme, Report No 1, ‘Housing Rights Legislation: Review of International and National Legal Instruments’ (2002) at 1. The UN-Habitat report concludes its Introduction by stating:

“Housing rights rest upon the firm foundations of international human rights law, as well as the subsequent interpretative development of the standards, principles and norms embodied in that law. Indeed, the concept of housing rights has expanded beyond traditional, and often rudimentary, perceptions of those rights. The diversity in texts regarding housing rights may pose numerous ramifications for the international and national legal regimes. Yet, one clear priority remains: the imperative of consolidating promotional activities through an expanded focus on the global protection of housing rights.”

rather than mitigates their marginalisation. The integrity of the rights-based vision of the Constitution is punctured when governmental action augments rather than reduces denial of the claims of the desperately poor to the basic elements of a decent existence. Hence the need for special judicial control of a process that is both socially stressful and potentially conflictual.

[19] Much of this case accordingly turns on establishing an appropriate constitutional relationship between section 25, dealing with property rights, and section 26, concerned with housing rights. The Constitution recognises that land rights and the right of access to housing and of not being arbitrarily evicted, are closely intertwined. The stronger the right to land, the greater the prospect of a secure home. Thus, the need to strengthen the precarious position of people living in informal settlements is recognised by section 25 in a number of ways. Land reform is facilitated,¹⁶ and the state is required to foster conditions enabling citizens to gain access to land on an equitable basis;¹⁷ persons or communities with legally insecure tenure because of discriminatory laws are entitled to secure tenure or other redress;¹⁸ and persons dispossessed of property by racially discriminatory laws are entitled to restitution or other redress.¹⁹ Furthermore, sections 25 and 26 create a broad overlap

¹⁶ Section 25(4)(a).

¹⁷ Section 25(5).

¹⁸ Section 25(6).

¹⁹ Section 25(7).

between land rights and socio-economic rights, emphasising the duty on the state to seek to satisfy both, as this Court said in *Grootboom*.²⁰

[20] There are three salient features of the way the Constitution approaches the interrelationship between land hunger, homelessness and respect for property rights. In the first place, the rights of the dispossessed in relation to land are not generally delineated in unqualified terms as rights intended to be immediately self-enforcing. For the main part they presuppose the adoption of legislative and other measures to strengthen existing rights of tenure, open up access to land and progressively provide adequate housing. Thus, the Constitution is strongly supportive of orderly land reform, but does not purport to effect transfer of title by constitutional fiat.²¹ Nor does it sanction arbitrary seizure of land, whether by the state or by landless people.²² The rights involved in section 26(3) are defensive rather than affirmative. The land-owner

²⁰ Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others 2001 (1) SA 46 (CC); 2000 (11) BCLR 1169 (CC) at para 74.

²¹ As Van der Walt correctly points out it does not change the institution of private property. Nor does it create what has been referred to as a ‘servitude of trespass’ (See *Betta Eindomme (Pty) Ltd v Ekple-Epoh* 2000 (4) SA 468 (WLD) at para 8.2). See Van der Walt “Exclusivity of Ownership, Security of Tenure and Eviction Orders: A critical evaluation of Recent Case Law” (2002) 18 *SA Journal on Human Rights* 372 at 397 ff.

²² As Yacoob J pointed out in *Grootboom*:

“Land invasion is inimical to the systematic provision of adequate housing on a planned basis. It may well be that the decision of the State structure, faced with the difficulty of repeated land invasions, not to provide housing in response to those invasions, would be reasonable. Reasonableness must be determined on the facts of each case.” Above note 20 at para 92.

The term land invasion, however, must be used with caution. It can be stretched to cover widely dissimilar cases, like the present where a relatively small number of people have erected shacks and lived on undeveloped land for relatively long periods of time, or the situation in *Grootboom* where although a thousand desperate people occupied a hillside due to be developed for low-cost housing, no intent to jump the queue was shown and a remedy was not refused, or the circumstances revealed in *Port Elizabeth Municipality v Peoples Dialogue on Land and Shelter* (above n 7) at 1085, where the trial court held that eviction subject to conditions should be ordered because there had been a deliberate and premeditated act culminating in the unlawful invasion and occupation of a large tract of land.

cannot simply say: this is my land, I can do with it what I want, and then send in the bulldozers or sledgehammers.

[21] A second major feature of this cluster of constitutional provisions is that through section 26(3) they expressly acknowledge that eviction of people living in informal settlements may take place, even if it results in loss of a home.

[22] A third aspect of section 26(3) is the emphasis it places on the need to seek concrete and case-specific solutions to the difficult problems that arise. Absent the historical background outlined above, the statement in the Constitution that the courts must do what courts are normally expected to do, namely, take all relevant factors into account, would appear otiose (superfluous), even odd. Its use in section 26(3), however, serves a clear constitutional purpose. It is there precisely to underline how non-prescriptive the provision is intended to be. The way in which the courts are to manage the process has accordingly been left as wide open as constitutional language could achieve, by design and not by accident, by deliberate purpose and not by omission.

[23] In sum, the Constitution imposes new obligations on the courts concerning rights relating to property not previously recognised by the common law. It counterposes to the normal ownership rights of possession, use and occupation, a new and equally relevant right not arbitrarily to be deprived of a home. The expectations that ordinarily go with title could clash head-on with the genuine despair of people in

dire need of accommodation.²³ The judicial function in these circumstances is not to establish a hierarchical arrangement between the different interests involved, privileging in an abstract and mechanical way the rights of ownership over the right not to be dispossessed of a home, or vice versa. Rather it is to balance out and reconcile the opposed claims in as just a manner as possible taking account of all the interests involved and the specific factors relevant in each particular case.

II The structure of PIE

[24] PIE provides some legislative texture to guide the courts in determining the approach to eviction now required by section 26 (3) of the Constitution. Its preamble makes clear that it was enacted to do so.²⁴ Its central operative provisions are section

²³ Horn AJ in *Port Elizabeth Municipality* above n 7 at 1081. The judge was quoted with approval by Olivier JA in *Ndlovu and Bekker* above n 6. See also Van Der Walt above n 21 at 378.

²⁴ Echoing the provisions of sections 25(1) and 26(3) of the Constitution, its preamble declares:

“WHEREAS no one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property;
 AND WHEREAS no one may be evicted from their home, or have their home demolished without an order of court made after considering all relevant circumstances;
 AND WHEREAS it is desirable that the law should regulate the eviction of unlawful occupiers from land in a fair manner, while recognising the right of land owners to apply to a court for an eviction order in appropriate circumstances;
 AND WHEREAS special consideration should be given to the rights of the elderly, children, disabled persons and particularly households headed by women, and that it should be recognised that the needs of those groups should be considered;

The definition section (section 1) states that ‘building or structure’ includes any hut, shack, tent or similar structure or any other form of temporary or permanent dwelling or shelter. An ‘unlawful occupier’ means a person who occupies land without the express or tacit consent of the owner or person in charge. Magistrate’s courts are included in the definition of courts to whom powers under PIE are entrusted (sections 1 and 9). It is made a criminal offence to evict an unlawful occupier except on the authority of an order of a competent court (section 8(1)). Section 3 prohibits receipt of payment for organising unlawful occupation of land. Section 5 makes special provision for emergency evictions. Extensive provision is made in section 7 for the appointment of mediators. The Minister designated by the State President is given power to make regulations where they are required or where it is necessary or desirable to achieve the objectives of the Act (section 12).

4, which deals with evictions sought by owners or persons in charge of property,²⁵ and section 6, which is concerned with eviction proceedings brought by organs of state.

²⁵ Section 4 reads:

“Eviction of unlawful occupiers—

- (1) Notwithstanding anything to the contrary contained in any law or the common law, the provisions of this section apply to proceedings by an owner or person in charge of land for the eviction of an unlawful occupier.
- (2) At least 14 days before the hearing of the proceedings contemplated in subsection (1), the court must serve written and effective notice of the proceedings on the unlawful occupier and the municipality having jurisdiction.
- (3) Subject to the provisions of subsection (2), the procedure for the serving of notices and filing of papers is as prescribed by the rules of the court in question.
- (4) Subject to the provisions of subsection (2), if a court is satisfied that service cannot conveniently or expeditiously be effected in the manner provided in the rules of the court, service must be effected in the manner directed by the court: Provided that the court must consider the rights of the unlawful occupier to receive adequate notice and to defend the case.
- (5) The notice of proceedings contemplated in subsection (2) must—
 - (a) state that proceedings are being instituted in terms of subsection (1) for an order for the eviction of the unlawful occupier;
 - (b) indicate on what date and at what time the court will hear the proceedings;
 - (c) set out the grounds for the proposed eviction; and
 - (d) state that the unlawful occupier is entitled to appear before the court and defend the case and, where necessary, has the right to apply for legal aid.
- (6) If an unlawful occupier has occupied the land in question for less than six months at the time when the proceedings are initiated, a court may grant an order for eviction if it is of the opinion that it is just and equitable to do so, after considering all the relevant circumstances, including the rights and needs of the elderly, children, disabled persons and households headed by women.
- (7) If an unlawful occupier has occupied the land in question for more than six months at the time when the proceedings are initiated, a court may grant an order for eviction if it is of the opinion that it is just and equitable to do so, after considering all the relevant circumstances, including, except where the land is sold in a sale of execution pursuant to a mortgage, whether land has been made available or can reasonably be made available by a municipality or other organ of state or another land owner for the relocation of the unlawful occupier, and including the rights and needs of the elderly, children, disabled persons and households headed by women.
- (8) If the court is satisfied that all the requirements of this section have been complied with and that no valid defence has been raised by the unlawful occupier, it must grant an order for the eviction of the unlawful occupier, and determine—
 - (a) a just and equitable date on which the unlawful occupier must vacate the land under the circumstances; and
 - (b) the date on which an eviction order may be carried out if the unlawful occupier has not vacated the land on the date contemplated in paragraph (a).
- (9) In determining a just and equitable date contemplated in subsection (8), the court must have regard to all relevant factors, including the period the unlawful occupier and his or her family have resided on the land in question.
- (10) The court which orders the eviction of any person in terms of this section may make an order for the demolition and removal of the buildings or structures that were occupied by such person on the land in question.
- (11) A court may, at the request of the sheriff, authorise any person to assist the sheriff to carry out an order for eviction, demolition or removal subject to conditions determined by the court: Provided that the sheriff must at all times be present during such eviction, demolition or removal.

There is considerable difference in detail between the two provisions. They emphasise that a distinction has to be made on the basis of whether the application for eviction is brought by the owner of property or by the Municipality. This case deals with proceedings brought under section 6 by the Municipality and does not require us to consider whether it would have taken a different form if it had been brought directly by owners themselves under section 4. Despite their differences both sections emphasise the central role courts have to ensure equity after considering all relevant circumstances.

[25] Section 6, the governing provision in the present matter, reads:

“6. Eviction at instance of organ of state.—

- (1) An organ of state may institute proceedings for the eviction of an unlawful occupier from land which falls within its area of jurisdiction, except where the unlawful occupier is a mortgagor and the land in question is sold in a sale of execution pursuant to a mortgage, and the court may grant such an order if it is just and equitable to do so, after considering all the relevant circumstances, and if—
 - (a) the consent of that organ of state is required for the erection of a building or structure on that land or for the occupation of the land, and the unlawful occupier is occupying a building or structure on that land without such consent having been obtained; or
 - (b) it is in the public interest to grant such an order.
- (2) For the purposes of this section, “public interest” includes the interest of the health and safety of those occupying the land and the public in general.
- (3) In deciding whether it is just and equitable to grant an order for eviction, the court must have regard to—

-
- (12) Any order for the eviction of an unlawful occupier or for the demolition or removal of buildings or structures in terms of this section is subject to the conditions deemed reasonable by the court, and the court may, on good cause shown, vary any condition for an eviction order.”

- (a) the circumstances under which the unlawful occupier occupied the land and erected the building or structure;
- (b) the period the unlawful occupier and his or her family have resided on the land in question; and
- (c) the availability to the unlawful occupier of suitable alternative accommodation or land.”

Simply put, the ordinary prerequisites for the Municipality to be in a position to apply for an eviction order are that the occupation is unlawful and the structures are either unauthorised, or unhealthy or unsafe.²⁶ Contrary to the pre-constitutional position, however, the mere establishment of these facts does not require the court to make an eviction order. In terms of section 6, they merely trigger the court’s discretion. If they are proved, the court then may (not must) grant an eviction order if it is just and equitable to do so. In making its decision it must take account of all relevant circumstances, including the manner in which occupation was effected, its duration and the availability of suitable alternative accommodation or land.

‘The circumstances of the occupation of the land’

[26] A distinction could be drawn between occupation with the consent of the landowner but involving structures that do not meet with by-law requirements, a health hazard, and occupation in the face of landowner opposition. Different considerations could arise depending on whether the land occupied is public or privately owned. In the case of public land, the state generally has further land to

²⁶ It is not necessary for the purposes of this judgment to decide whether the manner in which the SCA in this matter discusses the disjunctive ‘or’ between section 4(1) (a) and (b) is fully accurate. See para 9 in that judgment.

meet its obligations in terms of section 26 of the Constitution, while in the case of privately owned land there is normally no alternative land available unless the state takes steps to acquire some. On the other hand, private land may be derelict, with the owners having little practical interest in its utilisation, while public land may have been set aside for important public purposes, including the provision of housing. The motivation for settling on the land could be of importance. The degree of emergency or desperation of people who have sought a spot on which to erect their shelters, would always have to be considered. Furthermore, persons occupying land with at least a plausible belief that they have permission to be there can be looked at with far greater sympathy than those who deliberately invade land with a view to disrupting the organised housing programme and placing themselves at the front of the queue. The public interest requires that the legislative framework and general principles which govern the process of housing development should not be undermined and frustrated by the unlawful and arbitrary actions of a relatively small group of people.²⁷ Thus the well-structured housing policies of a municipality could not be allowed to be endangered by the unlawful intrusion of people at the expense of those inhabitants who may have had equal claims to be housed on the land earmarked for development by the applicant. Municipalities represent all the people in their area and should not seek to curry favour with or bend to the demands of individuals or communities, whether rich or poor. They have to organise and administer their affairs in accordance with the broader interests of all the inhabitants.

²⁷ Horn AJ in *Port Elizabeth Municipality* above n 7 at 1084.

‘The period the unlawful occupier and his or her family have been on the land’

[27] Section 6 does not make the explicit distinction that section 4 does between occupation for less than six months and occupation for longer. Clearly, however, eviction proceedings speedily undertaken would be more readily sustained than those instituted after a long period of occupation without objection. PIE does not envisage any set formula connecting time to stability, such as that which would be necessary for prescription or a statute of limitations. Its concern is with time as an element of fairness. Justice and equity require showing special concern when settled communities or individuals are faced with being uprooted. The longer the unlawful occupiers have been on the land, the more established they are on their sites and in the neighbourhood, the more well settled their homes and the more integrated they are in terms of employment, schooling and enjoyment of social amenities, the greater their claim to the protection of the courts. A court will accordingly be far more cautious in evicting well-settled families with strong local ties, than persons who have recently moved on to land and erected their shelters there. And should it decide that eviction is called for in the former case, it will be specially astute to ensure that equitable arrangements are made to diminish its negative impact.

‘The availability of suitable alternative accommodation or land’

[28] Section 6(3) states that the availability of a suitable alternative place to go to is something to which regard must be had, not an inflexible requirement. There is therefore no unqualified constitutional duty on local authorities to ensure that in no circumstances should a home be destroyed unless alternative accommodation or land

is made available. In general terms, however, a court should be reluctant to grant an eviction against relatively settled occupiers unless it is satisfied that a reasonable alternative is available, even if only as an interim measure pending ultimate access to housing in the formal housing programme.²⁸

[29] The availability of suitable alternative accommodation will vary from municipality to municipality and be affected by the number of people facing eviction in each case. The problem will always be to find something suitable for the unlawful occupiers without prejudicing the claims of lawful occupiers and those in line for formal housing. In this respect it is important that the actual situation of the persons concerned be taken account of. It is not enough to have a programme that works in theory. The Constitution requires that everyone must be treated with care and concern; if the measures though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.²⁹ In a society founded on human dignity, equality and freedom it cannot be presupposed that the greatest good for the many can be achieved at the cost of intolerable hardship for the few, particularly if by

²⁸ While the provisions of PIE give temporary continuity to transit camps established under section 11(4) of PISA. PIE makes no substitute infrastructural provision for transitional support for evicted persons. This gap in the law creates problems for municipalities seeking to ensure that evictions are carried out in a just and equitable manner. Though in the age of forced removals transit camps had a dolorous history, the role of places for temporary settlement could be quite different today. They could serve to cushion removals and place the persons concerned in a position to re-establish themselves pending access to secure housing. See, Pienaar and Muller “The impact of the Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 19 of 1998 on homelessness and unlawful occupation within the present statutory framework” (1999) 10 *Stellenbosch Law Review* 370 at 393.

²⁹ *Grootboom* above n 20 at para 44. The issue in *Grootboom* was whether or not the housing programme was reasonable. In the present matter the focus is whether an eviction order would be just and equitable. Yet though the text and context in each case is different what they have in common is the need to focus on the question of human dignity and to ensure that the programmes at issue are sufficiently flexible to respond to those in desperate need and to cater appropriately for immediate and short-term requirements (at para 52). In the words of Yacoob J: “The Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of State action is determined without regard to the fundamental constitutional value of human dignity In short, I emphasise that human beings are required to be treated as human beings.”(At para 83).

a reasonable application of judicial and administrative statecraft such human distress could be avoided. Thus it would not be enough for the municipality merely to show that it has in place a programme that is designed to house the maximum number of homeless people over the shortest period of time in the most cost effective way. The existence of such a programme would go a long way towards establishing a context that would ensure that a proposed eviction would be just and equitable. It falls short, however, from being determinative of whether and under what conditions an actual eviction order should be made in a particular case.

‘Considering all the relevant circumstances’

[30] There is nothing in section 6 to suggest that the three specifically identified circumstances are intended to be the only ones to which the court may refer in deciding what is just and equitable. They are preemptory but not exhaustive. It is clear both from the open-ended way in which they are framed and from the width of decision-making involved in the concept of what is just and equitable, that the court has a very wide mandate and must give due consideration to all circumstances that might be relevant. Thus the particular vulnerability of occupiers referred to in section 4 (the elderly, children, disabled persons and households headed by women) could constitute a relevant circumstance under section 6. Similarly, justice and equity would take account of the extent to which serious negotiations had taken place with equality of voice for all concerned. What is just and equitable could be affected by the reasonableness of offers made in connection with suitable alternative accommodation

or land, the time scales proposed relative to the degree of disruption involved, and the willingness of the occupiers to respond to reasonable alternatives put before them.

[31] The combination of circumstances may be extremely intricate, requiring a nuanced appreciation of the specific situation in each case. Thus, though there might be a sad uniformity in the conditions of homelessness and desperation which lead to unlawful occupations, on the one hand, and the frustration of landowners at being blocked by intruders from enjoyment of their property, on the other, the actual details of the relationships involved are capable of infinite variation.³⁰ It is not easy to classify the multitude of places and relationships involved. This is precisely why, even though unlawfulness is established, the eviction process is not automatic and why the courts are called upon to exercise a broad judicial discretion on a case by case basis. Each case accordingly has to be decided not on generalities but in the light of its own particular circumstances. Every situation has its own history, its own dynamics, its own intractable elements that have to be lived with (at least for the time being), and its own creative possibilities that have to be explored as far as reasonably possible. The proper application of PIE will therefore depend on the facts of each case, and each case may present different facts that call for the adoption of different approaches.

‘Must have regard to’

³⁰ The reported cases indicate that homeless people tend to erect their shelters on relatively deserted land, rather than on open spaces like golf courses, public commons or private gardens. They seek to tuck themselves away in places from which they are unlikely to be evicted, rather than to choose spots which would inevitably and immediately provoke confrontation.

[32] The obligation on the court is to ‘have regard to’ the circumstances, that is, to give them due weight in making its judgment as to what is just and equitable. The court cannot fulfil its responsibilities in this respect if it does not have the requisite information at its disposal. It needs to be fully apprised of the circumstances before it can have regard to them. It follows that although it is incumbent on the interested parties to make all relevant information available, technical questions relating to onus of proof should not play an unduly significant role in its enquiry. The court is not resolving a civil dispute as to who has rights under land law; the existence of unlawfulness is the foundation for the enquiry, not its subject matter. What the court is called upon to do is to decide whether, bearing in mind the values of the Constitution, in upholding and enforcing land rights it is appropriate to issue an order which has the effect of depriving people of their homes.³¹ Of equal concern, it is determining the conditions under which, if it is just and equitable to grant such an order, the eviction should take place.³² Both the language of the section and the purpose of the statute require the court to ensure that it is fully informed before undertaking the onerous and delicate task entrusted to it. In securing the necessary information, the court would therefore be entitled to go beyond the facts established in the papers before it. Indeed when the evidence submitted by the parties leaves important questions of fact obscure, contested or uncertain, the court might be obliged to procure ways of establishing the true state of affairs, so as to enable it properly to ‘have regard’ to relevant circumstances.

³¹ For the purposes of this case it is not necessary to go into the question which divided the SCA in *Ndlovu and Bekker* above n 6, namely, whether the operation of PIE is restricted to poor, homeless persons who out of necessity arising from past laws have occupied the land of others without consent.

³² Section 6(6) read with sections 4(8), (9) and (12).

'Just and equitable'

[33] In *Port Elizabeth Municipality v Peoples Dialogue on Land and Shelter and Others*,³³ a case with some similarities to the present, section 6 was helpfully analysed by Horn AJ. He pointed out that in matters brought under PIE one is dealing with two diametrically opposed fundamental interests. On the one hand there is the traditional real right inherent in ownership reserving exclusive use and protection of property by the landowner. On the other hand there is the genuine despair of people in dire need of adequate accommodation. It was with this regard that the legislature had by virtue of its provisions of PIE set about implementing a procedure which envisaged the orderly and controlled removal of informal settlements. It is the duty of the court in applying the requirements of the Act to balance these opposing interests and bring out a decision that is just and equitable. He went on to say that the use of the term 'just and equitable' relates to both interests, that is what is just and equitable not only to the persons who occupied the land illegally but to the landowner as well. He held that the term also implies that a court, when deciding on a matter of this nature, would be obliged to break away from a purely legalistic approach and have regard to extraneous factors such as morality, fairness, social values and implications and circumstances which would necessitate bringing out an equitably principled judgment.

[34] Finally Horn AJ went on to emphasise that each case would have to be decided on its own facts. Hopefully once the housing shortage had been overcome incidents of unlawful invasion of property by desperate communities in search of

³³ Port Elizabeth Municipality above n 7.

accommodation would disappear. In the interim the courts would do the best they could and apply criteria that were just and equitable and acceptable to all concerned. What remained essential, he concluded, was that removals be done in a fair and orderly manner and preferably with a specific plan of resettlement in mind.

[35] The approach by Horn AJ has been described both judicially and academically as sensitive and balanced.³⁴ I agree with that description. The phrase ‘just and equitable’ makes it plain that the criteria to be applied are not purely of the technical kind that flow ordinarily from the provisions of land law. The emphasis on justice and equity underlines the central philosophical and strategic objective of PIE. Rather than envisage the foundational values of the rule of law and the achievement of equality as being distinct from and in tension with each other, PIE treats these values as interactive, complementary and mutually reinforcing. The necessary reconciliation can only be attempted by a close analysis of the actual specifics of each case.

[36] The court is thus called upon to go beyond its normal functions, and to engage in active judicial management according to equitable principles of an ongoing, stressful and law-governed social process. This has major implications for the manner in which it must deal with the issues before it, how it should approach questions of evidence, the procedures it may adopt, the way in which it exercises its powers and

³⁴ Olivier J in *Ndlovu and Bekker* above n 6 at para 56.

the orders it might make.³⁵ The Constitution and PIE require that in addition to considering the lawfulness of the occupation the court must have regard to the interests and circumstances of the occupier and pay due regard to broader considerations of fairness and other constitutional values, so as to produce a just and equitable result.

[37] Thus, PIE expressly requires the court to infuse elements of grace and compassion into the formal structures of the law. It is called upon to balance competing interests in a principled way and promote the constitutional vision of a caring society based on good neighbourliness and shared concern. The Constitution and PIE confirm that we are not islands unto ourselves. The spirit of ubuntu, part of the deep cultural heritage of the majority of the population, suffuses the whole constitutional order.³⁶ It combines individual rights with a communitarian philosophy.

³⁵ A perusal of the orders made in the many cases brought under PIE in the different divisions of the High Court indicates a great variety of responses. Innovative orders have been made both in the High Court as a court of first instance, and the SCA as a court of appeal.

Thus, Browde AJ in *Transnet t/a Spoornet v Informal Settlers of Good Hope and Others* 2001 (4) All SA 516 (WLD) concludes his judgment as follows at 524:

“It is clear to me that what is required is further investigation into the matter since an order for eviction would merely exacerbate an already tragic situation. I therefore make the following order namely:

1. The application is postponed *sine die*.
2. The applicant is ordered to conduct a survey to enable it (and the court when the matter is reinstated) to assess the needs and the rights of the persons presently illegally occupying the Rail Reserve and the prospect, if any, of relocating the communities to a safer and healthier site.
3. Respondents ie the two respondent communities, represented by the Legal Resources Centre and the third respondent are ordered to take all reasonable steps to assist the applicant in carrying out the survey referred to in paragraph 1 hereof.
4. The costs of the application thus far incurred are reserved for decision by the court which hears the application if and when it is reinstated.”

³⁶ As Mokgoro J has explained:

It is a unifying motif of the Bill of Rights, which is nothing if not a structured, institutionalised and operational declaration in our evolving new society of the need for human interdependence, respect and concern.

[38] The inherited injustices at the macro level will inevitably make it difficult for the courts to ensure immediate present-day equity at the micro level. The judiciary cannot of itself correct all the systemic unfairness to be found in our society. Yet it can at least soften and minimise the degree of injustice and inequity which the eviction of the weaker parties in conditions of inequality of necessity entails. As the authors of the minority judgment in the second abortion case in the German Federal Constitutional Court pointed out, there are some problems based on contradictory values that are so intrinsic to the way our society functions that neither legislation nor the courts can ‘solve’ them with ‘correct’ answers.³⁷ When dealing with the dilemmas

“Generally, *ubuntu* translates as ‘humaneness’. In its most fundamental sense it translates as personhood and ‘morality’. Metaphorically, it expresses itself in *umuntu ngumuntu ngabantu*, describing the significance of group solidarity on survival issues so central to the survival of communities. While it envelops the key values of group solidarity, compassion, respect, human dignity, conformity to basic norms and collective unity, in its fundamental sense it denotes humanity and morality. Its spirit emphasises a respect for human dignity, marking a shift from confrontation to conciliation. In South Africa *ubuntu* has become a notion with particular resonance in the building of a democracy. It is part of our *rainbow* heritage, though it might have operated and still operates differently in diverse community settings. In the Western cultural heritage, respect and the value for life, manifested in the all-embracing concepts of ‘humanity’ and ‘menswaardigheid’, are also highly prized. It is values like these that [s 39(1)(a)] requires to be promoted. They give meaning and texture to the principles of a society based on freedom and equality.” [Footnotes omitted.] See *S v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC); 1995 (6) BCLR (CC) at para 308.

³⁷ The eloquent opening words by the Vice President of the German Federal Constitutional Court and the presiding judge in its second senate, Judge Mahrenholz, and his colleague, Judge Sommer in the second abortion case heard by that Court in 1993, illustrate certain inherent limitations of the law; some legal dilemmas cannot be resolved, they can only be managed more or less well.

“Legal regulation of the termination of pregnancy strikes to the innermost core of human life and touches fundamental questions of human existence. It is characteristic of the human condition that sexuality and the desire to bear children do not coincide. Women have to bear the consequence of this divergence. At all times and in all cultures, including those with different moral and religious value systems, they have sought and found ways out of the crisis

posed by PIE, the courts must accordingly do as well as they can with the evidential and procedural resources at their disposal.

III Mediation

[39] In seeking to resolve the above contradictions, the procedural and substantive aspects of justice and equity cannot always be separated. The managerial role of the courts may need to find expression in innovative ways. Thus one potentially dignified and effective mode of achieving sustainable reconciliations of the different interests involved is to encourage and require the parties to engage with each other in a proactive and honest endeavour to find mutually acceptable solutions. Wherever possible, respectful face-to-face engagement or mediation through a third party should replace arms-length combat by intransigent opponents.

of unwanted pregnancies. They have not let themselves be deterred by the heaviest and most cruel punishments, or even by the risk to their own lives, from terminating the unborn life when they did not want a child. In accordance with their changed station in society, women today resolve this fundamental conflict primarily in terms of whether, in their own estimation, they are able to fulfil the responsibilities of motherhood.

Any regulation of the termination of pregnancy raises questions about the sphere of inviolable autonomy of the individual on the one hand, and the right of the state to regulate on the other; here *the legislature finds itself at the limit of its capacity to regulate in any way an aspect of human life. It can introduce a better or worse regulation, but it cannot 'solve' the problem; in this sphere the state can no longer be confident that it can lay down the 'correct' legislation.*"
[My emphasis]

See; "Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch vom 28 Mai 1993" reported in full in a special issue of *Juristenzeitung (JZ.)* of 7 June 1993 at 43. Translated and quoted by Van Zyl Smit in "Reconciling the irreconcilable? Recent developments in the German law on abortion" *Medical Law Review* (1994) 3 at 302. Here the problem is not one of competing values but of competing interests with deep historical roots.

[40] Compulsory mediation³⁸ is an increasingly common feature of modern systems. It should be noted, however, that the compulsion lies in participating in the process, not in reaching a settlement. In South Africa, mediation or conciliation are compulsory in many cases before labour disputes are brought before a court.³⁹ Mediation in family matters, too, though not compulsory, is increasingly common in many jurisdictions.⁴⁰

[41] Thus, those seeking eviction should be encouraged not to rely on concepts of faceless and anonymous squatters automatically to be expelled as obnoxious social nuisances. Such a stereotypical approach has no place in the society envisaged by the Constitution; justice and equity require that everyone is to be treated as an individual bearer of rights entitled to respect for his or her dignity. At the same time those who find themselves compelled by poverty and landlessness to live in shacks on the land of others, should be discouraged from regarding themselves as helpless victims, lacking the possibilities of personal moral agency. The tenacity and ingenuity they show in making homes out of discarded material, in finding work and sending their children to school, are a tribute to their capacity for survival and adaptation. Justice and equity oblige them to rely on this same resourcefulness in seeking a solution to their plight

³⁸ Mediation, as a process, is notoriously difficult to define. See the general discussion in Boulle and Rycroft *Mediation Principles, Process, Practice* (Butterworths, Durban 1997) at 3-7. Nupen offers the following crisp definition: "Mediation is a process in which parties in conflict voluntarily enlist the services of an acceptable third party to assist them in reaching agreement on issues that divide them." Nupen "Mediation" in Pretorius (ed) *Dispute Resolution* (Juta, Cape Town 1993) at 39.

³⁹ See the Labour Relations Act 66 of 1995 and the discussion in Boulle and Rycroft, above n 38, chapter 8.

⁴⁰ For a helpful synoptic account of such developments see Van Zyl *Divorce mediation and the best interests of the child* (HSRC, Pretoria 1997) at 142-153.

and to explore all reasonable possibilities of securing suitable alternative accommodation or land.

[42] Not only can mediation reduce the expenses of litigation, it can help avoid the exacerbation of tensions that forensic combat produces. By bringing the parties together, narrowing the areas of dispute between them and facilitating mutual give-and-take, mediators can find ways round sticking-points in a manner that the adversarial judicial process might not be able to do. Money that otherwise might be spent on unpleasant and polarising litigation can better be used to facilitate an outcome that ends a stand-off, promotes respect for human dignity and underlines the fact that we all live in a shared society.

[43] In South African conditions, where communities have long been divided and placed in hostile camps, mediation has a particularly significant role to play. The process enables parties to relate to each other in pragmatic and sensible ways, building up prospects of respectful good neighbourliness for the future. Nowhere is this more required than in relation to the intensely emotional and historically charged problems with which PIE deals. Given the special nature of the competing interests involved in eviction proceedings launched under section 6 of PIE, absent special circumstances it would not ordinarily be just and equitable to order eviction if proper discussions, and where appropriate, mediation, have not been attempted.

[44] In the light of the above considerations, parties to this appeal were given an opportunity to address argument on the legality and propriety of this Court itself ordering mediation. The Chief Justice issued further directions on this topic.⁴¹ Neither party, however, indicated unqualified support for mediation. The Municipality's response was that while section 7 of PIE⁴² placed no obligation on a municipality to appoint a mediator, there was sufficient indication in PIE and the

⁴¹ The parties were asked to answer the following questions:

- “(i) Is it competent for a court seized at first instance of an application under the Prevention of Illegal Eviction and Unlawful Occupation Act 19 of 1998, where the parties to the matter have not availed themselves of the procedures laid down in section 7 of the Act:
 - (a) to order that mediation or a similar form of alternative dispute resolution be followed; and
 - (b) to decide the case only if the alternative dispute resolution process does not resolve the dispute between the parties within a specified time.
- (ii) If so, is it competent for a court to make such an order on appeal where such an order has not been made by the court of first instance?
- (iii) If so, would it be competent and appropriate in the circumstances of this case for this Court to make such an order?”

⁴² Section 7 reads as follows:

“Mediation

- (1) If the municipality in whose area of jurisdiction the land in question is situated is not the owner of the land the municipality may, on the conditions that it may determine, appoint one or more persons with expertise in dispute resolution to facilitate meetings of interested parties and to attempt to mediate and settle any dispute in terms of this Act: Provided that the parties may at any time, by agreement, appoint another person to facilitate meetings or mediate a dispute, on the conditions that the municipality may determine.
- (2) If the municipality in whose area of jurisdiction the land in question is situated is the owner of the land in question, the member of the Executive Council designated by the Premier of the province concerned, or his or her nominee, may, on the conditions that he or she may determine, appoint one or more persons with expertise in dispute resolution to facilitate meetings of interested parties and to attempt to mediate and settle any dispute in terms of this Act: Provided that the parties may at any time, by agreement, appoint another person to facilitate meetings or mediate a dispute, on the conditions that the said member of the Executive Council may determine.
- (3) Any party may request the municipality to appoint one or more persons in terms of subsections (1) and (2), for the purposes of those subsections.
- (4) A person appointed in terms of subsection (1) or (2) who is not in full-time service of the State may be paid the remuneration and allowances that may be determined by the body or official who appointed that person for services performed by him or her.
- (5) All discussions, disclosures and submissions which take place or are made during the mediation process shall be privileged, unless the parties agree to the contrary.”

Constitution for a court to make such an order as a precursor to granting an eviction order. It accordingly favoured an eviction order, to be suspended while mediation was being tried. The occupiers' answer, on the other hand, was that none of the express powers given to the court by PIE conferred authority on the court to order parties to subject themselves to mediation as a precursor to the granting of an eviction order. They contended that if the Municipality had truly wished to go to mediation, it could have done so prior to launching its application; having failed in the SCA, it should not be entitled to a second bite of the cherry, and should stand or fall by its evidence in the application for eviction. Should the application for leave to appeal be refused, however, the occupiers undertook then to participate in any process of mediation suggested by the Municipality, provided that a mediator be appointed by a Member of the Executive of the Eastern Cape provincial government.

[45] In my view, section 7 of PIE is intended to be facilitative rather than exhaustive. It does not purport, either expressly or by necessary implication, to limit the very wide power entrusted to the court to ensure that the outcome of eviction proceedings will be just and equitable. As has been pointed out, section 26(3) of the Constitution and PIE between them give the courts the widest possible discretion in eviction proceedings, taking account of all relevant circumstances. One of the relevant circumstances in deciding whether an eviction order would be just and equitable would be whether mediation has been tried.⁴³ In appropriate circumstances the courts should themselves order that mediation be tried.

⁴³ Even in pre-constitutional times some judges recognised the need to take account of the drastic effects of eviction. As Goldstone J pointed out in *S v Govender* 1986 (3) SA 969 (T) at 971, the power to make an

[46] It appears that from the beginning the parties have been at loggerheads with each other. The Municipality's position has been that it would consider negotiating with the occupiers only once an eviction order had been granted. The occupiers for their part have acknowledged that they will have to move, but have not accepted the proposal that they move to Walmer, where they claim that conditions are bad and they might be subjected to further eviction. There are only nine households and three single persons to be dealt with. Each family situation has its own particularities, and the possibilities of individualised responses rather than a blanket solution could not be ruled out. The endless war of attrition between the parties has been to no-one's advantage. The Municipality could have explored the potential of the landowners to have made a contribution towards a solution.

[47] The question arises whether it is permissible or appropriate for this Court to order mediation when its use or non-use has not been considered either by the court of first instance or by the SCA. By the time an appeal is heard some of the advantages of mediation are lost. There is no saving on forensic expense, no avoidance of the law's delay, and no minimisation of litigious rancour. Further, the chances of successful mediation are usually at their highest when the outcome of litigation is at its most uncertain. In the present matter neither party supports it unconditionally at this stage. Not without hesitation, I have come to the conclusion that too much water has flowed

ejection order under section 46(2)(b) of the Group Areas Act 36 of 1966 was a wide one and one which might, and in most cases would, seriously affect the lives of the person or persons concerned. Such an order should not therefore be made without the fullest enquiry. Many considerations might be relevant to the exercise of the court's discretion, for example the nature of the area concerned; the attitude of the neighbours; the policy and views of the Department of Community Development or any other interested Department of State; the attitude of the landlord; the prospects of the permit being issued for continued lawful occupation of the premises; the personal hardship which such an order may cause and the availability of alternative accommodation.

under the bridge to make it appropriate that mediation be attempted now. The fact that mediation has not been tried will, however, be an important factor in determining whether it is just and equitable for an eviction order to be made. With this consideration in mind, I turn to consider the Municipality's appeal against the decision of the SCA.

IV Should the decision of the SCA be overturned?

[48] It is necessary now to consider whether the application for leave to appeal should be granted. In considering this question it is important to identify the relevant facts of this case to which the legal principles identified above must be applied. The Municipality launched motion proceedings to seek the eviction of the occupiers. Many of the facts it alleged in its founding affidavits were disputed by the occupiers in response. Accordingly we must accept those facts asserted by the applicant that remain undenied by the respondent, together with the facts as alleged by the respondents.⁴⁴

[49] The occupiers have built shacks on privately owned land in the suburb of Lorraine, in Port Elizabeth. It is clear that the shacks were erected without the necessary approval from the Municipality. Accordingly, the requirement of section 6(1)(a) of the Act is met.⁴⁵ The occupiers assert that eight of the respondent families

⁴⁴ See *Plascon Evans Paints Ltd v Van Riebeeck Paints (Pty) Ltd* 1984 (3) SA 623 (A).

⁴⁵ Section 6(1)(a) provides that:

“Eviction at instance of organ of state.—

have resided on the land for eight years⁴⁶ (as at August 2000 when the answering affidavits were signed), three of them for four years⁴⁷ and only one family for two years.⁴⁸ They aver that most of them moved to the land in Lorraine after having been evicted from land in Glenroy, Port Elizabeth. They also state that they are willing to move again but want to do so only if they are provided with a piece of land upon which to live “without fear of further eviction” until they are provided with housing in terms of the Municipality’s housing scheme. In this short tale, the hard realities of urbanisation and homelessness in South Africa are captured.

[50] The occupiers claim that when they moved onto the land they were given permission to do so by a woman whom they assumed to be the owner. The Municipality, in reply, filed affidavits on behalf of all the owners of the erven concerned indicating that the current occupiers do not have permission to reside on the land. These specific and emphatic denials must be accepted to establish that the occupiers, even if they were once given permission to occupy the land by an owner,

-
- (1) An organ of state may institute proceedings for the eviction of an unlawful occupier from land which falls within its area of jurisdiction, except where the unlawful occupier is a mortgagor and the land in question is sold in a sale of execution pursuant to a mortgage, and the court may grant such an order if it is just and equitable to do so, after considering all the relevant circumstances, and if —
- (a) the consent of that organ of state is required for the erection of a building or structure on that land or for the occupation of the land, and the unlawful occupier is occupying a building or structure on that land without such consent having been obtained.”

Given the conclusion that we will reach, it is not necessary to decide whether the requirements stipulated in section 6(1)(a) and (b) are disjunctive or conjunctive. See the discussion in the SCA judgment at para 9.

⁴⁶ 1st, 2nd, 5th, 7th, 8th, 9th, 10th and 11th respondents.

⁴⁷ 3rd, 6th and 12th respondents.

⁴⁸ 4th respondent.

no longer have permission to do so. However, the owners do not assert that they require the land for their own personal use at this stage.

[51] It is clear from the Municipality's affidavits that the land is vacant land, upon which some trees and bushes are growing, but that it is not being used by the owners at present for any productive purpose. The Municipality wishes the occupiers to move because firstly, it has received a petition signed by 1600 members of the public requesting the Municipality to move the occupiers, and secondly because it asserts that the conditions in which the occupiers are occupying the land constitute a health risk because of the absence of toilet facilities. The Municipality indicates that it has no obligation to house these particular families. It states that it has established a "four peg housing programme" to provide site and service facilities to the homeless in its area and that the applicants can apply to be part of that programme, though it admits it will take some time for them to be provided with appropriate site and service facilities.

[52] The occupiers deny that their occupation of the land creates a health risk. They state that they use pit latrines which are hygienic. They also state that they obtain water on a daily basis from a gentleman at the nearby Riding Club, though this allegation, in turn is denied by the Municipality. The occupiers also admit that they are willing to register for the four peg housing scheme but are concerned about where they should live in the meanwhile.

[53] In determining whether the Municipality is entitled to obtain the eviction of the occupiers, the three criteria mentioned in section 6 of the Act must be considered: the circumstances under which the unlawful occupier occupied the land and erected the structures; the period the occupier has resided on the land, and the availability of suitable alternative land. It is clear from what has been said above that the occupiers moved onto the land with what they considered to be the permission of the owner and that they have been there for a long period of time. Eight children are attending local schools in the area and several of the adults have work nearby.

[54] The Municipality, in its founding affidavit, pointed to two possible sites as suitable alternative land: the first was Walmer, which the occupiers reject as being overcrowded and unsafe; the second is Greenbushes, which the occupiers reject as being too far away for them to go to their work and for their children to school in the Lorraine area. It is quite clear that the Municipality has not entered into any discussions with the respondents, who are a relatively small group of people (only 68), to identify their particular circumstances or needs. The occupiers do mention two areas, Seaview and Fairview, as potentially suitable alternative land, but the Municipality does not address these suggestions in their reply. Indeed in their reply the Municipality states bluntly:

“... [the] Applicant is under no duty to make suitable alternative land available for this particular group of people over and above its existing Housing Programme as set out in Applicant’s Founding Affidavit and I repeat Applicant’s invitation to Respondents to register under the Applicant’s Housing Programme in order to be eligible for benefits under the scheme.”

The Municipality also states:

“It is respectfully submitted on behalf of the Applicant that what the Respondents have sought to do is unilaterally occupy private land and then, when requested to vacate, the Respondents have alleged that they have nowhere else to go and the Applicant must solve their problem by providing alternative land.”

[55] These paragraphs capture the nub of the Municipality’s case. It asserts that having established a four peg housing programme, it need do no more to accommodate individually homeless families such as the occupiers than offer them registration in that housing programme which, it admits, may not provide housing for the occupiers for some years. It is not accurate, however, on the facts before us to define the occupiers as “queue jumpers”. They are a community who are homeless, who have been evicted once, and who found land to occupy with what they considered to be the permission of the owner where they have been residing for eight years. This is a considerable period of time. The Municipality now seeks to evict them without any discussion with them, or consideration of their request that they be provided with security of tenure on a suitable piece of land pending their accommodation in the housing programme.

[56] In considering whether it is “just and equitable” to make an eviction order in terms of section 6 of the Act, the responsibilities that municipalities, unlike owners, bear in terms of section 26 of the Constitution are relevant. As *Grootboom* indicates,⁴⁹ municipalities have a major function to perform with regard to the fulfilment of the

⁴⁹ See above n 20 at para 58.

rights of all to have access to adequate housing. Municipalities, therefore, have a duty systematically to improve access to housing for all within their area. They must do so on the understanding that there are complex socio-economic problems that lie at the heart of the unlawful occupation of land in the urban areas of our country. They must attend to their duties with insight and a sense of humanity. Their duties extend beyond the development of housing schemes, to treating those within their jurisdiction with respect. Where the need to evict people arises, some attempts to resolve the problem before seeking a court order will ordinarily be required.

[57] From the papers it appears that the Municipality in this matter took no action against the occupiers for years and then acted precipitately to secure an eviction. The Municipality took only cursory steps to ascertain the circumstances of the occupiers, and to establish whether they had made any effort to apply for housing. It took no steps to seek to address the problems of the occupiers at all before launching eviction proceedings, despite the fact that the land was not needed by the owners or the Municipality, and despite the fact that the occupiers are a small group of people who have resided on the land for a considerable time.

[58] Much of the argument in this Court turned on whether or not the Municipality had established on the papers that Walmer was an area under its control, so that the suggestion it made that the occupiers could relocate to Walmer established the availability of suitable alternative land within the definition of section 6(3)(c) of the Act. It is not appropriate to determine the question of eviction on the precise legal

status of Walmer. The real question in this case is whether the Municipality has considered seriously or at all the request of these occupiers that they be provided with suitable alternative land upon which they can live “without fear of eviction” until provided with housing by the Municipality. The thrust of the SCA judgment makes this clear. The lack of information concerning the status of Walmer highlighted the failure of the Municipality to show that it had responded reasonably to the dire situation of the occupiers. The availability of suitable alternative accommodation is a consideration in determining whether it is just and equitable to evict the occupiers, it is not determinative of that question.

[59] To sum up: in the light of the lengthy period during which the occupiers have lived on the land in question, the fact that there is no evidence that either the Municipality or the owners of the land need to evict the occupiers in order to put the land to some other productive use, the absence of any significant attempts by the Municipality to listen to and consider the problems of this particular group of occupiers, and the fact that this is a relatively small group of people who appear to be genuinely homeless and in need, I am not persuaded that it is just and equitable to order the eviction of the occupiers.

[60] In the circumstances, the application for leave to appeal fails and the Municipality is ordered to pay the costs of the respondents, including the costs of two counsel.

[61] It remains only to be said that this decision in no way precludes further efforts to find a solution to a situation that is manifestly unsatisfactory to all concerned. In cases like the present it is particularly important that the Municipality not appear to be aligned with one side or the other. It must show that it is equally accountable to the occupiers and to the landowners. Its function is to hold the ring and to use what resources it has in an even-handed way to find the best possible solutions. If it cannot itself directly secure a settlement it should promote a solution through the appointment of a skilled negotiator acceptable to all sides, with the understanding that the mediation proceedings would be privileged from disclosure. On the basis of this judgment a court involved in future litigation involving occupiers should be reluctant to accept that it would be just and equitable to order their eviction if it is not satisfied that all reasonable steps had been taken to get an agreed, mediated solution.

The Order:

The application for leave to appeal is dismissed with costs, including the costs of two counsel.

Chaskalson CJ, Langa DCJ, Madala J, Mokgoro J, Moseneke J, Ngcobo J; O'Regan J, Skweyiya J, Van der Westhuizen J and Yacoob J, concur in the judgment of Sachs J.

For the applicant: A Beyleveld and RB Laher instructed by
McWilliams & Elliot Inc.

For the respondents: PWA Scott and WF Jurgens instructed by Port
Elizabeth Justice Centre.

ANEXO I – CASO JOHANNESBURG

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA

Case CCT 24/07
[2008] ZACC 1

OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD,
BEREA TOWNSHIP, AND 197
MAIN STREET, JOHANNESBURG

Applicants

versus

CITY OF JOHANNESBURG

First Respondent

RAND PROPERTIES (PTY) LTD

Second Respondent

MINISTER OF TRADE AND INDUSTRY

Third Respondent

PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

Fourth Respondent

with

CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS

Amicus Curiae

COMMUNITY LAW CENTRE,
UNIVERSITY OF THE WESTERN CAPE

Amicus Curiae

Heard on : 28 August 2007

Decided on : 19 February 2008

JUDGMENT

YACOOB J:

Introduction

CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA

Case CCT 24/07
[2008] ZACC 1

OCCUPIERS OF 51 OLIVIA ROAD,
BEREA TOWNSHIP, AND 197
MAIN STREET, JOHANNESBURG

Applicants

versus

CITY OF JOHANNESBURG

First Respondent

RAND PROPERTIES (PTY) LTD

Second Respondent

MINISTER OF TRADE AND INDUSTRY

Third Respondent

PRESIDENT OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

Fourth Respondent

with

CENTRE ON HOUSING RIGHTS AND EVICTIONS

Amicus Curiae

COMMUNITY LAW CENTRE,
UNIVERSITY OF THE WESTERN CAPE

Amicus Curiae

Heard on : 28 August 2007

Decided on : 19 February 2008

JUDGMENT

YACOOB J:

Introduction

[1] More than 400 occupiers of two buildings in the inner city of Johannesburg (the occupiers) applied for leave to appeal against a decision of the Supreme Court of Appeal.¹ They challenged the correctness of the judgment and order of that Court authorising their eviction at the instance of the City of Johannesburg (the City) based on the finding that the buildings they occupied were unsafe² and unhealthy.³ The City was ordered to provide those of the occupiers who were “desperately in need of housing assistance with relocation to a temporary settlement area”.⁴

¹ *City of Johannesburg v Rand Properties (Pty) Ltd and Others* 2007 (6) SA 417 (SCA); 2007 (6) BCLR 643 (SCA); [2007] 2 All SA 459 (SCA).

² Pursuant to notices issued in terms of section 12(4)(b) of the National Building Regulations and Building Standards Act 103 of 1977 (the Act).

³ The relevant portion of section 20 of the Health Act 63 of 1977 reads—

“(1) Every local authority shall take all lawful, necessary and reasonably practicable measures—

(a) to maintain its district at all times in a hygienic and clean condition;

(b) to prevent the occurrence within its district of—

(i) any nuisance;

(ii) any unhygienic condition;

(iii) any offensive condition; or

(iv) any other condition which will or could be harmful or dangerous to the health of any person within its district or the district of any other local authority,

or, where a nuisance or condition referred to in subparagraphs (i) to (iv), inclusive, has so occurred, to abate, or cause to be abated, such nuisance, or remedy, or cause to be remedied, such condition, as the case may be”.

⁴ The order reads—

“(a) The appeal is upheld and the cross-appeal dismissed.

(b) The order of the court below is set aside save that the order dismissing the applications in cases WLD 04/10330, 04/10331, 04/10332 and 04/10332 (the Joel Street applications) with costs remains.

(c) The following order issues in cases WLD 03/24101 (Zinns) and WLD 04/13835 (San Jose):

1.1 The respondents are interdicted from occupying the property concerned until such time as the applicant has granted permission in writing that the property may be occupied or used.

1.2 In the event that the respondents or any of them do not vacate the property within one month of this order, the sheriff is permitted to remove from the property all persons occupying the property and to take such steps as may be necessary to prevent the re-occupation of the building, including the sealing of all entrances.

[2] The appeal to the Supreme Court of Appeal was directed by the City against a judgment and order in the Johannesburg High Court (the High Court).⁵ The High Court had before it applications by the City for the ejection of the occupiers as well as counter-applications by the latter aimed at securing alternative accommodation or housing as a pre-condition to their eviction. The judge in the High Court declared that the City's housing programme fell short of what was required, ordered the City to produce a programme to cater for those people in desperate need, and interdicted the eviction of the occupiers on certain terms.⁶

-
- 1.3 The sheriff is authorised to approach the South African Police Services for any assistance that may be required and the South African Police Services are directed to render such assistance or support as may be required to enforce this order.
 - 2.1 The City of Johannesburg is ordered to offer and provide to those respondents who are evicted and are desperately in need of housing assistance with relocation to a temporary settlement area as described in chapter 12 of the National Housing Code (April 2004) within its municipal area. The temporary accommodation is to consist of at least the following elements: a place where they may live secure against eviction; a structure that is waterproof and secure against the elements; and with access to basic sanitation, water and refuse services.
 - 2.3 In order to implement the foregoing, the City of Johannesburg must open within seven days a register of persons who qualify and the respondents' attorneys of record shall provide the City with a list of those respondents who wish to avail themselves of this order and the City shall after consultation (if requested by any respondent) determine the location of the alternative accommodation.
 - 2.4 The City of Johannesburg is ordered to serve on the respondents' attorneys of record and the amici and file with the registrar a compliance affidavit within four months of this order.
 - 2.5 The counter-application is, save to the extent set out, dismissed."

⁵ *City of Johannesburg v Rand Properties (Pty) Ltd and Others* 2007 (1) SA 78 (W); 2006 (6) BCLR 728 (W); [2006] 2 All SA 240 (W).

⁶ The order reads—

- "1. It is declared that the housing programme of the Applicant fails to comply with the constitutional and statutory obligations of the Applicant. The Applicant has failed to provide suitable relief for people in the inner city of Johannesburg who are in a crisis situation or otherwise in desperate need of accommodation;
- 2. The Applicant has failed to give adequate priority and resources to people in the inner city of Johannesburg who are in a crisis situation or otherwise in desperate need of accommodation.
- 3. The Applicant is directed to devise and implement within its available resources a comprehensive and co-ordinated programme to progressively realise the right to

[3] The broad questions initially raised in the application for leave to appeal were whether the order for the eviction of the occupiers ought to have been granted and whether the City's housing programme complied with the obligations imposed upon it by section 26(3) of the Constitution.⁷ I stress that the question in both courts was not limited to whether the City had complied with its housing obligations to the occupiers. They raised, in the public interest, the broader question whether the City had made reasonable provision for housing for those thousands of people who were said to be living in desperate conditions in the inner city.

[4] Since this case was argued, certain developments have occurred which have had a significant impact on whether any or all of the issues raised in it should be considered by this Court. These details are briefly set out now.

adequate housing to people in the inner city of Johannesburg who are in a crisis situation or otherwise in desperate need of accommodation.

4. Pending the implementation of the programme referred to in paragraph 3 above, alternatively until such time as suitable adequate accommodation is provided to the Respondents, the Applicant is interdicted from evicting or seeking to evict the current Respondents from the properties in this application.
5. In the circumstances the application is dismissed with costs, including the costs occasioned by the employment of two counsel."

⁷ Section 26(3) provides—

"No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions."

[5] Two days after the application for leave to appeal was heard, this Court issued an interim order⁸ aimed at ensuring that the City and the occupiers engaged with each other meaningfully on certain issues. That order was in the following terms—

- “1. The City of Johannesburg and the applicants are required to engage with each other meaningfully and as soon as it is possible for them to do so, in an effort to resolve the differences and difficulties aired in this application in the light of the values of the Constitution, the constitutional and statutory duties of the municipality and the rights and duties of the citizens concerned.
2. The City of Johannesburg and the applicants must also engage with each other in an effort to alleviate the plight of the applicants who live in the two buildings concerned in this application by making the buildings as safe and as conducive to health as is reasonably practicable.
3. The City of Johannesburg and the applicants must file affidavits before this Court on or before 3 October 2007 reporting on the results of the engagement between the parties as at 27 September 2007.
4. Account will be taken of the contents of the affidavits in the preparation of the judgment in this matter for the issuing of further directions, should this become necessary.”

We did not furnish reasons for the order and I do so later in this judgment.

[6] After extensions of time were twice sought,⁹ the City and the occupiers filed affidavits in which we were informed that an agreement of settlement had been entered into between the City and the occupiers. As will appear from what is set out

⁸ The order was issued on 30 August 2007.

⁹ The first application for extension of time on 27 September 2007 required the time for engagement to be extended until 16 October 2007 and for affidavits to be filed on 19 October 2007. The second, made on 18 October 2007 sought to file affidavits by 24 October 2007.

later in this judgment, the parties differed in relation to the issues that remained for adjudication by this Court consequent upon the conclusion of the agreement. To determine the issues that remain for decision we must first define the issues raised by the application for leave to appeal. This judgment will next set out the reasons for issuing the engagement order as well as the terms of the agreement entered into consequent upon engagement. I will then investigate the effect of the agreement on those issues. The issues that remain to be decided are those not disposed of in that part of the judgment concerned with the reasons for engagement. Further the remaining issues will call for consideration only if they raise constitutional issues and if it is in the interests of justice for us to decide them.¹⁰

Issues raised by this application

[7] The first broad issue raised by the application is whether the Supreme Court of Appeal was right when it granted an order for the ejection of all the occupiers. This broad issue encapsulates five questions. None of these was determined in the High Court. They arise out of the defences of the occupiers to the ejection application.¹¹ The first of these was that section 12 of the Act is inconsistent with the Constitution because it provides for arbitrary evictions and evictions without a court order. Second, the occupiers attacked the constitutional validity of the decision by the City to evict them as being unfair because it had been taken without giving them a hearing. The next point taken was that the administrative decision to evict them was not

¹⁰ I would suggest that the standard for deciding whether or not to consider applications for leave to appeal should also apply when we are to decide whether to consider particular issues in an application for leave to appeal.

¹¹ The High Court did not deem it necessary to decide these questions because it held that the occupiers could not be evicted until and unless alternative accommodation was found for them.

reasonable in all the circumstances because in particular the City did not take into account that the occupiers would be homeless after the eviction. Fourthly, it was contended that section 26(3) of the Constitution precluded their eviction.¹² The final argument made was that the standards set by the Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act (PIE)¹³ were applicable to these evictions. The Supreme Court of Appeal dismissed all these objections and, as already mentioned, granted the eviction orders on the basis that temporary accommodation should be provided to those occupiers who fulfil certain requirements.

[8] The housing issues raised in the counter-applications are whether the City's housing programme then in operation catered reasonably for the occupiers and whether that programme also catered reasonably for the many thousands of people who lived in desperate conditions within the inner city. The essential question to be asked is whether the High Court was right in making the orders it did. The Supreme Court of Appeal disagreed with the High Court in this regard and made a limited order for temporary accommodation.

Reasons for the engagement order

[9] The need for meaningful engagement between the City and the occupiers was not directly raised by the parties before this Court. It was however in some sense foreshadowed by their contention that the City was obliged to give the occupiers a hearing before taking the decision to evict on the basis that the decision was an

¹² Above n 7.

¹³ 19 of 1998.

administrative one.¹⁴ The City contended that the occupiers had indeed been given a hearing because they had had an opportunity to file affidavits in the High Court in opposition to the ejection application.

[10] In *Grootboom*¹⁵ this Court said, on the relationship between reasonable state action and the need to treat human beings with the appropriate respect and care for their dignity to which they have a right as members of humanity—

“All levels of government must ensure that the housing program is reasonably and appropriately implemented in the light of all the provisions in the Constitution. All implementation mechanisms and all State action in relation to housing falls to be assessed against the requirements of s 26 of the Constitution. Every step at every level of government must be consistent with the constitutional obligation to take reasonable measures to provide adequate housing.

But s 26 is not the only provision relevant to a decision as to whether State action at any particular level of government is reasonable and consistent with the Constitution. The proposition that rights are interrelated and are all equally important is not merely a theoretical postulate. The concept has immense human and practical significance in a society founded on human dignity, equality and freedom. It is fundamental to an evaluation of the reasonableness of State action that account be taken of the inherent dignity of human beings. The Constitution will be worth infinitely less than its paper if the reasonableness of State action concerned with housing is determined without regard to the fundamental constitutional value of human dignity. Section 26, read in the context of the Bill of Rights as a whole, must mean that the respondents have a right to reasonable action by the State in all circumstances and with particular regard to human dignity. In short, I emphasise that human beings are required to be treated

¹⁴ The decision would therefore be subject to section 3(2)(b)(ii) of the Promotion of Administrative Justice Act 3 of 2000 (PAJA) as well as jurisprudence on administrative decisions.

¹⁵ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* 2001(1) SA 46 (CC); 2000 (11) BCLR 1169 (CC).

as human beings. This is the backdrop against which the conduct of the [State] must be seen.”¹⁶

[11] The Court went on to say more specifically about engagement and its importance—

“The respondents began to move onto the New Rust land during September 1998 and the number of people on this land continued to grow relentlessly. I would have expected officials of the municipality responsible for housing to engage with these people as soon as they became aware of the occupation. I would have also thought that some effort would have been made by the municipality to resolve the difficulty on a case-by-case basis after an investigation of their circumstances before the matter got out of hand. The municipality did nothing and the settlement grew by leaps and bounds.”¹⁷

[12] In *Port Elizabeth Municipality*¹⁸ this Court said—

“ . . . the procedural and substantive aspects of justice and equity cannot always be separated. The managerial role of the courts may need to find expression in innovative ways. Thus, one potentially dignified and effective mode of achieving sustainable reconciliations of the different interests involved is to encourage and require the parties to engage with each other in a proactive and honest endeavour to find mutually acceptable solutions. Wherever possible, respectful face-to-face engagement or mediation through a third party should replace arm's-length combat by intransigent opponents.”¹⁹

[13] It became evident during argument that the City had made no effort at all to engage with the occupiers at any time before proceedings for their eviction were

¹⁶ Id at paras 82-83.

¹⁷ Id at para 87.

¹⁸ *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC).

¹⁹ Id at para 39.

brought. Yet the City must have been aware of the possibility, even the probability, that people would become homeless as a direct result of their eviction at its instance. In these circumstances those involved in the management of the municipality ought at the very least to have engaged meaningfully with the occupiers both individually and collectively.

[14] Engagement is a two-way process in which the City and those about to become homeless would talk to each other meaningfully in order to achieve certain objectives. There is no closed list of the objectives of engagement. Some of the objectives of engagement in the context of a city wishing to evict people who might be rendered homeless consequent upon the eviction would be to determine—

- (a) what the consequences of the eviction might be;
- (b) whether the city could help in alleviating those dire consequences;
- (c) whether it was possible to render the buildings concerned relatively safe and conducive to health for an interim period;
- (d) whether the city had any obligations to the occupiers in the prevailing circumstances; and
- (e) when and how the city could or would fulfil these obligations.

[15] Engagement has the potential to contribute towards the resolution of disputes and to increased understanding and sympathetic care if both sides are willing to participate in the process. People about to be evicted may be so vulnerable that they may not be able to understand the importance of engagement and may refuse to take

part in the process. If this happens, a municipality cannot walk away without more. It must make reasonable efforts to engage and it is only if these reasonable efforts fail that a municipality may proceed without appropriate engagement. It is precisely to ensure that a city is able to engage meaningfully with poor, vulnerable or illiterate people that the engagement process should preferably be managed by careful and sensitive people on its side.

[16] The City has constitutional obligations towards the occupants of Johannesburg. It must provide services to communities in a sustainable manner,²⁰ promote social and economic development,²¹ and encourage the involvement of communities and community organisations in matters of local government.²² It also has the obligation to fulfil the objectives mentioned in the preamble to the Constitution to “[i]mprove the quality of life of all citizens and free the potential of each person”. Most importantly it must respect, protect, promote and fulfil the rights in the Bill of Rights.²³ The most important of these rights for present purposes is the right to human dignity²⁴ and the right to life.²⁵ In the light of these constitutional provisions a municipality that ejects people from their homes without first meaningfully engaging with them acts in a manner that is broadly at odds with the spirit and purpose of the constitutional obligations set out in this paragraph taken together.

²⁰ Section 152(1)(b).

²¹ Section 152(1)(c).

²² Section 152(1)(e).

²³ Section 7(2).

²⁴ Section 10.

²⁵ Section 11.

[17] But the duty of the City to engage people who may be rendered homeless after an ejection to be secured by it is also squarely grounded in section 26(2) of the Constitution.²⁶ It was said in *Grootboom* that “[e]very step at every level of government must be consistent with the constitutional obligation to take reasonable measures to provide adequate housing.”²⁷ Reasonable conduct of a municipality pursuant to section 26(2) includes the reasonableness of every step taken in the provision of adequate housing. Every homeless person is in need of housing and this means that every step taken in relation to a potentially homeless person must also be reasonable if it is to comply with section 26(2).

[18] And, what is more, section 26(2) mandates that the response of any municipality to potentially homeless people with whom it engages must also be reasonable. It may in some circumstances be reasonable to make permanent housing available and, in others, to provide no housing at all. The possibilities between these extremes are almost endless. It must not be forgotten that the City cannot be expected to make provision for housing beyond the extent to which available resources allow. As long as the response of the municipality in the engagement process is reasonable, that response complies with section 26(2). The Constitution therefore obliges every municipality to engage meaningfully with people who would become homeless because it evicts them. It also follows that, where a municipality is the applicant in

²⁶ Section 26(2) provides—

“The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of [the right of access to adequate housing].”

²⁷ Above n 15 at para 82.

eviction proceedings that could result in homelessness, a circumstance that a court must take into account to comply with section 26(3) of the Constitution is whether there has been meaningful engagement.

[19] It has been suggested that there are around 67 000 people living in the inner city of Johannesburg in unsafe and unhealthy buildings in relation to whom ejection orders will have to be issued and that it would be impractical to expect meaningful engagement in every case. I cannot agree. It is common cause that the implementation of the City's Regeneration Strategy²⁸ is an important reason that founded the decision to evict. That strategy was adopted in 2003. If structures had been put in place with competent sensitive council workers skilled in engagement, the process could have begun when the strategy was adopted. It must then have been apparent that the eviction of a large number of people was inevitable. Indeed the larger the number of people potentially to be affected by eviction, the greater the need for structured, consistent and careful engagement. Ad hoc engagement may be appropriate in a small municipality where an eviction or two might occur each year, but is entirely inappropriate in the circumstances prevalent in the City.

[20] It must be understood that the process of engagement will work only if both sides act reasonably and in good faith. The people who might be rendered homeless as a result of an order of eviction must, in their turn, not content themselves with an intransigent attitude or nullify the engagement process by making non-negotiable,

²⁸ Johannesburg Inner City Regeneration Strategy.

unreasonable demands. People in need of housing are not, and must not be regarded as a disempowered mass. They must be encouraged to be pro-active and not purely defensive. Civil society organisations that support the peoples' claims should preferably facilitate the engagement process in every possible way.

[21] Finally it must be mentioned that secrecy is counter-productive to the process of engagement. The constitutional value of openness is inimical to secrecy. Moreover, as I have already pointed out, it is the duty of a court to take into account whether, before an order of eviction that would lead to homelessness is granted at the instance of a municipality, there has been meaningful engagement or, at least, that the municipality has made reasonable efforts towards meaningful engagement. In any eviction proceedings at the instance of a municipality therefore, the provision of a complete and accurate account of the process of engagement including at least the reasonable efforts of the municipality within that process would ordinarily be essential. The absence of any engagement or the unreasonable response of a municipality in the engagement process would ordinarily be a weighty consideration against the grant of an ejection order.

[22] This Court made the interim order because it was not appropriate to grant any eviction order against the occupiers, in the circumstances of this case, unless there had at least been some effort at meaningful engagement. It was common cause during argument that there had been none. The ejection of a resident by a municipality in circumstances where the resident would possibly become homeless should ordinarily

take place only after meaningful engagement. Whether there had been meaningful engagement between a city and the resident about to be rendered homeless is a circumstance to be considered by a court in terms of section 26(3).²⁹

[23] It follows that the Supreme Court of Appeal should not have granted the order of ejectment in the circumstances of this case, in the absence of meaningful engagement.

The engagement agreement

[24] The post-engagement agreement concluded between the City and the occupiers records at its inception that it “contemplates” the resolution of two aspects of their dispute: the interim measures to be taken by the City to improve the condition of the properties as well as “[t]he City’s application for the eviction of the occupiers”. It is not necessary to go into these two aspects of the agreement in much detail.

[25] The agreement makes explicit and meticulous provision for measures aimed at rendering both properties “safer and more habitable” in the interim. It is not necessary to set out each measure. They include the installation of chemical toilets, the cleaning and sanitation of the buildings, the delivery of refuse bags, the closing of a certain lift shaft and the installation of fire extinguishers. The work aimed at rendering the building more habitable was to be completed within 21 working days of the signature of the agreement. The agreement was signed on 29 October 2007.

²⁹ Above n 7.

[26] The eviction application of the City was resolved on a somewhat different basis. The agreement obliged the City to provide all occupiers with alternative accommodation in certain identified buildings. It defined with reasonable precision the nature and standard of the accommodation to be provided and determined the way in which the rent in respect of this accommodation will be calculated. The agreement obliged all occupiers to move into alternative accommodation by yesterday³⁰ and stipulated that this alternative accommodation is provided “pending the provision of suitable permanent housing solutions” being developed by the City “in consultation” with the occupiers concerned.

Approval of the agreement

[27] I have already pointed out that work on the improvement of buildings now occupied was to begin 21 days after the signature of the agreement. However the rest of the agreement was to take effect only on the date on which it was approved or endorsed by this Court. On 5 November 2007 this Court made the following order—

- “1. The Agreement entered into between the City of Johannesburg and those Occupiers who have signed the Agreement dated 29 October 2007 is endorsed.
2. Residual issues arising from the parties’ reports will be considered in the judgment to be delivered in this matter in due course.”

³⁰ 18 February 2008.

[28] No reasons were given for the endorsement order. I state them briefly. This judgment holds that the City is required to respond reasonably to the process of engagement.³¹ The agreement would call for endorsement by this Court if it does indeed represent a reasonable response to the engagement process. There was no doubt that the agreement represented a reasonable response to the engagement process. The City must be commended for the fact that its position became more humane as the case proceeded through the different courts, and for its ultimate reasonable response to the engagement order.

[29] This is the first time this Court has approved an agreement between the parties before it in circumstances where the parties required approval before important aspects of it came into operation. This Court deemed it appropriate to consider and evaluate the terms of the agreement for the purpose of deciding whether to approve it because—

- (a) the City and the occupiers engaged with each other in the process of complying with the order of this Court;
- (b) the parties reported to this Court also in compliance with our order;
- (c) considerable expenditure on the part of the City was obviously required in the implementation of the agreement; and
- (d) the City and the occupiers would have been in an invidious position if this Court had later held that the agreement was not a reasonable response to engagement.

³¹ Above para [18].

[30] It will not always be appropriate for a court to approve all agreements entered into consequent upon engagement. It is always for the municipality to ensure that its response to the process of engagement is reasonable. The deciding factor in this case in my view was that engagement was ordered by this Court, and the parties had been asked to report back on the process while proceedings were pending before it. Courts would ordinarily consider agreements entered into consequent upon engagement ordered by them in the course of litigation. It must be emphasised that the process of engagement should take place before litigation commences unless it is not possible or reasonable to do so because of urgency or some other compelling reason.

Effect of development

[31] There are issues in relation to which there is either a dispute or, at the very least, the absence of complete agreement whether they should be considered by this Court. Apart from costs, the contention of the occupiers in relation to the disputes that remain is set out as follows—

- “11.1. The relief claimed by the applicants in respect of the City’s failure to formulate and implement a housing plan for the applicants and the class of persons on behalf of whom the current litigation was initiated;
- 11.2. The practice to be adopted by the City in dealing with persons occupying so-called “bad” buildings in future;
- 11.3. The constitutionality of Section 12(4)(b) of the National Building Regulations and Building Standards Act 103 of 1977 (“the NBRA”);

- 11.4 The applicants' review of the City's decisions to issue the notices in terms of Section 12(4)(b) of the NBRA in respect of the 51 Olivia Road and 197 Main Street properties, assuming that the NBRA is valid;
- 11.5. The applicability of the Prevention of Illegal Eviction from, and Unlawful Occupation of, Land Act 19 of 1998;
- 11.6. The reach and applicability of Sections 26(1), 26(2) and 26(3) of the Constitution . . . ”.

We must now determine whether any of these issues should be decided.

Relief concerning the housing plan

[32] The occupiers contend that this Court must adjudicate their contention that the City has failed to formulate and implement a housing plan for them and the class of person they say they represent. Since the agreement has disposed of the issue of temporary accommodation, the occupiers evidently require adjudication of the housing plan in relation to whether it facilitates permanent housing solutions for them and for the thousands of other people who might later be evicted from unsafe and unhealthy buildings. The agreement acknowledges that a permanent housing solution has not yet been found and records that—

“The nature and location of any permanent housing options to be made available to the occupiers will be developed by the City in consultation with the occupiers concerned, having regard to applicable national, provincial and municipal housing policies and implementation plans.”

[33] The occupiers contend in their reporting affidavit that negotiations concerning “permanent housing solutions have been marred by the absence of any concrete plan

to provide housing for the inner city poor” in general or for the occupiers in particular. The City attaches to its post-engagement settlement affidavit a housing plan and requires this Court to consider this plan in the context of the challenges and complexities inherent in the process of housing provision.³² The occupiers in a supplementary affidavit contend that we should, if we are minded to consider the plan, give them a 30-day opportunity to deal with the plan and to provide the City with a similar opportunity to address their response before we do so.

[34] It is not necessary for this Court to consider the question of “permanent housing solutions” for the occupiers. The City has agreed that these solutions will be developed in consultation with them. The complaint by the occupiers that negotiations have been marred by unclear and inconcrete housing plans is not in my view a sufficient reason for this Court to consider this question at this stage. There is every reason to believe that negotiations will continue in good faith. The situation now is very different from that which confronted the occupiers in the High Court. The City has shown a willingness to engage. As a result, the desperate situation of the occupiers has been alleviated by the reasonable response of the City to the engagement process. There is no reason to think that future engagement will not be meaningful and will not lead to a reasonable result. In any event this Court should not be the court of first and last instance on whether the City has acted reasonably in the process.³³ Nor should it be the only determinant of whether the plan is reasonable in

³² There is a debate about whether the plight of thousands of other poor residents of the inner city apart from the occupiers has been properly raised.

³³ See for example: *Van Vuren v Minister of Justice and Constitutional Development and Another* 2007 (8) BCLR 903 (CC) at paras 10-11; *De Kock v Minister of Water Affairs and Forestry and Others* 2005 (12) BCLR

the sense of being sufficiently concrete and clear. It is the duty of both parties to continue with the process of negotiation and for the occupiers or the City to approach the High Court if this course becomes necessary.

[35] Much the same reasoning applies to the plea of the occupiers that we consider the plight of thousands of other poor people in the inner city and evaluate the housing plan in relation to them. The housing plan before the High Court differs from the one that we are required to consider in this case. This Court should not be the court of first and last instance in deciding whether it complies with the Constitution and the law. We must bear in mind that the engagement between the occupiers and the City has resulted in an agreement that represents a reasonable response by the City. There is no reason to believe that the City will not in the future engage meaningfully with other occupants whose evictions become either necessary or desirable. The City has undertaken to negotiate permanent housing solutions for the occupiers in consultation with them. It is not unreasonable to expect that the City will, in the ordinary course, adopt a similar approach in respect of other people who are affected in the future. In the circumstances, it would be premature to examine the plan and evaluate it in a generalised way. A process of this kind comes close to an abstract evaluation which is undesirable at the best of times. A case can always be brought in the High Court in relation to particular occupiers with specific allegations as to the respects in which the

1183 (CC) at paras 3-4; *Mnguni v Minister of Correctional Services and Others* 2005 (12) BCLR 1187 (CC) at para 6; *Mkontwana v Nelson Mandela Metropolitan Municipality and Another*; *Bissett and Others v Buffalo City Municipality and Others*; *Transfer Rights Action Campaign and Others v MEC, Local Government and Housing, Gauteng and Others (KwaZulu-Natal Law Society and Msunduzi Municipality as Amici Curiae)* 2005 (1) SA 530 (CC); 2005 (2) BCLR 150 (CC) at para 11 and *Bruce and Another v Fleecytex Johannesburg CC and Others* 1998 (2) SA 1143 (CC); 1998 (4) BCLR 415 (CC) at paras 7-9.

housing obligations imposed by the Constitution have not been complied with. This is preferable to dealing with a generalised claim in relation to anticipated future occurrences. At the same time the High Court order has been overtaken by events and cannot be allowed to stand.

[36] It must be apparent by now that this Court did not afford any opportunity for further response to the housing plan because, though the evaluation of these plans did raise a constitutional issue, it was not in the interests of justice to follow that course and to consider and evaluate the plan.

Other issues that need not be decided

[37] Enough has been said in this judgment about what the occupiers call the practice to be adopted by the City in dealing with people who occupy unsafe and unhealthy buildings in the future. I can also see no need for a further general discussion on “the reach and applicability of Sections 26(1), 26(2) and 26(3)”. This judgment should say no more about these issues.

[38] There is equally no need for this judgment to be concerned with the question whether PIE applies in the present case or to expand on the relationship between section 26 and PIE. The question may never arise if the City engages meaningfully with those people who would become homeless if evicted by it.

The section 12 issues

[39] This leaves two matters mentioned by the occupiers. Both concern section 12 of the Act. The one is a claim for a review of the City's decision to issue the section 12(4)(b) notices. The other concerns the constitutionality of section 12(4)(b). I do not think the review remains relevant because the ejection proceedings have been effectively settled. However it is in my view in the interests of justice to investigate the narrower question of the considerations relevant to the issuing of the section 12(4)(b) notice. The same applies to the question of the constitutionality of section 12(6). The section 12 procedure is likely to be applied by municipalities in the future and it is appropriate that some guidance be given to them. The importance of the issues to be considered will become apparent when they are discussed.

[40] Both these aspects have been fully argued before the Supreme Court of Appeal and this Court. Moreover the Supreme Court of Appeal has held that—

- (a) relevant considerations were indeed taken into account by the City in making the section 12(4)(b) decision to evict.³⁴
- (b) section 12 is consistent with the Constitution.³⁵

[41] Sections 12(4), 12(5) and 12(6) provide—

- “(4) If the local authority in question deems it necessary for the safety of any person, it may by notice in writing, served by post or delivered—
 - (a) order the owner of any building to remove, within the period specified in such notice, all persons occupying or working or being for any other purpose in such building therefrom, and to take care

³⁴ Above n 1 at para 64.

³⁵ Id at paras 51-56.

- that any person not authorised by such local authority does not enter such building;
- (b) order any person occupying or working or being for any other purpose in any building, to vacate such building immediately or within a period specified in such notice.
- (5) No person shall occupy or use or permit the occupation or use of any building in respect of which a notice was served or delivered in terms of this section or steps were taken by the local authority in question in terms of subsection (1), unless such local authority has granted permission in writing that such building may again be occupied or used.
- (6) Any person who contravenes or fails to comply with any provision of this section or any notice issued thereunder, shall be guilty of an offence and, in the case of a contravention of the provisions of subsection (5), liable on conviction to a fine not exceeding R100 for each day on which he so contravened.”

Relevant considerations

[42] One of the grounds upon which the lawfulness of the City’s decision to issue the section 12(4)(b) notices was challenged was that the City had failed to take relevant considerations into account. The particular contention and the way in which it was disposed of appear in one paragraph of the judgment of the Supreme Court of Appeal³⁶ in the following terms—

“The second ground, namely that the city failed to take relevant considerations into account, was based on the assertion that the city failed to consider the availability of suitable alternative accommodation or land for the respondents. The submission presupposes that the right to act under s 12(4)(b) and the right to access to adequate housing are reciprocal and that the former is dependent or conditional on the latter. There is in my view no merit in the submission.”

³⁶ Id at para 64.

[43] The Supreme Court of Appeal is undoubtedly right in the conclusion that the right to act under section 12(4)(b) and the right to access adequate housing are not reciprocal and that the former is neither dependent nor conditional on the latter. However the difficulty is the inescapable inference from the passage just quoted that it is neither appropriate nor necessary for a decision-maker to consider at all the availability of suitable alternative accommodation or land when making a section 12(4)(b) decision. Any suggestion that the availability of alternative accommodation need not be considered carries the implication that whether a person or family is rendered homeless after an eviction consequent upon a section 12(4)(b) decision is irrelevant to the decision itself. The reasoning postulates the false premise that there is no relationship between section 12(4)(b) of the Act and section 26(2) even if the person is rendered homeless by the decision.

[44] It is common cause that the City in making the decision to evict the people concerned took no account whatsoever of the fact that the people concerned would be rendered homeless. This is regrettable. Municipal officials do not act appropriately if they take insulated decisions in respect of different duties that they are obliged to perform. In this case the City had a duty to ensure safe and healthy buildings on the one hand and to take reasonable measures within its available resources to make the right of access to adequate housing more accessible as time progresses on the other. It cannot be that the City is entitled to make decisions on each of these two aspects separately, one department making a decision on whether someone should be evicted

and some other department in the bureaucratic maze determining whether housing should be provided. The housing provision and the health and safety provision must be read together. There is a single City. That City must take a holistic decision in relation to eviction after appropriate engagement taking into account the possible homelessness of the people concerned and the capacity of the City to do something about it.

[45] The Supreme Court of Appeal did not wholly embrace the inter-relationship between section 12(4)(b) of the Act and section 26(2) of the Constitution. It said that the appeal before it concerned—

“ . . . in the main the right of a local authority to order occupiers by notice to vacate a building because it is necessary for their safety or the safety of others and its right, if they fail to comply, to apply for an order of court for their eviction.”³⁷

The Court saw the case as “only peripherally about the constitutional duty of organs of state towards those who are evicted from their homes and are in a desperate condition.”³⁸ This characterisation is unfortunate.

[46] The Supreme Court of Appeal was incorrect in its conclusion that the failure of the City to consider the availability of suitable alternative accommodation or land for the occupiers in the process of making a section 12(4)(b) decision was

³⁷ Id at para 1.

³⁸ Id at para 4.

unobjectionable.³⁹ The relationship between the eviction of people by the City pursuant to section 12(4)(b) and the possibility of their being rendered homeless consequent upon that eviction cannot be gainsaid. It follows that the City must take into account the possibility of the homelessness of any resident consequent upon a section 12(4)(b) eviction in the process of making the decision as to whether or not to proceed with the eviction.

The constitutional validity of section 12(6) of the Act

[47] Sections 12(4), 12(5) and 12(6) were attacked before the Supreme Court of Appeal on numerous grounds.⁴⁰ None of these grounds of attack was expressly taken forward before this Court nor does it appear to be in the interests of justice for each of these grounds to be dealt with here.

[48] There is however one finding that does occasion sufficient constitutional concern to render it in the interests of justice for it to be considered. It is the conclusion of the Supreme Court of Appeal that there is nothing objectionable about a legislative provision that permits “the issuing of an administrative order to vacate and, in the event of non-compliance, for a criminal sanction.”⁴¹ It would have been noticed that the criminal sanction is imposed by section 12(6). Section 12(4)(b) authorises the municipality concerned by notice to “order any person occupying . . . any building” to “vacate” it “immediately” or within a specified period. In terms of section 12(5) no

³⁹ Above para [42].

⁴⁰ Above n 1 at paras 51, 52 and 54-56.

⁴¹ Id at para 53.

person may occupy the building after the notice has been issued without the permission of the municipality. It is in this context that section 12(6) provides that any person who continues to occupy despite the “order” is liable on conviction to a maximum fine of R100 for each day of unlawful occupation.

[49] Section 26(3), like all provisions of the Bill of Rights, deserves a generous construction. The section prohibits eviction of people from their home absent a court order that must be made after taking into account all the relevant circumstances. It means in effect that no person may be compelled to leave their home unless there exists an appropriate court order. The provisions of section 26(3) would be virtually nugatory and would amount to little protection if people who were in occupation of their homes could be constitutionally compelled to leave by the exertion of the pressure of a criminal sanction without a court order. It follows that any provision that compels people to leave their homes on pain of criminal sanction in the absence of a court order is contrary to the provisions of section 26(3) of the Constitution. Section 12(6) provides for this criminal compulsion and is not consistent with the Constitution. Continued occupation of the property should not be a criminal offence absent a court order for eviction.

[50] It is neither just nor equitable to set the provisions of section 12(6) of the Act aside. It is appropriate to encourage people to leave unsafe or unhealthy buildings in compliance with the court order for their eviction. A criminal sanction does have this

effect.⁴² It provides an additional incentive for occupiers to leave unhealthy and unsafe buildings and reduces the need for a forced eviction at the instance of the State. A reading-in order that provides for a criminal sanction only after a court order for eviction has already been made would in my view be appropriate to save the section.⁴³ As has already been pointed out in this judgment, a court must take into account all relevant circumstances before making an order for eviction. Any eviction order would also afford the occupier a reasonable time within which to vacate the property.

[51] This is not a case in which there are a myriad ways in which the Legislature could cure the section. The order should be to the effect that section 12(6) of the National Building Regulations and Building Standards Act 103 of 1977 must be read as if the following proviso has been added: “This subsection applies only to people who, after service upon them of an order of court for their eviction, continue to occupy the property concerned.”

Retrospectivity

[52] It will not be just and equitable for this order to be retrospective. The read-in proviso should not apply to cases in which people have already been convicted of a contravention of section 12(6) of the Act, the period provided for the lodging of an application for leave to appeal has expired and no notice of appeal has been lodged.

⁴² The constitutionality of the use of criminal law to compel evictions of the poor was not raised and I express no opinion on it, save to note that imprisonment is not involved in this matter.

⁴³ See *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* 2000 (2) SA 1 (CC); 2000 (1) BCLR 39 (CC) at paras 64-67, 70 and 73-75.

Costs

[53] This is an appropriate case in which the City should be ordered to pay the costs of the applicants. The proceedings would have been obviated if there had been meaningful engagement before the case had been started. In the circumstances the City should also pay the applicants' costs in the High Court and in the Supreme Court of Appeal. The appeal succeeds to this extent.

Order

[54] The following order is made—

1. The application for leave to appeal is granted.
2. The appeal succeeds to the extent set out in this order.
3. The order of the Supreme Court of Appeal is set aside.
4. The order of the High Court is set aside.
5. Section 12(6) of the National Building Regulations and Building Standards Act 103 of 1977 is declared to be inconsistent with the Constitution.
6. Section 12(6) of the National Building Regulations and Building Standards Act 103 of 1977 must be read as if the following proviso has been added at the end of it—

“This subsection applies only to people who, after service upon them of an order of court for their eviction, continue to occupy the property concerned.”

YACCOOB J

7. The read-in proviso contained in paragraph 6 of this order shall not apply to cases in which people have already been convicted of a contravention of section 12(6) of the National Building Regulations and Building Standards Act 103 of 1977, the period provided for the lodging of an application for leave to appeal has expired and no notice of appeal has been lodged.
8. The first respondent is ordered to pay the costs of the applicants in the High Court, in the Supreme Court of Appeal and in this Court, including the costs of two counsel.

Langa CJ, Moseneke DCJ, Madala J, Mpati AJ, Ngcobo J, Nkabinde J, Sachs J, Skweyiya J and Van der Westhuizen J concur in the judgment of Yacoob J.

For the Applicants: Advocate P Kennedy SC and Advocate H Barnes instructed by Webber Wentzel Bowens and Wits Law Clinic.

For the First Respondent: Advocate JJ Gauntlett SC and Advocate FA Snyckers instructed by Moodie and Robertson.

For the Amici Curiae: Advocate G Budlender, Advocate O Mooki and Advocate R Moultrie instructed by the Legal Resources Centre.

ANEXO J – CASO AG. REG. RE 908144 / DF

Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 13

17/08/2018

SEGUNDA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 908.144
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S)	: AGENCIA DE FISCALIZACAO DO DISTRITO FEDERAL - AGEFIS
AGTE.(S)	: DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AGDO.(A/S)	: MARIA DO CARMO DIAS DA SILVA
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais.

2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal.

3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares.

4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la.

17/08/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 908.144**DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
AGTE.(S) : AGENCIA DE FISCALIZACAO DO DISTRITO
FEDERAL - AGEFIS
AGTE.(S) : DISTRITO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
AGDO.(A/S) : MARIA DO CARMO DIAS DA SILVA
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO
FEDERAL

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA. IMÓVEL PÚBLICO. LOTEAMENTO IRREGULAR. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais.

2. O exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal.

3. Na presença de instrumentos do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/01) para efetivar as diretrizes constitucionais, é razoável exigir do poder público medidas para mitigar as consequências causadas pela demolição de construções familiares erigidas em terrenos irregulares.

4. Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a forma de realizá-la.

ARE 908144 AGR / DF

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **em sessão virtual, de 10 a 16 de agosto de 2018**, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de agosto de 2018.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

17/08/2018**SEGUNDA TURMA****AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 908.144****DISTRITO FEDERAL**

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
AGTE.(S) : **AGENCIA DE FISCALIZACAO DO DISTRITO FEDERAL - AGEFIS**
AGTE.(S) : **DISTRITO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**
AGDO.(A/S) : **MARIA DO CARMO DIAS DA SILVA**
PROC.(A/S)(ES) : **DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL**

Trata-se de agravo regimental interposto pela Agência Fiscalizadora do Distrito Federal e pelo Distrito Federal em face de decisão monocrática que deu provimento ao agravo e proveu parcialmente a pretensão recorrente, nos seguintes termos:

Conquanto não tenha sido expressa a indicação dos artigos tidos por violados pela decisão recorrida, o Tribunal de origem examinou o núcleo essencial dos direitos em que se funda o recurso extraordinário. Com efeito, consta do acórdão recorrido (eDOC 2, p. 23):

De toda forma, mesmo que o direito à moradia tenha sido erigido à categoria de direito fundamental, tal circunstância não constitui óbice para que o Estado possa impor limites ao uso da propriedade, tampouco coibir a ocupação desenfreada de áreas públicas, a fim de evitar maiores prejuízos aos demais habitantes da região.

Consoante bem ressaltado pelo d. Magistrado sentenciante, hoje há programas habitacionais específicos para financiamento de imóvel para pessoas de baixa renda, inexistindo doação de imóvel público para tal desiderato, devendo a autora, caso assim queira, aderir a tais programas.

ARE 908144 AGR / DF

Assim, o ato demolitório, no presente caso, não acarreta qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser interpretado em coerência com as demais proteções constitucionais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, tem entendido que, para ser prequestionada a matéria, não há necessidade de referência expressa ao artigo ofendido, se, a partir dos debates e das decisões anteriores, as normas tiverem sido invocadas. Nesse sentido:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO EXPRESSO. DESNECESSIDADE. I - Para se ter prequestionada a matéria, não há necessidade de referência expressa ao artigo ofendido. Basta debate e decisões anteriores fulcrados na norma em questão. II - A perda de dias remidos, em virtude do cometimento de falta grave, não viola o postulado inscrito no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. III - Agravo regimental improvido.

(AI 616427 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/09/2008, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-10 PP-02083)

De fato, na petição de apelação, a recorrente expressamente indicou os artigos que deveriam ser utilizados como baliza do julgamento (eDOC 1, p. 84):

Dessarte, em observância ao princípio da proteção à confiança, não pode o Distrito Federal, invocando o poder da autotutela, demolir a residência do Apelante. Na apreciação do presente pedido, não é possível desprezar o direito social à moradia (art. 6º da CF), corolário dos

ARE 908144 AGR / DF

princípios da dignidade humana (art. 1º, III, CF) e da função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

Ao contrário do que assentou a decisão recorrida, houve, portanto, o prequestionamento, razão pela qual deve-se dar provimento ao agravo.

Relativamente aos demais requisitos para admissão do recurso extraordinário, cumpre registrar que, embora o acórdão recorrido tenha reconhecido que a intimação demolitória foi expedida de acordo com a legislação do Distrito Federal (Lei Distrital 2.105/1998), assentou que o exame da regularidade do ato administrativo não poderia ser feito à luz do direito constitucional à moradia. Ao contrário do assentado pelo acórdão recorrido, no entanto, o exercício do poder de polícia de ordenação territorial pode, em tese, ser analisado a partir dos direitos fundamentais, que constituem, a toda evidência, o fundamento e o fim da atividade estatal.

Registre-se, neste ponto, que a questão não passou despercebida dos Tribunais Constitucionais de países que, como Brasil, apresentam semelhantes problemas na solução da equação entre desenvolvimento e justiça social. A Corte Constitucional da África do Sul, por exemplo, no caso *Grootboom*, reconheceu que o direito à moradia impunha condicionantes às ordens de despejo.

A questão posta aos autos tem, portanto, nítida matriz constitucional, a autorizar, ante o preenchimento dos pressupostos processuais, o conhecimento do recurso extraordinário.

Ademais, assiste razão à recorrente quando aduz a relevância do tema sob o ponto de vista econômico e social. A discussão sobre o alcance do direito à moradia afeta, de um lado, um dos principais problemas nacionais que é o déficit habitacional. De outro, o direito à moradia também constitui óbice à atividade relevante de ordenação territorial, o que atinge diretamente a reforma urbana e o direito à cidade.

É preciso registrar, por fim, que o direito à moradia recebe

ARE 908144 AGR / DF

especial proteção pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, como se depreende, *v.g.*, do Comentário Geral 7 do Comitê de Direitos Econômicos e Sociais, a ensejar, eventualmente, responsabilização internacional do Estado brasileiro, em caso de descumprimento. Essa perspectiva empresta, por outra razão, repercussão geral à matéria.

No caso, há pedido na inicial para o fim de impor a obrigação de remanejar a autora para outro local onde possa exercer adequadamente seu direito à moradia. Na específica situação dos autos, considerando-se concreta e unicamente as circunstâncias do caso com sua projeção de índole constitucional, o pedido inicial alternativo se impõe à luz da Constituição da República e da mitigação de danos pelo deslocamento em áreas de adensamento urbano mesmo não regularizadas.

Antes o exposto e com essas considerações, com fulcro especialmente no parágrafo segundo do artigo 21 do RISTF, dou provimento ao agravo para o fim de prover parcialmente a pretensão recorrente, e por conseguinte, no ponto, reformar o acórdão que manteve a sentença que julgou improcedente o pedido da letra e do item IV constante da petição inicial, decisão específica e concreta para o efeito dos presentes autos.

Os agravantes sustentam, em síntese, que *“o pedido formulado na alínea ‘e’ não foi renovado na apelação, não sendo, obviamente, examinado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal”* (eDOC 8, p. 2).

Alegam que a decisão agravada deve ser reformada, *“eis que a decisão que indeferiu o pedido alternativo transitou em julgado”* (eDOC 8, p. 4).

Asseveram que *“a decisão agravada permite a configuração da supressão de instância”* (eDOC 8, p. 4), visto que o pedido “e” da exordial, por não ter sido renovado em sede de apelação, não teria sido apreciado pelo e. TJDFT.

Aduzem que *“a determinação de obrigar o Distrito Federal a ‘remanejar a autora para outro local onde possa exercer adequadamente seu direito à moradia’ pode conferir à recorrente o direito ao atendimento a programa de habitação sem o*

ARE 908144 AGR / DF

atendimento aos requisitos previstos em lei, e que devem ser igualmente observados por todos aqueles interessados e já cadastrados” (eDOC 8, p. 5).

Requerem “o provimento deste agravo para o fim de reformar a decisão ora atacada, decretando-se o integral não provimento do recurso interposto e a manutenção das decisões recorridas” (eDOC 8, p. 6).

Subsidiariamente, requerem “o provimento deste recurso para determinar o retorno dos autos ao TJDFT para sua apreciação e decisão, evitando-se, assim, a supressão de instância” (eDOC 8, p. 6).

Acaso assim também não se entenda, requerem “o provimento deste agravo para o fim de reformar a decisão atacada” (eDOC 8, p. 6).

É o relatório.

17/08/2018

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 908.144

DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): As razões recursais são insuficientes para infirmar a conclusão da decisão agravada.

Pontuo, primeiramente, que a ora agravada, ao apelar da sentença que negou *in totum* seus pedidos exordiais, requereu sua reforma integral e, por conseguinte, devolveu ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios a análise de todos os seus capítulos decisórios.

Tanto o é que o voto condutor do acórdão originário consignou expressamente sua concordância com o argumento do julgador singular sobre o pedido alternativo de realocação, nos seguintes termos (eDOC 2, p. 23/24):

“Cumpre observar que a intimação demolitória recebida pela autora (fl. 13) respaldou-se exatamente nos dispositivos legais acima transcritos, **o que impede que o exame da regularidade do ato administrativo impugnado seja feito sob a ótica de falhas da política habitacional implementadas pelo governo local.**

De toda forma, mesmo que o direito à moradia tenha sido erigido à categoria de direito fundamental, tal circunstância não constitui óbice para que o Estado possa impor limites ao uso da propriedade, tampouco coibir a ocupação desenfreada de áreas públicas, a fim de evitar maiores prejuízos aos demais habitantes da região.

Consoante bem ressaltado pelo d. Magistrado sentenciante, ‘hoje há programas habitacionais específicos para financiamento de imóvel para pessoas de baixa renda, inexistindo doação de imóvel público para tal desiderato, devendo a autora, caso assim queira, aderir a tais programas’”.

Como se pode observar, o TJDF/DF debruçou-se sobre a questão de

ARE 908144 AGR / DF

intervenção do Judiciário para suprir falhas da política habitacional capitaneada pelos governos locais. Dessa feita, considerou inviável que a agravada fosse realocada face à ordem de demolição da casa em que habita, por considerar que ela deveria aderir a programas habitacionais específicos para alcançar esse fim.

Havendo enfrentamento dos argumentos referentes ao pedido de realocação, portanto, não há que se falar em supressão de instância, como defendem os agravantes.

Tampouco se trata de inovação recursal, uma vez que o pedido de realocação formulado no recurso extraordinário foi feito *ab initio*, ao contrário do pedido de retenção e indenização pelas benfeitorias realizadas no terreno, o qual de fato foi trazido apenas nas razões de apelação, o que impede sua análise em sede recursal.

Com esse pressuposto e conforme consignado na decisão que se impugna, tem-se que **o acórdão recorrido diverge da jurisprudência desta Corte, segundo a qual o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais**, como é o caso da segurança e moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, porquanto não se cuida de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro.

Nesse sentido, confirmam-se o seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 17.03.2017. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RISCO DE DESLIZAMENTO. MEDIDAS DE ENGENHARIA, GEOTECNIA E INTERVENÇÃO URBANÍSTICA. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais. 2. São inidôneas a abrir a via do apelo extremo alegadas violações meramente reflexas ao texto constitucional 3. Agravo regimental a que se nega

ARE 908144 AGR / DF

provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável a majoração de honorários, por se tratar de ação civil pública na origem. (ARE 1013143 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 27.10.2017)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 29.12.2016. DIREITO À SEGURANÇA E MORADIA. CONSTRUÇÃO EM ENCOSTAS. RISCO DE DESABAMENTO. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE MEDIDAS EMERGENCIAIS PARA EVITAR DESMORONAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia. 2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública. (RE 909943-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 30.06.2017).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Catástrofe Natural. Chuvas. Interdição de imóvel. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Violação do princípio da reserva de plenário. Inexistência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Não há violação do art. 97 da Constituição Federal ou da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal,

ARE 908144 AGR / DF

limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 3. Agravo regimental não provido. (ARE 914.634-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 29.2.2016).

Colaciono, ainda, precedente do TJDFT que traz à baila a obrigação do poder público em efetivar as diretrizes constitucionais por meio dos instrumentos constantes do Estatuto das Cidades (Lei 10.257/01):

IMÓVEL PÚBLICO. CONTRATO DE USO. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESCISÃO DE CONTRATO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INÉRCIA DO PODER PÚBLICO. DIREITO À MORADIA. ESTATUTO DA CIDADE. LEI 10.257/01. DIRETRIZES E INSTRUMENTOS DA POLÍTICA URBANA. APLICABILIDADE. APELO PROVIDO. 1. O imóvel em questão foi objeto de contrato de concessão de uso para fins agrícolas 1989, sendo que somente em 1999 a administração pública constatou a existência de loteamento irregular no local. 2. Caracterizada a inércia da administração por 10 (dez) anos, resguarda-se o direito à moradia dos ocupantes do local. 3. O direito à moradia não se confunde com o direito à propriedade. 4. **Cabível a utilização de instrumentos constantes do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) para a consecução das diretrizes da política urbana.** 5. **Na presença de instrumentos legais hábeis à harmonização do direito de propriedade da administração pública e o direito à moradia dos ocupantes da área, incabível a reintegração de posse do Poder Público, por tratar-se de medida drástica capaz de ensejar o surgimento de novos conflitos sociais.** 6. Apelo provido. (19990110287989APC, Rel. Sérgio Rocha, 2ª Turma Cível, julgado em 16/09/2009, DJ 22.10.2009).

Diante da previsão constitucional expressa do direito à moradia (art. 6º, CF) e do princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), é consentâneo com a ordem normativa concluir não ser discricionário ao poder público a implementação de direitos fundamentais, mas apenas a

ARE 908144 AGR / DF

forma de realizá-la.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do presente agravo regimental.

É como voto.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 908.144**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S) : AGENCIA DE FISCALIZACAO DO DISTRITO FEDERAL - AGEFIS

AGTE.(S) : DISTRITO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

AGDO.(A/S) : MARIA DO CARMO DIAS DA SILVA

PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO DISTRITO FEDERAL

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Segunda Turma, Sessão Virtual de 10.8.2018 a 16.8.2018.

Composição: Ministros Ricardo Lewandowski (Presidente), Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Edson Fachin.

O Ministro Alexandre de Moraes disponibilizou processos de sua relatoria para esta sessão, não tendo participado dos respectivos julgados o Ministro Edson Fachin, por suceder, na Segunda Turma, o Ministro Teori Zavascki.

Marcelo Pimentel
Secretário



Órgão : 3ª TURMA CÍVEL
Classe : APELAÇÃO
N. Processo : **20120111004153APC**
(0005245-49.2012.8.07.0018)
Apelante(s) : MARIA DO CARMO DIAS DA SILVA SANTOS
Apelado(s) : DISTRITO FEDERAL, AGENCIA DE
FISCALIZACAO DO DISTRITO FEDERAL -
AGEFIS
Relatora : Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA
Revisor : Desembargador FLAVIO ROSTIROLA
Acórdão N. : 838883

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER. INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA. EDIFICAÇÃO ERIGIDA SEM ALVARÁ DE CONSTRUÇÃO. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS. DIREITO DE RETENÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL.

1. A Administração Pública, com esteio no Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, deve se valer de seu poder de polícia para coibir atividades que venham a causar danos à sociedade.

2. A ausência de alvará de construção autoriza a demolição do imóvel, nos termos dos arts. 51 e 178 da Lei Distrital nº 2.105/98 (Código de Edificações do Distrito Federal), independentemente de se encontrar o bem localizado em área pública ou particular, urbana ou rural.

3. Nos termos do artigo 517 do Código de Processo Civil, "As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior".

4. Tendo em vista que a pretensão de indenização pelas benfeitorias erigidas no imóvel ocupado não foi objeto de

questionamento na inicial da demanda, mostra-se incabível o exame da matéria, sob pena de supressão de instância e de violação aos princípios do contraditório e de ampla defesa.

5. Recurso de apelação conhecido e não provido.

A C Ó R D ã O

Acordam os Senhores Desembargadores da **3ª TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **NÍDIA CORRÊA LIMA** - Relatora, **FLAVIO ROSTIROLA** - Revisor, **GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA** - 1º Vogal, sob a presidência do Senhor Desembargador **FLAVIO ROSTIROLA**, em proferir a seguinte decisão: **CONHECER. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília(DF), 3 de Dezembro de 2014.

Documento Assinado Eletronicamente

NÍDIA CORRÊA LIMA

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por MARIA DO CARMO DIAS DA SILVA SANTOS contra a r. sentença de fls. 73/76, cujo relatório transcrevo, *verbis*:

Trata-se de ação submetido ao rito ordinário ajuizada por Maria do Carmo Dias da Silva Santos em desfavor do Distrito Federal e da Agência de Fiscalização do Distrito Federal – AGEFIS.

Em breve relato, afirma a autora que construiu sua casa da Chácara Galvão, nº 54 – ponto de referência: Pau Brasil Viveiro, em Sobradinho/DF. Relata que em 14/06/2012, recebeu intimação demolitória por parte da AGEFIS.

Fundamentada no direito à moradia, pede o reconhecimento de nulidade do ato administrativo que determinou a demolição do referido imóvel. Requer, ademais, a destinação de novo local para estabelecer moradia.

Acompanharam a inicial os documentos às fls. 10-18.

Por ocasião da decisão de fl. 19, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Em contestação, fls. 45-53, os réus suscitaram ilegitimidade passiva do Distrito Federal. No mérito, alegam que não há qualquer vício no ato administrativo impugnado, que atende ao Código de Edificações do Distrito Federal.

Réplica à fl. 59.

Acrescento que o d. Magistrado sentenciante julgou improcedente o pedido inicial, e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observado, contudo, o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950.

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação às fls. 79/86,

reafirmando que a área ocupada é passível de regularização. Aduziu que se mostra desproporcional a medida, uma vez que “no dia seguinte, haverá outra família pronta para ocupar o mesmo lote”.

A apelante sustentou que construiu o imóvel de boa fé, baseada na justa expectativa gerada pelos órgãos governamentais responsáveis pela política habitacional, sendo que a demolição de sua residência importará em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sucessivamente, pugnou pela retenção do bem até o recebimento de indenização pelas benfeitorias realizadas.

Sem preparo, por ser a apelante beneficiária da justiça gratuita.

Contrarrazões ofertadas às fls. 90/98.

É o relatório.

V O T O S

A Senhora Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA - Relatora

Conheço do recurso de apelação, porquanto atendidos os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por MARIA DO CARMO DIAS DA SILVA SANTOS contra a r. sentença de fls. 73/76.

Consoante relatado, a ora apelante ajuizou Ação de Obrigação de Não Fazer em desfavor do DISTRITO FEDERAL e da AGÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL - AGEFIS, alegando que ocupa área localizada em Sobradinho/DF há aproximadamente 3 (três) anos, tendo, no entanto, recebido intimação de derrubada da edificação erigida no local.

Invocando o direito à moradia, a autora pleiteou que as rés sejam impedidas de promover a demolição do imóvel em questão ou, alternativamente, que lhe seja assegurado o remanejamento para outro local, juntamente com sua família.

Após regular trâmite do feito, o d. Magistrado sentenciante julgou improcedente o pedido inicial e condenou a autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), observado, contudo, o disposto no artigo 12 da Lei nº 1.060/1950.

Em suas razões de apelo, a autora sustentou que o terreno ocupado é passível de regularização e questionou a eficácia e proporcionalidade da medida imposta. Sustentou que ocupou o imóvel de boa fé, baseada na justa expectativa gerada pelos órgãos governamentais responsáveis pela política habitacional, sendo que a demolição da edificação erigida importará em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Sucessivamente, pugnou pela retenção do imóvel até que sejam indenizadas as benfeitorias realizadas.

É a breve summa dos fatos.

Compulsando os autos, verifico que não assiste razão à autora/apelante, na medida em que, qualquer obra, esteja ela situada em área urbana ou rural, seja ela pública ou privada, somente poderá ser iniciada após a obtenção do alvará de construção, consoante reza o art. 51 do Código de Edificações do Distrito Federal, Lei nº 2.105/1998.

Confira-se, por oportuno, o teor da citada norma, *verbis*:

Art. 51. As obras de que trata esta Lei, em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional.

§1º. Obras iniciais, obras de modificação com acréscimo ou decréscimo de área e obras de modificação sem acréscimo de área, com alteração estrutural, são licenciadas mediante a expedição do alvará de construção.

Ademais, a norma legal em questão autoriza a desobstrução imediata para o caso das obras edificadas sem o respectivo alvará de construção, nos seguintes termos:

Art. 178 - A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.

§1º. O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata.

§2º. Caso o infrator não proceda à demolição no prazo estipulado, esta será executada pela Administração Regional em até quinze dias, sob pena de responsabilidade.

§3º. O valor dos serviços de demolição efetuados pela Administração Regional serão cobrados do infrator e, na hipótese de não pagamento, o valor será inscrito na dívida ativa.

§4º. O valor dos serviços de demolição previstos no § 3º serão cobrados conforme dispuser tabela de preço unitário constante da regulamentação desta Lei.

Considerando que a autora não exibiu prévia autorização para erigir a edificação no imóvel ocupado, tem-se que a Administração Pública, no estrito cumprimento do seu dever e em respeito à legislação, agiu em proveito do interesse coletivo, sem qualquer excesso repressivo.

Sobre este tema em debate, trago à colação o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Dado que o poder de polícia administrativa tem em mira cingir a livre atividade dos particulares, a fim de evitar uma conseqüência anti-social que dela poderia derivar, o condicionamento que impõe requer freqüentemente a prévia demonstração de sujeição do particular aos ditames legais. Assim, este pode se encontrar na obrigação de não fazer alguma coisa até que a Administração verifique que a atividade por ele pretendida se realizará segundo padrões legalmente permitidos.

Comisto, o Poder Público previamente se assegura de que não resultará um dano social como conseqüência da ação individual. É o caso da licença para edificar. O administrado deve exhibir planta da futura construção, solicitando licença para tal. A Administração, verificando a sua conformidade com as exigências da legislação edilícia, expedirá ato vinculado facultando-lhe o exercício da atividade.¹

No caso em apreço, a intimação demolitória e o auto de infração foram expedidos no estrito exercício do poder de polícia afeto à Administração Pública, não se mostrando, pois, eivados de ilegalidade, já que a autora não

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *In* Curso de Direito Administrativo. 20ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, pág. 783.

apresentou o alvará de construção, nem tampouco comprovou que a edificação se mostra passível de regularização.

Neste sentido:

*DIREITOS ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. ARTIGOS 130, 131 E 330, INCISO I DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA. EDIFICAÇÃO ERIGIDA EM ÁREA PÚBLICA. LEI DISTRITAL Nº 2.105/1998. CÓDIGO DE EDIFICAÇÕES DE BRASÍLIA. JUSTIÇA GRATUITA. EXIGIBILIDADE SUSPensa. ARTIGO 12 DA LEI FEDERAL Nº 1.060/50. (...) **Nos termos da Lei Distrital nº 2.105/1998. Código de Edificações de Brasília, toda obra, em área urbana ou rural, pública ou privada, somente pode ter início após a obtenção do alvará de construção. Também segundo a referida lei, a ausência de licença autoriza a demolição da obra. Atuando a Administração no legítimo exercício de seu Poder de Polícia, a manutenção da intimação demolitória é medida que se impõe.** O beneficiário da justiça gratuita se, vencido na lide, estará sujeito ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios; porém, deverá ficar suspensa a exigibilidade desse crédito, até a fluência do prazo de 5 (cinco) anos, a contar da sentença final, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50. *Apelação conhecida e parcialmente provida. (20120110247592APC, Relatora: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, Data do Julgamento: 17/10/2012, Publicado no DJe: 25/10/2012, p. 227) - grifo nosso.**

Cumprido observar que a intimação demolitória recebida pela autora (fl. 13) respaldou-se exatamente nos dispositivos legais acima transcritos, o que

impede que o exame da regularidade do ato administrativo impugnado seja feito sob a ótica de falhas da política habitacional implementadas pelo governo local.

De toda forma, mesmo que o direito à moradia tenha sido erigido à categoria de direito fundamental, tal circunstância não constitui óbice para que o Estado possa impor limites ao uso da propriedade, tampouco coibir a ocupação desenfreada de áreas públicas, a fim de evitar maiores prejuízos aos demais habitantes da região.

Consoante bem ressaltado pelo d. Magistrado sentenciante, "*hoje há programas habitacionais específicos para financiamento de imóvel para pessoas de baixa renda, inexistindo doação de imóvel público para tal desiderato, devendo a autora, caso assim queira, aderir a tais programas*".

Assim, o ato demolitório, no presente caso, não acarreta qualquer violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deve ser interpretado em coerência com as demais proteções constitucionais.

Sobre a possibilidade de regularização da área, a alegação deveria ter sido devidamente comprovada pela autora, ônus da qual não se desincumbiu.

Também destaco que a disponibilização de serviços públicos essenciais consiste em obrigação constitucional do Estado, que, por si só, não tem o condão de legitimar a invasão de terras públicas.

No que tange ao pleito de retenção do bem até o recebimento de indenização pelas benfeitorias erigidas no local, trata-se de inovação recursal, de modo que se mostra incabível o exame da questão, sob pena de supressão de instância e de violação aos princípios do contraditório e de ampla defesa.

Com efeito, nos termos do artigo 517 do Código de Processo Civil, "As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior".

Pelas razões expostas, **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO** e mantenho íntegra a r. sentença.

É como voto.

O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Revisor

Com o relator

O Senhor Desembargador GILBERTO PEREIRA DE OLIVEIRA - Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECER. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

Circunscrição : 1 - BRASÍLIA

Processo : 2012.01.1.100415-3

Vara : 112 - SEGUNDA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Autora: Maria do Carmo Dias da Silva Santos

Réus: Distrito Federal e Agência de Fiscalização do Distrito Federal - AGEFIS

Autos nº 100415-3/12

Sentença

Vistos etc...

Trata-se de ação submetida ao rito ordinário ajuizada por Maria do Carmo Dias da Silva Santos em desfavor do Distrito Federal e da Agência de Fiscalização do Distrito Federal - AGEFIS.

Em breve relato, afirma a autora que construiu sua casa na Chácara Galvão, nº 54 - ponto de referência: Pau Brasil Viveiro, em Sobradinho/DF. Relata que em 14/06/2012, recebeu intimação demolitória por parte de fiscais da AGEFIS.

Fundamentada no direito à moradia, pede o reconhecimento de nulidade do ato administrativo que determinou a demolição do referido imóvel. Requer, ademais, a destinação de novo local para estabelecer moradia.

Acompanham a inicial os documentos às fls. 10-18.

Por ocasião da decisão de fl. 19, foi indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Em contestação, fls. 45-53, os réus suscitam ilegitimidade passiva do Distrito Federal. No mérito, alegam que não há qualquer vício no ato administrativo impugnado, que atende aos dispositivos dispostos no Código de Edificações do Distrito Federal.

Réplica à fl. 59.

É o relatório. Decido.

A controvérsia em exame reside na virtual ilegalidade de ação fiscal realizada pela AGEFIS, consistente na demolição de obras realizadas pela autora em área pública.

De início, rejeito a preliminar aventada, na medida em que a simples alegação da autora imputando ao Distrito Federal a obrigação de destinar-lhe novo local para moradia fazem-no ostentar legitimidade para figurar no pólo passivo da relação jurídico-processual.

Quanto ao mérito, analisando a situação fática exposta nos autos, observa-se que a autora realizou obra sem a necessária autorização da Administração, o que legitima o embargo ora impugnado. Com efeito, dispõe a Lei 2.105/98, Código de Edificações do Distrito Federal:

Art. 12. São deveres do proprietário do imóvel:

I - providenciar para que as obras só ocorram sob a responsabilidade de profissional habilitado e após licenciadas pela Administração Regional, respeitadas as determinações desta Lei;

Art. 51. As obras de que trata esta Lei, em área urbana ou rural, pública ou privada, só podem ser iniciadas após a obtenção de licenciamento na respectiva Administração Regional.

§ 1º Obras iniciais, obras de modificação com acréscimo ou decréscimo de área e obras de modificação sem acréscimo de área, com alteração estrutural, são licenciadas mediante a expedição do alvará de construção.

Art. 174. O embargo parcial ou total será aplicado pelo responsável pela fiscalização sempre que a infração corresponder à execução de obras em desacordo com a legislação vigente e após expirado o prazo consignado para a correção das irregularidades que originaram as penalidades de advertência e de multa.

(...)

§ 2º Será embargada imediatamente a obra quando a irregularidade identificada não permitir a alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente e a conseqüente regularização da obra.

Art. 178. A demolição total ou parcial da obra será imposta ao infrator quando se tratar de construção em desacordo com a legislação e não for passível de alteração do projeto arquitetônico para adequação à legislação vigente.

§ 1º O infrator será comunicado a efetuar a demolição no prazo de até trinta dias, exceto quando a construção ocorrer em área pública, na qual cabe ação imediata."

Assim, realizada obra irregular, não só pode, como deve a Administração Pública, no exercício do poder de polícia, coibi-la, tomando as medidas estabelecidas na lei que, no caso, constam do próprio art. 178, § 1º da Lei n.º 2.105/98, supra transcrito.

Dessa forma, vê-se que a Administração Pública agiu nos estritos limites da legalidade, não restando

caracterizado ato ilegal ou abusivo a merecer reparo pelo presente ação judicial.

De outro lado, também não merece guarida o pedido para que a autora seja remanejada para outro imóvel, a fim de estabelecer moradia. Nesse aspecto, ressalte-se que hoje há programas habitacionais específicos para financiamento de imóvel para pessoas de baixa renda, inexistindo doação de imóvel público para tal desiderato, devendo a autora, caso assim queira, aderir a tais programas.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido.

Arcará a autora com as custas processuais e os honorários advocatícios, que, atento ao art. 20, § 4º, do CPC, fixo em R\$500,00 (quinhentos reais). Suspendo a exigibilidade das referidas verbas, nos termos e prazos do art. 12, da Lei nº 1060/50.

Resolvo o mérito com fundamento no art. 269, inciso I, do CPC.

Sentença registrada eletronicamente nesta data.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília-DF, 24 de fevereiro de 2014.

Rodrigo Otávio Donati Barbosa
Juiz de Direito Substituto

**

ANEXO K – CASO AG. REG. RE 634.643/ RJ

*Supremo Tribunal Federal*DJe 13/08/2012
Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 8

26/06/2012

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 634.643 RIO DE JANEIRO

RELATOR	: MIN. JOAQUIM BARBOSA
AGTE.(S)	:MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AGDO.(A/S)	:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PROC.(A/S)(ES)	:PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF).

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento

26/06/2012

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 634.643 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGTE.(S) : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
AGDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABRIGOS PARA MORADORES DE RUA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

Incabível o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF).

Esta Corte já firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Poder Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais. Precedentes.

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento

RE 634.643 AGR / RJ

ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 26 de junho de 2012.

Ministro JOAQUIM BARBOSA

Relator

Documento assinado digitalmente

26/06/2012

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 634.643 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. JOAQUIM BARBOSA**
AGTE.(S) : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
AGDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto de decisão em que neguei seguimento ao recurso extraordinário nos seguintes termos (fls. 508-509):

“Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Município do Rio de Janeiro de acórdão do Tribunal de Justiça estadual, que manteve sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação civil pública para a criação de 65 vagas em abrigos do Estado para moradores de rua.

Com efeito, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ajuizou ação civil pública objetivando a implantação de políticas públicas para a efetivação de programas destinados a moradores de rua, com o oferecimento de instituições capazes de atender à demanda do município do Rio de Janeiro, em especial a partir da criação de vagas em abrigos já existentes.

O feito foi julgado parcialmente procedente em primeira instância, com base nas provas dos autos, sob o fundamento de que no caso em tela, o Ministério Público indicou concretamente a situação lesiva causada pelo Município. Ilustram a omissão do réu os casos de fls. 22-36. (...) Assim, a prova dos autos só deixa a certeza de carência de 65 vagas a

RE 634.643 AGR / RJ

serem oferecidas em duas unidades (fls. 270-271)

No recurso extraordinário, o Município do Rio de Janeiro aponta violação do disposto no art. 2º e 167, I e § 1º da Constituição.

É o relatório.

Decido.

Não obstante a relevante discussão acerca da possibilidade de interferência do Judiciário na efetivação de políticas públicas destinadas ao bem comum, devo registrar que o presente caso não comporta tal tema.

De fato, o acórdão recorrido, reportando-se à sentença monocrática, está fundamentado na realidade fática e nas circunstâncias peculiares demonstradas acerca da situação da população de rua no Município do Rio de Janeiro. Assim concluiu o tribunal *a quo* :

A r. sentença examinou a questão com o desvelo recomendado e devido, e, embora não tenha se afastado da severidade reclamada, não se descuidou dos parâmetros recomendados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que sopesou com prudência as provas adunadas nos autos.

Assim é que assentou que '[T]omando-se por base as informações do próprio réu às fls. 34 e 227-228 e considerando a destinação desvirtuada do CEMASI Maria Theresa Vieira, há consenso de que o mínimo de mais de duas unidades são necessárias para atendimento àquela clientela. O CEMASI Maria Theresa corresponderia a 35 vagas e, nos moldes do planejamento anunciado em audiência, um novo abrigo atenderia a 30 famílias.

Assim, a prova dos autos só deixa a certeza de carência de 65 vagas a serem oferecidas em duas unidades'.

Ora, chegar à conclusão diversa do acórdão recorrido importaria, necessariamente, o revolvimento dos fatos e provas que fundamentaram as conclusões da decisão, em particular a análise dos estudos acerca do quantitativo de moradores de rua

RE 634.643 AGR / RJ

e abrigos existentes, o demonstrativo orçamentário municipal e as medidas já adotadas pelo Município no sentido de proteção aos indivíduos que vivem nas ruas. Isso inviabiliza o processamento do recurso, ante a vedação contida no enunciado da Súmula 279 desta Corte.

Do exposto, nego seguimento ao recurso.

Nas razões do agravo regimental, o agravante reitera a argumentação no sentido de que as medidas determinadas pelo acórdão recorrido “se inserem na seara discricionária do administrador público”, a quem “incumbe definir quais serão as prioridades administrativas e qual ato será praticado na defesa do interesse público”. Alega, portanto, ofensa aos artigos 2º e 167 da Constituição Federal.

Mantenho a decisão agravada e trago o presente recurso à apreciação da Turma.

É o relatório.

26/06/2012

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 634.643 RIO DE JANEIRO

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Não assiste razão ao recorrente.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao apreciar o recurso de apelação, fundamentou-se na sentença monocrática, confirmando-a, uma vez que ficou demonstrado nos autos a realidade fática e as circunstâncias peculiares a respeito da situação da população de rua no Município do Rio de Janeiro. Assim concluiu o tribunal *a quo*:

A r. sentença examinou a questão com o desvelo recomendado e devido, e, embora não tenha se afastado da severidade reclamada, não se descuidou dos parâmetros recomendados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que sopesou com prudência as provas adunadas nos autos.

Assim é que assentou que '[T]omando-se por base as informações do próprio réu às fls. 34 e 227-228 e considerando a destinação desvirtuada do CEMASI Maria Theresa Vieira, há consenso de que o mínimo de mais de duas unidades são necessárias para atendimento àquela clientela. O CEMASI Maria Theresa corresponderia a 35 vagas e, nos moldes do planejamento anunciado em audiência, um novo abrigo atenderia a 30 famílias.

Assim, a prova dos autos só deixa a certeza de carência de 65 vagas a serem oferecidas em duas unidades'.

Observou o julgador os parâmetros delimitados pela produção da prova no processo, razão por que chegar à conclusão diversa a que se chegou no acórdão recorrido dependeria do reexame de matéria fática, o que encontra óbice na Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é permitido ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar que

RE 634.643 AGR / RJ

a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação ao princípio da separação de poderes. Nesse sentido, *v.g.*, RE 417.408 - AgR, rel. Min. Dias Toffoli; RE 665.764-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia; RE 559.646-AgR, rel. Min. Ellen Gracie; RE 557.086-AgR, rel. Min. Eros Grau; AI 589.398-AgR, rel. Min. Dias Toffoli; AI 708.667-AgR, rel. Min. Dias Toffoli.

No presente caso, é inquestionável a relevância social da questão debatida nos autos, uma vez que se trata da grave situação dos moradores de rua e da garantia de atendimento em abrigos a famílias e pessoas carentes desprovidas do elementar direito à moradia.

Do exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 634.643

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA

AGTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, 26.06.2012.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco de Assis Vieira Sanseverino.

p/ Fabiane Duarte
Secretária



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
TERCEIRA CÂMARA CÍVEL**

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.001.06490
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
RELATOR: Des. RONALDO ROCHA PASSOS**

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIAÇÃO DE VAGAS EM ABRIGOS PARA FAMÍLIAS CARENTES E MANUTENÇÃO DOS ATUAIS ABRIGOS EM CONDIÇÕES DE ATENDIMENTO. ATO OMISSIVO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE.

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO INICIAL.

APELO DO AUTOR MINISTÉRIO PÚBLICO PUGNANDO PELA REFORMA DA R. SENTENÇA E PROCEDÊNCIA INTEGRAL DO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL.

Doutrina e jurisprudência estão em sintonia quanto à possibilidade do controle pelo Judiciário da atividade não vinculada da Administração Pública. Segundo os autores, a discricionariedade administrativa não é "um cheque em branco" que a ordem legal, logo, do constituinte, dá à Administração. Toda e qualquer atividade administrativa encontra limites no ordenamento jurídico, haja vista que o agente público não tem disponibilidade sobre suas ações, tal como o particular, assim como nos princípios nominados no art. 37 da Constituição Federal, e nos princípios implícitos semeados por toda a Carta Magna, notadamente o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

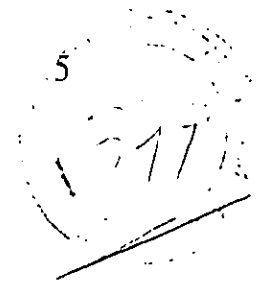
As ações discricionárias da Administração são sindicáveis pelo Judiciário, o que não importa dizer que este se faça substituir à Administração,

REGISTRADO EM

02 MAI 2006



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



pois o que daí decorre é o exame da legalidade do ato, ainda que não vinculado. O que se tem vedado ao Judiciário, em regra, é a substituição do ato praticado pela Administração, porquanto, nessa hipótese, invadiria a esfera de liberdade de atuação que lhe é peculiar. Vale dizer, em regra a insindicabilidade recai sobre o mérito administrativo, no qual se concentra os critérios de conveniência e oportunidade. Nesse passo, vale acrescentar que a sindicabilidade a que está sujeita a Administração vai da sua ação à sua omissão, esta se consistindo em ação negativa diante de certas situações em que deveria atuar positivamente.

Não há que se falar de invasão da esfera de discricionariedade ou de competência, mas do exame da legalidade do ato omissivo, o qual pode ser apreciado pelo Judiciário, se o mesmo não foi feito pela própria Administração por força da autotutela.

Dever de agir da Administração Pública que não deve se restringir a mera preocupação.

A questão relativa à previsão orçamentária deve ser superada, uma vez que tais necessidades, por prioritárias que são, já se encontram previamente orçadas e previstas, e por serem aquelas objeto de metas a serem atingidas pelo Estado dentro do seu programa anual de atendimento às famílias menos favorecidas.

Prova de consenso nos autos que indicam a carência de 65 vagas. Ao Judiciário não cabe determinar à Administração que realize mais, sob pena de, aí sim, invadir a sua esfera de competência, posto que não se trataria de coibir o ato omissivo alegado, da Administração, mas de intervenção indevida em programas de metas da Administração Pública. Embora o Município apelado não tenha contestado o pedido de criação de 120 vagas formulado pelo apelante na inicial não significa que se deve acatar o pedido inicial em tal monta, se as provas não indicam essa necessidade. Mesmo porque, a questão fica subsumida ao reexame necessário.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



Embora seja do conhecimento de todos que as ações da Administração Pública nesse sentido serão sempre insuficientes para atender a demanda sempre crescente das necessidades básicas em nosso País, não se pode crer que se possa estabelecer pela via jurisdicional tais parâmetros e ignorar diversas outras que devem ser atendidas com igual ou mais prioridade. Essa é a conta que se tem não só do que dos autos consta, mas da realidade da qual não pode se afastar o Judiciário.

**SENTENÇA QUE SE CONFIRMA
INTEGRALMENTE NO REEXAME
NECESSÁRIO. RECURSO DE APELAÇÃO QUE
SE NEGA PROVIMENTO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 06490/2004, em que é Apelante MINISTÉRIO PÚBLICO e Apelado MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por V.NANI de votos em conhecer e negar provimento ao recurso de apelação; no reexame necessário, confirmar integralmente a r. sentença, nos termos do relatório e voto do Des. Relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público ajuizou ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro, com pedido de antecipação de tutela, para que sejam mantidos em funcionamento, sem interrupção, os abrigos familiares CEMASI Stella Maris e CEMASI Boa Esperança; sejam criadas mais 35 vagas [alojamentos] em substituição das vagas atualmente fechadas no abrigo CEMASI Maria Thereza, no prazo de quatro meses, e mais 85 vagas [alojamentos] em substituição das 170 vagas que foram fechadas no abrigo Fazenda Modelo,



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



preferencialmente distribuídas em dois ou três espaços físicos distintos, no prazo de seis meses.

Manifestação do Município do Rio de Janeiro às fls. 215/219, alegando que as normas constitucionais pertinentes à matéria tratada na inicial têm caráter programático, de forma que não criam direito subjetivo que possa ser reivindicado juridicamente; que é da exclusiva competência da Administração a alocação dos recursos disponíveis, segundo critérios de conveniência e oportunidade; que os referidos abrigos estão passando por obras que visam a melhoria do atendimento às famílias, sendo que o abrigo Maria Teresa Vieira se encontra com a reforma acabada e entregue em setembro de 2002.

Réplica às fls. 221/226.

Contestação do Município do Rio de Janeiro às fls. 227/231, reiterando que os CEMASI's Maria Theresa Vieira e Stella Maris estariam com as obras terminadas naquele mês, e o CEMASI Boa Esperança em dezembro de 2002; que há procedimento em tramitação na Riourbe para abertura de um abrigo nas proximidades do Viaduto Catumbi.

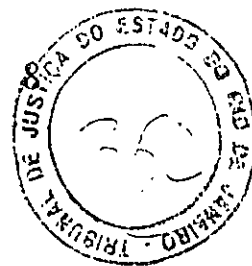
Audiência às fls. 234.

Manifestação do MP às fls. 253/254 e 264/266, seguindo-se a do Município às fls. 256/262.

A sentença de fls. 269/272 julgou procedente em parte o pedido inicial para [i] "determinar que se mantenha em funcionamento o abrigo familiar CEMASI Stella Maris, podendo ser suspenso somente para a realização de obras necessárias, pelo prazo que estas estiverem em curso e mediante o aumento, ainda que temporário e além do item c, de vagas em outras unidades ou em programas de apoio moradia"; [ii] "determinar que se mantenha em funcionamento o abrigo familiar CEMASI Boa Esperança, podendo ser suspenso somente para a realização de obras necessárias, pelo prazo que estas estiverem em curso e mediante o aumento, ainda que temporário e além do item c, de vagas em outras unidades ou em programas de apoio moradia"; [iii] "determinar a criação de mais 65 vagas (alojamentos) em abrigo de família com



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



criança ou adolescente, distribuídas em no mínimo duas unidades, no prazo de 365 dias"; "fixar multa diária de R\$2.000,00 em favor do Fundo da Infância e adolescência do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente pelo descumprimento de cada uma das determinações acima".

Apelo do Município às fls. 279/288, que certificado sua intempestividade nos moldes do art. 198, II, do ECA c/c 188 do CPC, foi decretado deserto [fls. 289].

Apelo do Ministério Público [autor] às fls. 290/294, em que pretende a reforma parcial da sentença, a fim de que seja julgado procedente integralmente o pedido inicial.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 301/306, oficiando no sentido de que a sentença deve ser reformada em parte, e julgado procedente a totalidade do pedido inicial, uma vez que o Município não contestou o pedido de criação de 120 vagas, e nesse ponto não poderia o Julgador "entrar no exame do fato de serem ou não necessárias as 120 vagas". Pugna pelo conhecimento e provimento do apelo.

Manifestação do Município às fls. 320/332 requerendo a reforma da sentença, ou a supressão da multa fixada pela mesma.

Parecer da douta Procuradoria de Justiça às fls. 340/341 reiterando o parecer de fls. 301/306.

É o relatório.

VOTO

O recurso é tempestivo e reúne os demais requisitos de admissibilidade.

Cuida-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra o Município do Rio de Janeiro, com pedido de tutela antecipada, para obter provimento jurisdicional que determine a permanência do funcionamento, sem interrupção, dos abrigos familiares CEMASI Stella Maris e CEMASI Boa Esperança; criação de mais 35 vagas [alojamento] em substituição às vagas atualmente fechadas no abrigo CEMASI



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



Maria Thereza, no prazo de quatro meses, e mais 85 vagas [alojamentos] em substituição às 170 vagas que foram fechadas no abrigo Fazenda Modelo, preferencialmente distribuídas em dois ou três espaços físicos distintos, no prazo de seis meses.

A r. sentença impugnada julgou procedente em parte o pedido inicial, para [i] "determinar que se mantenha em funcionamento o abrigo familiar CEMASI Stella Maris, podendo ser suspenso somente para a realização de obras necessárias, pelo prazo que estas estiverem em curso e mediante o aumento, ainda que temporário e além do item c, de vagas em outras unidades ou em programas de apoio moradia"; [ii] "determinar que se mantenha em funcionamento o abrigo familiar CEMASI Boa Esperança, podendo ser suspenso somente para a realização de obras necessárias, pelo prazo que estas estiverem em curso e mediante o aumento, ainda que temporário e além do item c, de vagas em outras unidades ou em programas de apoio moradia"; [iii] "determinar a criação de mais 65 vagas (alojamentos) em abrigo de família com criança ou adolescente, distribuídas em no mínimo duas unidades, no prazo de 365 dias"; "fixar multa diária de R\$2.000,00 em favor do Fundo da Infância e adolescência do Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente pelo descumprimento de cada uma das determinações acima".

O inconformismo foi deduzido para que em grau de recurso se julgue procedente a totalidade do pedido inicial.

Vale lembrar que o apelo do Município réu às fls. 279/288 foi julgado deserto [fls. 289], ressaltando às fls. 320/332 que, não obstante, a matéria encontra-se, na sua totalidade, devolvida ao Tribunal, inclusive no reexame necessário. Na oportunidade protesta pela reforma da r. sentença, alegando que a Municipalidade mostra-se preocupada com a proteção às crianças e suas famílias, e que tem se empenhado no aumento do número e da capacidade dos abrigos familiares, o quê faz dentro dos critérios de conveniência e oportunidade do administrador público. Acentua que se trata de área afeta à discricionariedade administrativa, e que por isso não é possível ao Judiciário determinar a prática de atos administrativos, sob pena de violação do princípio da separação dos três Poderes.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO



A questão que envolve a discricionariedade administrativa já não encontra seja na doutrina seja na jurisprudência divergência plausível quanto à possibilidade de controle pelo Judiciário da atividade não vinculada da Administração Pública. Isso porque a discricionariedade administrativa não é, como se pronuncia a doutrina, "um cheque em branco" que a ordem legal, logo, do constituinte, dá à Administração. Toda e qualquer atividade administrativa encontra, como se sabe, limites no ordenamento jurídico, haja vista que não tem disponibilidade sobre suas ações, tal como o particular, assim como nos princípios nominados no art. 37 da Constituição Federal, e nos princípios implícitos semeados por toda a Carta Magna, notadamente o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Com este raciocínio pode-se afirmar que as ações discricionárias da Administração são sindicáveis pelo Judiciário, o que não importa dizer que este se faça substituir à Administração, pois o que daí decorre é o exame da legalidade do ato, ainda que não vinculado. O que se tem vedado ao Judiciário, em regra, é a substituição do ato praticado pela Administração, porquanto, nessa hipótese, invadiria a esfera de liberdade de atuação que lhe é peculiar. Vale dizer, em regra a insindicabilidade recai sobre o mérito administrativo, no qual se concentra os critérios de conveniência e oportunidade. Nesse passo, vale acrescentar que a sindicabilidade a que está sujeita a Administração vai da sua ação à sua omissão, esta se consistindo em ação negativa diante de certas situações em que deveria atuar positivamente.

O bem-estar das pessoas está ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana [art. 1º, III, da CF], do que não pode se separar o Estado de Democrático de Direito sob pena de não se poder vê-lo constituído, nos termos estruturais e condicionais da *Lex Legun*.

Assim sendo, não há que se falar de invasão da esfera de discricionariedade ou de competência, mas do exame da legalidade do ato omissivo, o qual pode ser apreciado pelo Judiciário, se o mesmo não foi feito pela própria Administração por força da autotutela.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

Não se aceita, modernamente, que a Administração Pública atue por mera preocupação __ como alega o apelado [fls. 321] __, ou se igualaria ao particular ou a uma entidade filantrópica. Estes sim agem, no sentido da matéria aqui discutida, imbuídos duma preocupação, posto que suprem, muitas vezes, a obrigação de agir do Estado. Aliás, ao Estado cabe a obrigação legal e constitucional de agir.

A questão relativa à previsão orçamentária deve ser superada, uma vez que tais necessidades, por prioritárias que são, já se encontram previamente orçadas e previstas, e por serem aquelas objeto de metas a serem atingidas pelo Estado dentro do seu programa anual de atendimento às famílias menos favorecidas.

A r. sentença examinou a questão com o desvelo recomendado e devido, e, embora não tenha se afastado da severidade reclamada, não se descuidou dos parâmetros recomendados pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, na medida em que sopesou com prudência as provas adunadas nos autos.

Assim é que assentou que "[T]omando-se por base as informações do próprio réu às fls. 34 e 227-228 e considerando a destinação desvirtuada do CEMASI Maria Theresa Vieira, **há consenso de que o mínimo de mais de duas unidades são necessárias para atendimento àquela clientela.** O CEMASI Maria Theresa corresponderia a 35 vagas e, nos moldes do planejamento anunciado em audiência, um novo abrigo atenderia a 30 famílias." [nossa ênfase]

"Assim, a prova dos autos só deixam a certeza de carência de 65 vagas a serem oferecidas em duas unidades."

Finaliza ressaltando que "O prazo para a criação das vagas deve observar um período razoável para eventual locação ou construção de imóvel, bem como para a contratação do pessoal necessário."

Ainda, que "A manutenção dos abrigos ora existentes deve ser acolhida em termos, considerando principalmente a necessidade de obras estruturais apontada pelo comissariado."

É a medida que se tem na r. sentença.



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PODER JUDICIÁRIO

12

O apelante pretende que se dê procedência à totalidade do pedido, consistente na criação de 120 vagas em abrigos de famílias com criança e adolescente, em detrimento das 65 vagas determinadas pela r. sentença. Ora, se a prova de consenso nos autos de fato indicam a carência de 65 vagas, ao Judiciário não cabe determinar à Administração que realize mais, sob pena de, aí sim, invadir a sua esfera de competência, posto que não se trataria de coibir o ato omissivo alegado, da Administração, mas de intervenção indevida em programas de metas da Administração Pública. Por outro lado, embora o Município apelado não tenha contestado o pedido de criação de 120 vagas formulado pelo apelante na inicial, como assim se refere a douta Procuradoria de Justiça às fls. 304, não significa que se deve acatar o pedido inicial em tal monta, se as provas não indicam essa necessidade. Mesmo porque, a questão fica subsumida ao reexame necessário.

Embora seja do conhecimento de todos que as ações da Administração Pública nesse sentido serão sempre insuficientes para atender a demanda sempre crescente das necessidades básicas em nosso País, não se pode crer que se possa estabelecer pela via jurisdicional tais parâmetros e ignorar diversas outras que devem ser atendidas com igual ou mais prioridade. Essa é a conta que se tem não só do que dos autos consta, mas da realidade da qual não pode se afastar o Judiciário.

O voto, portanto, data venia dos sólidos argumentos do Ministério Público, tanto no primeiro quanto no segundo grau, é no sentido de conhecer do recurso, mas lhe negar provimento, confirmando a r. sentença apelada, inclusive no reexame necessário.

Rio de Janeiro, 31 de 01 de 2006.

DES. ANTONIO FREDERICO DE OUARTS
Presidente

Desembargador RONALDO ROCHA PASSOS
Relator

ANEXO L – CASO AG. REG. RE 909.943 / SE

23/11/2018

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO: 20155553
 RECURSO: Apelação Cível
 PROCESSO: 201500703050
 RELATOR: ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO

APELANTE EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZACAO - EMURB Advogado: CÁSSIA SOBRAL DE MELO
 APELADO MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DAS PARTES REJEITADAS – MÉRITO – RISCO DE DESMORONAMENTO EM ENCOSTAS – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO PODER EXECUTIVO - IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA ADMISTRATIVA - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – REFORMA DA SENTENÇA – JULGAMENTO IMPROCEDENTE DO PEDIDO – PROVIMENTO DOS APELOS – DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo IV da 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, conhecer dos recursos para lhes dar provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 14 de Abril de 2015.

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
 RELATOR

RELATÓRIO

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO (Relator):

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por EMURB – EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO e MUNICÍPIO DE ARACAJU em face da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, feito julgado nos seguintes termos:

“Isto posto, DEFIRO O PEDIDO com fundamento nos artigos 3º da Constituição Federal e artigos 1º e 2º do Estatuto das Cidades , CONDENO o MUNICÍPIO DE ARACAJU e a EMURB em

02/06/2017

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 909.943 SERGIPE

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE ARACAJU
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ARACAJU
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE
INTDO.(A/S) : EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO - EMURB
ADV.(A/S) : FABRÍCIO DANTAS FREIRE LIMA E OUTRO(A/S)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 29.12.2016. DIREITO À SEGURANÇA E MORADIA. CONSTRUÇÃO EM ENCOSTAS. RISCO DE DESABAMENTO. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE MEDIDAS EMERGENCIAIS PARA EVITAR DESMORONAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à segurança e moradia.

2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **em sessão virtual, de 26 de maio a 1º de junho de 2017**, sob a Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo

RE 909943 AGR / SE

regimental, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, e entendeu ser inaplicável o art. 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 2 de junho de 2017.

Ministro **EDSON FACHIN**
Relator

02/06/2017

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 909.943 SERGIPE

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
AGTE.(S) : **MUNICÍPIO DE ARACAJU**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ARACAJU**
AGDO.(A/S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE**
INTDO.(A/S) : **EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO - EMURB**
ADV.(A/S) : **FABRÍCIO DANTAS FREIRE LIMA E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática em que dei provimento ao recurso extraordinário, nos seguintes termos (eDOC 21):

Trata-se de recurso extraordinário interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe que deu provimento aos recursos de apelações das partes ora Recorridas, nos seguintes termos:

"APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DAS PARTES REJEITADAS – MÉRITO – RISCO DE DESMORONAMENTO EM ENCOSTAS – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO PODER EXECUTIVO - IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA ADMISTRATIVA - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - REFORMA DA SENTENÇA – JULGAMENTO IMPROCEDENTE DO

RE 909943 AGR / SE

PEDIDO - PROVIMENTO DOS APELOS – DECISÃO UNÂNIME."

Nas razões recursais, com fundamento no permissivo constitucional do art. 102, III, a, aponta-se ofensa aos artigos 1º, III, 6º, 23, IX, 30, VIII, e 182, § 4º, todos da Constituição da República, por violação aos princípios garantidores da dignidade da pessoa humana, do direito à moradia, da competência comum dos Entes federados, da competência dos municípios, bem assim, da política de desenvolvimento urbano e da defesa do meio ambiente.

A parte ora Recorrente pretende determinar ao Município de Aracaju a obrigação de fazer consistente na realização de serviços, pelo ente municipal e pela EMURB, de contenção das encostas e retirada das famílias que se encontram em localização de risco eminente à saúde e à integridade física.

É o relatório. Decido.

O recurso extraordinário merece acolhida.

Este Tribunal entende que reconhecer a legitimidade do Poder Judiciário para determinar a concretização de políticas públicas constitucionalmente previstas, quando houver omissão da administração pública, não configura violação do princípio de separação dos poderes.

Nesse sentido, em caso no qual se discutia obras emergenciais em presídios, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o mérito do RE-RG 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, *Dje* de 1º.02.2016 (Tema 220), com repercussão geral reconhecida, decidiu que *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*

RE 909943 AGR / SE

postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

Verifica-se, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Tribunal consolidou-se no sentido de que, nos casos de omissão da administração pública, conforme assentado no caso dos autos, é legítimo ao Poder Judiciário impor-lhe obrigação de fazer com a finalidade de assegurar direitos fundamentais dos cidadãos, como é o caso da moradia e segurança por risco de desmoronamento em encostas.

Diante do exposto, dou provimento ao recurso extraordinário para restabelecer, parcialmente, a sentença que julgou procedente a ação civil pública, no tocante a obrigação de realizar de serviços de contenção das encostas e de relocar, em condições aceitáveis, as famílias que se encontram em localização de risco eminente, nos termos do art. 21, § 2º, do RISTF. Ressalvada eventual concessão do benefício da justiça gratuita, ficam invertidos os ônus de sucumbência.

Publique-se.

Sustenta-se, em síntese, que, no caso, não houve omissão do Poder Público a justificar a interferência do Poder Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa. Alega-se que, conforme asseverado no acórdão recorrido, não ficou demonstrado nos autos o descaso da Administração (eDOC 24, p. 6). Aduz-se que a análise do recurso dependeria do exame das provas dos autos, o que encontra óbice na Súmula 279 do STF.

A parte agravada, embora intimada, não apresentou manifestação (eDOC 29).

É o relatório.

02/06/2017

SEGUNDA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 909.943 SERGIPE

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): As razões recursais são insuficientes para infirmar a conclusão da decisão agravada.

Com efeito, o Tribunal de origem concluiu que, no caso, houve ingerência ilegítima do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Executivo, asseverando o seguinte (eDOC11, p. 12):

De fato, a situação retratada nos autos demonstra o risco de desabamento de diversas áreas residenciais, irregularmente construídas nesta Capital (...)

Todavia, mister ressaltar que o cumprimento das medidas impostas na decisão hostilizada implica em providências de alto custo e que necessitam de profundos estudos técnicos para implantação, mostrando-se plausíveis as alegações dos recorrentes.

Frise-se que não é razoável condenar o Município a realocar os moradores, pois, não obstante tenha o dever de exercer seu poder de polícia para evitar edificações irregulares em áreas de risco, em consonância com o art. 30, inciso VIII da CF e, ainda que se considere o direito à moradia, tais argumentos não implicam que a habitação seja dada ou fornecida pelo Estado ou Município.

Ora, a realocação até poderá ser feita, mas não como ordem judicial, mas como providência relativa à assistência social e à política social do Município, não sendo cabível a interferência do Poder Judiciário, uma vez que tal ordem ofende a separação dos poderes e implica em gastos públicos cuja precedência cabe ao Poder Executivo definir, caso contrário, estar-se-ia onerando o erário com uma despesa a que não deu causa e desrespeitando a ordem do programa municipal de moradia.

RE 909943 AGR / SE

(...)

Deveras, diante do Princípio da Separação dos Poderes não pode o Judiciário interferir em matérias da alçada da Administração Pública, pois é dela a eleição pelo melhor emprego do orçamento público. Entendo, pois, que o Poder Judiciário deve agir com parcimônia em situações de aparente omissão do Poder Público.

A meu ver, a decisão judicial caracteriza uma ingerência do Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa, visto que impõe a obrigação de fazer consistente na adoção, em até 60 dias, de medidas emergenciais consistentes em fazer cessar o perigo de desmoronamento nas localidades indicadas e interdição, no mesmo prazo e se necessário, das propriedades que apresentem risco, com a retirada da população para alojamentos às expensas do Município até que cesse o risco, providências estas que devem ser determinadas pelo responsável administrativo e não pelo Judiciário.

O acórdão recorrido consignou que a situação retratada nos autos demonstra o risco de desabamento de diversas áreas residenciais irregularmente construídas em Aracaju. Apesar de reconhecer que o Município tenha o dever de exercer seu poder de polícia para evitar edificações irregulares em áreas de risco (cf. art. 30, VIII da CF), concluiu que não é razoável condenar o referido ente federativo a realocar os moradores, visto que a interferência do Poder Judiciário ofende a separação dos poderes e implica em gastos públicos.

Conforme consignado na decisão que se impugna, o acórdão recorrido diverge da jurisprudência desta Corte, segundo a qual o Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da segurança e moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes, porquanto não se cuida de ingerência ilegítima de um Poder na esfera de outro.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

RE 909943 AGR / SE

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Catástrofe Natural. Chuvas. Interdição de imóvel. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Violação do princípio da reserva de plenário. Inexistência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso do direito à moradia, sem que isso configure violação do princípio da separação dos poderes. 2. Não há violação do art. 97 da Constituição Federal ou da Súmula Vinculante nº 10 do STF quando o Tribunal de origem, sem declarar a inconstitucionalidade da norma e sem afastá-la sob fundamento de contrariedade à Constituição Federal, limita-se a interpretar e aplicar a legislação infraconstitucional ao caso concreto. 3. Agravo regimental não provido. (ARE 914.634-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 29.2.2016)

Ante o exposto, voto pelo não provimento do presente agravo regimental, bem como, diante da manifesta improcedência do agravo, nos termos da fundamentação acima declinada, por aplicar à parte agravante multa de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, nos termos do art. 1.021, § 4º, do CPC, em face de decisão desta Turma na hipótese de deliberação unânime, condicionando-se a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio da quantia fixada, observado o disposto no art. 1.021, § 5º, do CPC.

Inaplicável o artigo 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública.

É como voto.

SEGUNDA TURMA**EXTRATO DE ATA****AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 909.943**

PROCED. : SERGIPE

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

AGTE.(S) : MUNICÍPIO DE ARACAJU

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ARACAJU

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

INTDO.(A/S) : EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO - EMURB

ADV.(A/S) : FABRÍCIO DANTAS FREIRE LIMA (2648/SE) E OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC, e entendeu ser inaplicável o art. 85, § 11, CPC, por se tratar de recurso oriundo de ação civil pública, nos termos do voto do Relator. **2ª Turma**, Sessão Virtual de 26.5 a 1º.6.2017.

Composição: Ministros Gilmar Mendes (Presidente), Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Edson Fachin.

Ravena Siqueira
Secretária

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE

ACÓRDÃO: 20155553
RECURSO: Apelação Cível
PROCESSO: 201500703050
RELATOR: ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
APELANTE EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZACAO - EMURB Advogado: CÁSSIA SOBRAL DE MELO
APELADO MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE

EMENTA

APELAÇÕES CÍVEIS - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE DAS PARTES REJEITADAS - MÉRITO - RISCO DE DESMORONAMENTO EM ENCOSTAS - DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DO PODER EXECUTIVO - IMPOSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ESFERA ADMISTRATIVA - PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - REFORMA DA SENTENÇA - JULGAMENTO IMPROCEDENTE DO PEDIDO - PROVIMENTO DOS APELOS - DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os integrantes do Grupo IV da 1ª Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, por unanimidade, conhecer dos recursos para lhes dar provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Aracaju/SE, 14 de Abril de 2015.

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
RELATOR

RELATÓRIO

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO (Relator):

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por **EMURB - EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO e MUNICÍPIO DE ARACAJU** em face da sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE**, feito julgado nos seguintes termos:

"Isto posto, DEFIRO O PEDIDO com fundamento nos artigos 3º da Constituição Federal e artigos 1º e 2º do Estatuto das Cidades , CONDENO o MUNICÍPIO DE ARACAJU e a EMURB em

obrigação de fazer consistente em :

1. Adotar, em até 60 dias, as medidas emergenciais consistentes em fazer cessar o perigo de desmoronamento nas localidades a seguir descritas: Rua 6 no Conjunto Maria do Carmo, II, Bairro América; Rua Curitiba, Rua Farmacêutico Marcos Ferreira de Jesus, Rua Novo Paraíso e Rua Heribaldo José de Barros, localizadas no Conjunto Duque de Caxias, Bairro Industrial.

2. Interditar, no mesmo prazo acima e se for necessário, neste caso deverá ser consultada a defesa civil, das propriedades que apresentem risco e retirada da população para alojamentos a expensas do município até que cesse o risco.

3. Condene ainda o município de Aracaju e a EMURB solidariamente em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de reparação de danos a ser depositado no fundo de que trata o artigo 13 da lei 7.347/85.

PRI.”

O Município de Aracaju, em sede de preliminar alega ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide.

Em suas razões, aduz que a decisão prolatada promoveu a violação do princípio da separação de poderes e da discricionariedade das decisões do administrador público.

Alega que não houve inércia estatal e a irrazoabilidade da efetivação da política pública através da via judicial.

Dentre outros argumentos, requer seja dado provimento ao recurso.(fls.1027/1051)

A EMURB, por sua vez, defende, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva e, no mérito, a inexequibilidade do prazo determinado, uma vez que a obrigação de fazer imposta depende de estudo técnico de alta complexidade, devendo, pois, ser concedido prazo de 90 dias apenas para realização do Estudo de Contenção das encostas para estabilização das mesmas e um novo prazo para elaboração do projeto, alocação de recursos pelo Município e sua execução.

Sustenta, ainda, que a condenação em danos no montante de R\$500.000,00 (quinhentos mil reais) caracteriza enriquecimento ilícito, requerendo a sua exclusão, ou, na eventualidade de ser mantida a condenação, a redução do valor arbitrado.

Com esses argumentos, pugna pelo provimento do recurso.(fls.1059/1070)

Contrarrazões às fls. 1074/1082).

Parecer do Ministério Público pelo desprovimento dos apelos.(fls.1087/1096)

É o relatório.

VOTO

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO (Relator):

É de se conhecer os recursos apelatórios, tendo em vista que preencheram todos os seus requisitos de admissibilidade.

Primeiramente, cumpre rejeitar as preliminares aventadas.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO DE ARACAJU

É cediço que se exige do Poder Público Municipal, o seu dever de organizar e prestar os serviços públicos de interesse local, seja direta ou indiretamente.

Assim dispõe a Constituição Federal/88, em seu art. 30:

Art. 30. Compete aos Municípios:

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Dessa maneira, infere-se ser extrema de dúvidas que compete aos Municípios a implementação de medidas que impliquem numa efetiva prestação de serviços, *in casu*, a adoção de medidas emergenciais para evitar o desmoronamento nas localidades indicadas na inicial, bem como a interdição dos imóveis na área de risco, com a retirada dos moradores e alojamento dos mesmos em local diverso.

Registre-se que a própria legislação municipal confere ao Município, especificamente a EMURB, o dever de fiscalizar de forma adequada essas atividades. Nesse diapasão, registre-se o que preconiza a Lei Orgânica desta capital:

"Art. 19. Compete ao Município, além de outras atribuições:

VIII - fazer cessar, no exercício do poder de política administrativa, as atividades que violarem as normas de saúde, sossego, higiene, segurança, funcionalidade, estética, moralidade e outros de interesse da coletividade;"

A criação, por lei, de empresa pública para esse fim, não extrai a responsabilidade do ente público, mas apenas a torna subsidiária. Diante de tal contexto, havendo previsão legal e constitucional de fiscalização das obras e segurança, não poderá a municipalidade imiscuir-se do dever, sob alegação de que tal atribuição é delegada a uma entidade da administração indireta.

Válida a transcrição do magistério de José dos Santos Carvalho Filho, em seu Manual de Direito Administrativo, 19ª Edição, acerca do tema:

"Seja qual for a natureza da sociedade de economia mista ou da empresa pública, o Estado, vale dizer, a pessoa federativa a que estão vinculadas as entidades, é sempre responsável subsidiário (não solidário)".

Assim, não há como excluir o ente público municipal do pólo passivo da presente lide.

Nesse mesmo sentido, inclusive, já decidiu esta Corte:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - AUSÊNCIA DE SANEAMENTO BÁSICO - CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - DECISÃO AGRAVADA QUE IMPÕE LIMINARMENTE AO AGRAVANTE, JUNTAMENTE COM A DESO E À EMURB, A OBRIGAÇÃO DE REALIZAR AS OBRAS DE INFRAESTRUTURA, SANEAMENTO E ESGOTAMENTO SANITÁRIO, NO PRAZO DE 90 (NOVENTA) DIAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO DE ARACAJU - PRELIMINAR REJEITADA. (...) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO." (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1018/2010, 18ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, RELATOR, Julgado em 04/09/2012)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECISÃO QUE DETERMINOU A APRESENTAÇÃO DE NOVO PROJETO URBANÍSTICO DO LOTEAMENTO RESIDENCIAL JARDIM BAHIA PELO MUNICÍPIO DE ARACAJU E ORLAMAR EMPREENDIMENTOS LTDA - IRRESIGNAÇÃO - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO - DESCABIMENTO - LEGITIMIDADE DO PODER PÚBLICO FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA - (&) - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO." (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2864/2011, 12ª VARA CÍVEL, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, JOSÉ DOS ANJOS, JUIZ(A) CONVOCADO(A), Julgado em 10/09/2012)

Assim, deve ser mantida a sentença neste ponto.

PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DA EMURB

A EMURB atribui a responsabilidade ao Município de Aracaju, alegando não ser parte legítima para figurar no pólo passivo.

Entretanto, razão não lhe assiste.

A EMURB é empresa pública que possui personalidade jurídica de direito privado, patrimônio próprio e autonomia administrativa e financeira e tem por finalidade implantar planos urbanísticos e executar serviços de caráter econômico, com base na legislação municipal vigente.

A Lei nº1994, de 17 de junho de 1993 alterou a lei nº429/75, que criou a EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZAÇÃO – EMURB, nos seguintes termos:

" Art. 1º Os artigos da Lei nº [429](#), de 22 de setembro de 1975 que criou a Empresa Municipal de Obras e Urbanização - EMURB, a seguir indicados, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 1º fica o Poder Executivo autorizado a criar uma Empresa Pública sob a denominação Empresa Municipal de Obras e Urbanização, que adotará a sigla de EMURB, e terá a finalidade de implantar planos urbanísticos, executar o programa de obras da Administração Pública Municipal e realizar serviços de caráter econômico, inclusive fora do âmbito do Município de Aracaju, produzir e comercializar artigos manufaturados e executar programas habitacionais. (...)

Art. 2º Fica acrescido um artigo e dois parágrafos na Lei nº [429](#)/75, que receberão os números: Art. 15, § 1º e 2º, remunerando-se o último para Art. 16, com a seguinte redação:

"Art. 15 - Fica atribuída à EMURB o Poder de Polícia Administrativa para fiscalizar, embargar, aplicar sanções pecuniárias e interditar quaisquer ações físicas executadas por pessoa física ou jurídica estranha ao Poder Público Municipal, na malha viária da Cidade de Aracaju, visando coibir as atividades danosas nas vias públicas."

Constata-se, portanto, que está entre as atribuições da EMURB a fiscalização e licenciamento das ocupações do solo urbano.

Assim, considerando que se trata de suposta omissão do ente recorrente quanto ao exercício do poder de polícia, bem como em relação às atribuições que lhe foram conferidas pela lei supracitada, não há que se falar em exclusão de sua responsabilidade.

DO MÉRITO

Inicialmente, é preciso ressaltar que o Ministério Público atuou de maneira eficaz ao desempenhar sua função na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quando envolve a questão da dignidade da pessoa humana, no caso em apreço, o perigo iminente de desmoronamento de diversas casas nas localidades indicadas na inicial.

De fato, a situação retratada nos autos demonstra o risco de desabamento de diversas áreas residenciais, irregularmente construídas nesta Capital, nas seguintes localidades: Rua 6 no Conjunto Maria do Carmo II, Bairro América, Rua Curitiba, Rua Farmacêutico Marcos Ferreira de Jesus, Rua Novo Paraíso e Rua Heribaldo José de Barros, localizadas no Conjunto Duque de Caxias, no Bairro Industrial.

Todavia, mister ressaltar que o cumprimento das medidas impostas na decisão hostilizada implica em providências de alto custo e que necessitam de profundos estudos técnicos para implantação, mostrando-se plausíveis as alegações dos recorrentes.

Frise-se que não é razoável condenar o Município a realocar os moradores, pois, não obstante tenha o dever de exercer seu poder de polícia para evitar edificações irregulares em áreas de risco, em consonância com o art.30, inciso VIII da CF e, ainda que se considere o direito à moradia, tais argumentos não implicam que a habitação seja dada ou fornecida pelo Estado ou Município.

Ora, a realocação até poderá ser feita, mas não como ordem judicial, mas como providência relativa à assistência social e à política social do Município, não sendo cabível a interferência do Poder Judiciário, uma vez que tal ordem ofende a separação dos poderes e implica em gastos públicos cuja precedência cabe ao Poder Executivo definir, caso contrário, estar-se-ia onerando o erário com uma despesa a que não deu causa e desrespeitando a ordem do programa municipal de moradia.

Insta salientar que, além de não constar no processo o número de pessoas que teriam que ser retiradas de suas moradias e realocadas, ainda que provisoriamente, às custas do Ente Público, as mesmas apresentam diferente perfil de renda, família e necessidade, de impossível regulação na sentença e que cabe ao Município avaliar.

Deveras, diante do Princípio da Separação dos Poderes não pode o Judiciário interferir em matérias da alçada da Administração Pública, pois é dela a eleição pelo melhor emprego do orçamento público. Entendo, pois, que o Poder Judiciário deve agir com parcimônia em situações de aparente omissão do Poder Público.

A meu ver, a decisão judicial caracteriza uma ingerência do Judiciário no âmbito da discricionariedade administrativa, visto que impõe a obrigação de fazer consistente na adoção, em até 60 dias, de medidas emergenciais consistentes em fazer cessar o perigo de desmoronamento nas localidades indicadas e interdição, no mesmo prazo e se necessário, das propriedades que apresentem risco, com a retirada da população para alojamentos às expensas do Município até que cesse o risco, providências estas que devem ser determinadas pelo responsável administrativo e não pelo Judiciário.

Maria Silvia Zanella de Pietro, em sua obra Direito Administrativo, assim discorre acerca do controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos:

“Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”.(17ª Edição, pág. 210)

Impende ressaltar que os atos discricionários transitam dentro de um espaço intencionalmente livre onde a Administração Pública pode decidir, desde que cabível no ordenamento jurídico legal.

Nos mesmos termos a lição de Hely Lopes Meirelles (in Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., p. 116, Malheiros Editores, São Paulo, 2002):

“(…) só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo. Em tal hipótese, executa a lei vinculadamente, quanto aos elementos que ela discrimina, e discricionariamente, quanto aos aspectos em que ela admite opção. (...) O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz.”

Cumprе, portanto, ao Poder Executivo sistematizar e implementar, as políticas públicas de forma a tomar as medidas necessárias à segurança dos indivíduos residentes em locais com risco de desmoronamento, não só nos locais indicados na sentença, mas em todos os bairros do Estado que necessitam das mesmas providências.

Frise-se que este raciocínio não implica em aceitar qualquer descaso do Poder Público, muito menos o desrespeito aos valores morais erigidos pelo Constituinte, mais precisamente a preservação física e moral do indivíduo.

Porém, é preciso cautela em ações deste jaez.

Entendo, portanto, que o Poder Judiciário não pode impor as obrigações de fazer constantes da sentença, uma vez que, diante de fatos concretos dessa monta, deve a administração pública atuar conforme dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante.

No mesmo sentido já se manifestou esta Corte de Justiça:

"Apelação Cível - Constitucional - Administrativo - Ação Civil Pública - Obrigação de Fazer - Inúmeras Providências no campo da Segurança Pública - Decisão pela Impossibilidade Jurídica do Pedido - Irresignação do Ministério Público - Impende-se, à luz do disposto no § 3º, do art. 513, do CPC, afastar a carência de ação - Analisando o mérito, pela impossibilidade da interferência do Poder Judiciário na esfera do Poder Executivo - Segurança Pública - Embora relevantes as questões suscitadas pelo Ministério Público, os motivos de conveniência e oportunidade da construção de obras são atos discricionários da Administração; Sob pena de vilipêndio ao Princípio da Separação dos Poderes."

Alteração do Dispositivo sentencial - Recurso Improvido. (Apelação Cível nº 0134/2008, Relator: Des. Cezário Siqueira Neto, Julgado em 09/06/2009).

Eis outro precedente do Tribunal de Minas Gerais:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - ADMINISTRATIVO - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - CONSTRUÇÃO DE CENTRO DE RECOLHIMENTO DE MENORES INFRATORES - ATO DISCRICIONÁRIO - CRITÉRIOS DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INGERÊNCIA DO JUDICIÁRIO NO PODER EXECUTIVO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA REFORMADA.

- O Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública para a defesa de direitos difusos, coletivos e, inclusive, individuais homogêneos, havendo manifesto interesse social compatível com sua finalidade institucional, nos termos do art. 127, caput, e art. 129, incisos III e X, da Constituição.

- A construção de prédios públicos, como centro de internação de menores infratores, encontra-se no âmbito da discricionariedade administrativa, de modo que não pode o Poder Judiciário determinar sua construção pelo Estado e muito menos fixar prazo para tanto, sob pena de inadmissível ofensa ao princípio da separação dos Poderes. (Ap Cível/Reex Necessário 1.0035.07.112148-3/001, Relator(a): Des.(a) Ana Paula Caixeta, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/07/2013, publicação da súmula em 24/07/2013)

Saliente-se, por fim, que não restou demonstrado o descaso da Administração a justificar a condenação em danos ambientais, pois como bem pontuado pelo Município recorrente, foram colacionados documentos aos autos que comprovam a realização de parte das obras de contenção das encostas, tendo, portanto, a Administração agido nos limites de sua capacidade de atuação.

Por todo o exposto, igualmente não há que se falar em condenação em danos ambientais e urbanísticos, devendo, pois, ser reformada a sentença também neste ponto.

Desse modo, impõe-se a reforma da decisão fustigada.

DO DISPOSITIVO

Ante a tais considerações, voto pelo provimento dos recursos, para reformar a sentença e julgar improcedente o pedido autoral, na forma do artigo 269, I do CPC, conforme fundamentos supra transcritos.

É como voto.

Aracaju,

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO

Relator

Aracaju/SE, 16 de Abril de 2015.

DES. ROBERTO EUGENIO DA FONSECA PORTO
RELATOR



Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

Gerada em
23/11/2018
08:07:24

SENTENÇA

Dados do Processo:

Número:

201210300148

Classe:

Ação Civil Pública

Fase:

ARQUIVADO

Guia Inicial:

201410038836

Segredo de Justiça:

NÃO

Tipo do Processo:

Físico

Número Único:

0005530-92.2012.8.25.0001

Situação:

JULGADO

Julgamento:

25/06/2014

Impedimento/Suspeição:

NÃO

Processo Sigiloso:

NÃO

Competência:

3ª Vara Cível de Aracaju

Distribuído Em:

06/02/2012

Caixa:

714

Partes do Processo:

Tipo	Nome	Representante da Parte
Requerente	MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SERGIPE	Advogado: GILTON FEITOSA CONCEICAO - 1371/SE Procurador Estadual: ANGELA MARIA MATOS - 1304/SE
Requerido	EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANIZACAO - EMURB	Advogado: CÁSSIA SOBRAL DE MELO - 1029/SE Advogado: FABRICIO DANTAS FREIRE LIMA - 2648/SE Advogado: MARCUS ANTONIO BEZERRA SOBRAL - 2740/SE Advogado: MARIA LUCIMAR SILVA OLIVEIRA - 1041/SE Advogado: RENATO PRADO BUARQUE - 5235/SE
Requerido	MUNICIPIO DE ARACAJU	Procurador Municipal: MAÍRA NASCIMENTO BARBOSA - 389-B/SE

SENTENÇA

Processo nº: 201210300148**Requerente:** Ministério Público do Estado de Sergipe**Requerido:** Município de Aracaju e EMURB

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SERGIPE, qualificados na exordial, propôs **AÇÃO CIVIL PÚBLICA C/C PEDIDO LIMINAR**, contra **PREFEITURA MUNICIPAL DE ARACAJU e EMPRESA MUNICIPAL DE OBRAS E URBANISMO - EMURB.**, pessoa jurídica de direito privado, vinculada à Secretaria Municipal de Planejamento.

Alega o Autor que instaurou procedimentos administrativos, em razão de matérias veiculadas na imprensa escrita do município de Aracaju, a qual denunciava o risco de desabamento diversas áreas residenciais, nesta capital.

Afirma ainda o Autor que dada a gravidade das informações apresentadas pela Defesa Civil em Relatórios Técnicos de Vistoria, foi encaminhada a EMURB cópia destes solicitando-se a esta empresa providências administrativas necessárias à eliminação dos riscos apontados.

Todavia, a resposta a esta solicitação por parte da EMURB foi informar que possuía projetos para a contenção de encostas em algumas das localidades apontadas pela Defesa Civil, sem apresentar cronograma de execução de obras.

Requeru em sede de antecipação de tutela medida liminar para que a EMURB tome as medidas contidas nos itens 3.1, 3.2 da petição inicial.

Ao final requereu a condenação dos requeridos em obrigação de fazer consistente em: i) adotar medidas emergenciais no sentido de cessar o perigo de desmoronamento em todas as localidades citadas no item 01 da petição inicial desta Ação Civil Pública; ii) interdição imediata das propriedades que apresentem risco à segurança da população e retirada de seus moradores com alojamento em outro local digno às expensas da municipalidade até cessar o risco.

Decisão liminar em 12 de março de 2012, às fl. 799/800.

O Município de Aracaju, apresentou sua contestação às fls. 841/848, a qual pelo o que se encontra exposto não diz respeito a presente ação.

Contestação da EMURB às fls. 849/863, onde aduziu em sede preliminar a ilegitimidade passiva ad causam, pois, suas atribuições se restringem à execução das obras devidamente autorizadas pelo Município de Aracaju através de suas secretarias com atribuições específicas na área de planejamento e finanças. Que quem decide a conveniência e oportunidade da realização de uma obra é a Secretaria de Planejamento, que por sua vez se encontra vinculada ao Orçamento Participativo. Esclarecendo, ainda, que a EMURB é empresa pública, com personalidade jurídica de Direito Privado, vinculada à Secretaria de Planejamento. No mérito não apresentou nenhuma alegação. Requeru ao final o acatamento da preliminar e exclusão desta autarquia da relação processual.

Às fl. 945/952 a qual foi juntada aos autos em 12 de julho de 2012 em que pese ter sido apresentada no protocolo no dia 02 de julho do mesmo ano se encontrava intempestiva. Cumprindo frisar que às fl. 841/848 já havia sido juntada outra contestação, conforme já mencionado acima.

Réplica do Ministério Público às fls. 957/969.

É o Relatório.

Decido.

Trata-se de pedido para condenar o réu a uma obrigação de fazer consistente nos serviços necessários para a contenção das encostas e retirada de famílias que se encontram em situação de risco dos logradouros especificados na inicial.

Nada obstante a existência de procedimento administrativo objetivando a regularização da situação por parte do Ministério Público, tal procedimento não foi suficiente para promover a área como assunto prioritário por parte da municipalidade tendo sido necessário a deflagração da ação civil pública, instrumento judicial cabível à espécie sendo entendimento pacífico de que é parte legítima o Autor, uma vez que se trata de direito coletivo de natureza difusa.

Em primeiro lugar enfrentemos a alegação do réu EMURB que alega não ser parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação, haja vista que não possui autonomia financeira para escolher os programas prioritários das políticas públicas.

Nada obstante isso, é do nosso sentir que a EMURB tem responsabilidade na fiscalização da regularidade do parcelamento urbano, podendo promover as medidas necessárias para inibir o inadequado uso dos terrenos pertencentes ou não ao Poder Público.

Destarte, é parte legítima para figurar no polo passivo da presente ação, uma vez que, sendo a autarquia municipal responsável pela urbanização da capital, não poderia se omitir em inibir a fixação de cidadãos em áreas passíveis de oferecer risco a vida e integridade física destas mesmas pessoas.

Quanto a alegação de cabe ao Executivo Municipal a eleição de políticas públicas prioritárias é possível concordar em parte com esse entendimento, desde que a eleição das políticas públicas prioritárias não deixe sem solução situações emergenciais e urgentes como é o caso em tela, onde se fazem necessárias medidas para inibir o risco à vida e integridade física das pessoas.

É entendimento jurisprudencial de que o Poder Público é responsável solidariamente pelo dano ambiental quando não o fiscaliza, cabendo o mesmo entendimento quando se trata do parcelamento urbano, uma vez que, quando falamos em meio ambiente não estamos nos referindo aos aspectos relacionados somente a natureza. A propósito transcrevemos a jurisprudência do STJ neste sentido:

**REsp 604725 / PR ; RECURSO ESPECIAL
2003/0195400-5¹**

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. ART.267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.

1. Ao compulsar os autos verifica-se que o Tribunal a quo não emitiu juízo de valor à luz do art. 267 IV do Código de Ritos, e o recorrente sequer aviou embargos de declaração com o fim de prequestioná-lo. Tal circunstância atrai a aplicação das Súmulas nº282 e 356 do STF.

2. O art. 23, inc. VI da Constituição da República fixa a competência comum para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios no que se refere à proteção do meio ambiente e combate à poluição em qualquer de suas formas. No mesmo texto, o art. 225, caput, prevê o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter

requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental.

4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente.

5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).

6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).

7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Neste mesmo sentido é o entendimento doutrinário em que Molina Gimenez assim define o direito ao meio ambiente equilibrado:

“(...) o direito ao meio ambiente adequado apresenta uma vertente subjetiva associada à qualidade de vida, identificada na imposição aos poderes públicos, contida no supra citado dispositivo, de proteger e melhorar a qualidade de vida dos cidadãos. (...) a tutela do bem-estar exige ir mais além na proteção ambiental, superando as técnicas dirigidas exclusivamente a garantir a proteção dos elementos naturais².”

Os documentos acostados aos autos pela parte autora dão conta de que existe uma situação que exige cuidado por parte dos réus, não cabendo a alegação de que as construções foram feitas irregularmente sem a devida autorização do Poder Público, uma vez que o mesmo tem o Poder/Dever de Polícia para impor determinadas condutas, principalmente quando se trata de parcelamento urbano.

Isso posto, com base no Laudo da Defesa Civil, e considerando que a ação tem como escopo tornar efetivo uma política urbana elevada à categoria de direito humano fundamental, haja vista que alicerçado no princípio da dignidade da pessoa humana, tanto é assim que o legislador infra-constitucional no artigo primeiro, parágrafo único da lei denominada Estatuto da Cidade assim dispõe:

“Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”

E ainda que as normas contidas no Estatuto da cidade dialogam com os dispositivos constitucionais acima citados de forma que já em seu artigo 2º³ temos:

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

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

(...)omissis

Por outro lado ainda devemos levar em consideração que num conflito entre princípios sustenta Canotilho⁴, não podemos ignorar que a Constituição constitui um sistema aberto de princípios e que existem fenômenos de tensão entre os vários princípios estruturantes, de maneira que os princípios não obedecem a uma lógica do tudo ou nada. Antes disso, podem ser objeto de ponderação e concordância prática, consoante seu peso e as circunstâncias do caso concreto.

Isto posto, DEFIRO O PEDIDO com fundamento nos artigos 3º da Constituição Federal e artigos 1º e 2º do Estatuto das Cidades, **CONDENO o MUNICÍPIO DE ARACAJU e a EMURB em obrigação de fazer consistente em :**

1. Adotar, em até 60 dias, as medidas emergenciais consistentes em fazer cessar o perigo de desmoronamento nas localidades a seguir descritas: Rua 6 no Conjunto Maria do Carmo, II, Bairro América; Rua Curitiba, Rua Farmmacêutico Marcos Ferreira de Jesus, Rua Novo Paraíso e Rua Heribaldo José de Barros, localizadas no Conjunto Duque de Caxias, Bairro Industrial.

2. Interditar, no mesmo prazo acima e se for necessário, neste caso deverá ser consultada a defesa civil, das propriedades que apresentem risco e retirada da população para alojamentos a expensas do município até que cesse o risco.

3. Condeno ainda o município de Aracaju e a EMURB solidariamente em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) a título de reparação de danos a ser depositado no fundo de que trata o artigo 13 da lei 7.347/85.

PRI.

Aracaju, 25 de junho de 2014.

Simone de Oliveira Fraga

Juíza de Direito

¹<http://www.stj.gov.br> >em 05 de julho de 2007<<

² Apud, MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela Do Patrimônio Cultural Sob O Enfoque Do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.91.

³<http://www.senado.gov.br> >em 09 de julho de 2007<<

⁴ CANOTILHO, J.Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, 6ª ed.pg. 190.

Simone de Oliveira Fraga

Juiz(a) de Direito