

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

A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

ALINE SPITZ TOLEDO DIAS

Rio de Janeiro
2017 / 1º SEMESTRE

ALINE SPITZ TOLEDO DIAS

A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

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. Luigi Bonizzato.**

Rio de Janeiro

2017 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

D541e Dias, Aline Spitz Toledo
A efetividade do direito à moradia após a
Constituição de 1988 / Aline Spitz Toledo Dias. --
Rio de Janeiro, 2017.
71 f.

Orientador: Luigi Bonizzato.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. direitos fundamentais. 2. moradia. 3.
políticas públicas. 4. efetividade. 5.
judicialização. I. Bonizzato, Luigi, orient. II.
Titulo.

342.1254

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

ALINE SPITZ TOLEDO DIAS

A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

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. Luigi Bonizzato.**

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017 / 1º SEMESTRE

Dedico esse trabalho aos meus pais, eternos incentivadores dos meus estudos, que tornaram possível a realização da minha graduação, e, conseqüentemente, dos meus sonhos, amo vocês. E também às minhas irmãs e ao meu namorado, por todo apoio na elaboração desta monografia.

RESUMO

A presente monografia é composta pelo estudo dos direitos sociais na constituição, sua característica de fundamentalidade e imodificabilidade, especificamente a análise do direito à moradia a partir do viés das políticas públicas e dos programas governamentais criados para garantir a efetividade deste direito social fundamental. O objetivo central desse trabalho é analisar o direito à moradia a partir do estudo histórico de sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, sua eficácia e efetividade na sociedade brasileira. Assim, desenvolveu-se ao longo da pesquisa um estudo sobre as políticas habitacionais no Brasil, a relação entre o processo construtivo e a dinâmica urbana, marcado pela ação do mercado fundiário/imobiliário e pela postura estatal, e como estas perspectivas influenciaram as questões urbanas no que diz respeito ao acesso da moradia. Colocou-se, então, em pauta o problema habitacional no país, as políticas públicas aplicadas no decorrer dos governos e a atuação do Poder Judiciário na efetuação deste direito. Pode-se concluir, a partir do estudo realizado que a política pública de habitação, no que diz respeito à moradia e sua garantia enquanto direito, se encontra ineficaz. Por fim, foram examinadas maneiras de desjudicializar o problema habitacional.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; moradia; habitação; políticas públicas; efetividade; judicialização.

ABSTRACT

This monograph consists of the study of social rights in the Constitution, your fundamentality and unmodifiable feature, specifically the analysis of the right to housing from the bias of public policy and government programs designed to ensure the effectiveness of this fundamental social right. The objective of this work was to analyze the right to housing from the historical study of your implementation in the Brazilian legal system, your efficiency and effectiveness in Brazilian society. Therefore, along the research, it was developed a study on housing policies in Brazil, the relationship between the constructive process and urban dynamics, marked by the action of land/real estate market and the State posture, and how these perspectives influenced the urban issues with regard to housing access. The housing problem in the country, the public policies applied in the course of the governments and the Judiciary's action in the realization of this right were then put on the agenda. As conclusion of this study, it was observed that the public policy of housing, with regard to housing and its guarantee as a right, is ineffective. Finally, were examined ways of reducing judicial involvement in housing problem.

Keywords: fundamental rights; housing; public policies; effectiveness; judicialization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	11
1.1 A concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais.....	11
1.2 Os direitos sociais como Cláusulas Pétreas.....	16
1.3 Modificações no Rol do Artigo 6º da CF.....	23
2 O DIREITO SOCIAL À MORADIA.....	30
2.1 Conceito.....	30
2.2 Problemáticas e Planos.....	36
2.3 História constitucional brasileira.....	41
3 A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA NO BRASIL.....	48
3.1 A conquista da efetividade das normas constitucionais no direito brasileiro.....	48
3.2 A realidade das políticas públicas relacionadas ao direito à moradia.....	53
3.3 A judicialização do direito à moradia.....	58
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

O direito à moradia é uma garantia essencial para o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pois não é possível assegurar esse fundamento da República Federativa do Brasil sem que se tenha resguardado materialmente o direito de cada indivíduo ter um local para morar. Desde a Emenda Constitucional 26/2000, o direito à moradia encontra-se no rol de direitos sociais do Artigo 6º da Constituição brasileira. Dessa forma, é de extrema importância o estudo sobre a efetividade dessa garantia na sociedade brasileira e como ocorre a efetuação do acesso à habitação nas políticas públicas atuais.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, diversos direitos fundamentais e sociais foram positivados com o objetivo de estabelecer parâmetros constitucionais na implementação de políticas públicas. Isto posto, o direito de moradia que já era consagrado como direito humano universal em 1948 pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou a vigor numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantido e limitado no espaço e no tempo. Isso quer dizer que, depois de constitucionalizada, a moradia passou a ter status de direito fundamental, que segundo Gilmar Mendes, qualifica-se como obrigação indeclinável do Estado. Desse modo, todos os atos dos poderes constituídos – Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

Neste diapasão, com o objetivo de tornar concreto o disposto nos artigos 6º, 182 e 183 da Carta Magna, foi criado o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) visando efetivar a função social da propriedade e o direito à moradia. Em seu primeiro capítulo, o Estatuto traz as diretrizes gerais para a execução da política urbana, que segundo ele, tem como objetivo: “... ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana...”. Dentre as diretrizes gerais para a execução da política urbana cabe destacar a gestão democrática, cooperação entre governos, planejamento das cidades e a garantia do direito a cidades sustentáveis. Porém, alguns direitos previstos pelo Estatuto, que tinham como objetivo emprestar vigência, eficácia e validade aos direitos sociais, não são exercitáveis em função da dependência que a Lei 10.257 impõe à elaboração de outras leis para que alcancem a plena eficácia. Ou seja, para a maioria dos dispositivos do Estatuto da Cidade terem eficácia

é necessária a elaboração do Plano Diretor, aprovado pela respectiva Câmara Municipal da cidade.

Dessa forma, muitos artigos do Estatuto da Cidade, pela interpretação a eles hoje aplicada e utilizada e, outrossim, pela maneira como são encarados pela doutrina, jurisprudência e operadores do direito, restam fadados à ineficácia e à inaplicabilidade. Artigos que, se utilizados de forma diferente, poderiam já estar servindo de garantia a diversos estatutários, cuja eficácia depende da existência de um plano diretor. Transferência do direito de construir, outorga onerosa do direito de construir, operações urbanas consorciadas, direito de preempção, dentre tantos outros institutos previstos no Estatuto, são exemplos claros de normas dependentes de complementação para a aquisição de plena eficácia, seja por meio de lei municipal específica, seja por meio do Plano Diretor. Como na maioria das vezes a Prefeitura e a Câmara de Vereadores da municipalidade não tem “boa vontade” na criação do plano diretor, este acaba sendo criado com uma qualidade que “deixa a desejar”, resultando em diversos problemas na política urbana das cidades. Portanto, buscou-se reunir dados/informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: será que, na prática, o direito social à moradia é efetivado de maneira igualitária pelo Poder Público? A interpretação desta garantia se dá apenas como uma norma programática? Isso traz barreiras à execução satisfatória da habitação na realidade?

Como a população não vê seus direitos fundamentais sendo concretizados, a propositura de ações judiciais que, geralmente, buscam a efetivação dos direitos sociais à moradia, habitação, utilização do espaço urbano e da função social da propriedade, aumentou exponencialmente. A solução, dessa forma, recaiu ao Poder Judiciário que, ao determinar a realização de políticas públicas urgentes para sanar os déficits sociais, ocasiona cada vez mais o ativismo judicial.

O objeto da presente pesquisa é compreender o porquê de, apesar de os direitos humanos, em específico o direito à moradia, deixarem de ser meras pautas éticas e ideológicas, para se tornarem direitos positivos, acionáveis judicialmente protegidos e garantidos pela Constituição, continuam não sendo efetivados de maneira concreta e eficaz.

O tema, de fato, merece receber um estudo aprofundado, que examine as normas que garantem esse direito e em quais momentos são aplicadas na sociedade.

Ademais, em se tratando de objetivos específicos, será demonstrada quais políticas públicas foram realizadas em casos de emergência, como catástrofes naturais. Além disso, a importância do Poder Judiciário na determinação dessas políticas e assim revelar os problemas causados pelo ativismo judicial e pela violação da Separação dos Poderes.

Em suma, busca-se aqui assumir um posicionamento que garanta a efetividade do direito à moradia através da correção de erros históricos e esclarecimento sobre a essencialidade deste.

O referido tema foi escolhido pela importância que a moradia tem para a consumação do princípio da dignidade da pessoa humana e para a inserção do indivíduo na sociedade. Estagiei durante alguns meses na Companhia Estadual de Habitação, sociedade de economia mista estadual que atua em conjunto com a Secretaria Estadual de Habitação. Lá foi possível perceber a importância das políticas públicas na resolução das desigualdades sociais e na implementação do direito à moradia na prática. Porém, se ficou explícito que as ações executadas pelo Poder Público atualmente no Estado do Rio de Janeiro não são suficientes para sanar o problema.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método dialético de abordagem, no qual foi elucidado o que seria o direito social à moradia e em quais circunstâncias ele entrou no ordenamento jurídico brasileiro. Logo após, foi esclarecido quais atos governamentais que visaram implementar uma maior efetividade a este direito social. Para isso, trabalhou-se com a técnica de pesquisa documental, quais sejam, leis, sentenças e acórdãos, estudos empíricos da Secretaria de Habitação do Estado do Rio de Janeiro, pareceres técnicos e etc. Além disso, foi utilizado conjuntamente, a pesquisa bibliográfica, através de livros, artigos e outros meios de informação em periódicos.

A presente monografia foi dividida em três capítulos, portanto, a primeira parte do trabalho irá tratar sobre a fundamentalidade dos direitos sociais na Constituição de 1988, o contexto histórico o qual foram introduzidos os direitos da segunda geração e sua não modificabilidade devido à garantia dada às cláusulas pétreas. O assunto tratado no segundo

capítulo versa sobre o direito social à moradia propriamente dito, o seu conceito, os problemas que envolvem a sua efetivação e a história constitucional brasileira em relação ao tema da moradia. O terceiro segmento desenvolve-se sobre a eficácia e a efetividade do direito à moradia e a consequência da judicialização deste direito, devido a não prestação positiva do Estado na garantia habitacional prometida.

1. DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. A concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais

A história da implementação dos Direitos Sociais é marcada pelo impacto que a industrialização e, os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, causaram na sociedade. Os conceitos de liberdade e igualdade defendidos pela Revolução Francesa não geravam por si só a garantia de seu efetivo gozo, e dessa forma nasce a necessidade de se positivarem diversos direitos, para que se possibilitasse alguma justiça social.

Dessa forma, com imensa sabedoria, Ingo W. Sarlet diz que não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado¹.

Portanto, os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições materiais tidas como imprescindíveis para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva, assim, diferentemente dos direitos a liberdade, se realizam por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais, por isso tendem a possuir um custo excessivamente alto e a se realizar em longo prazo. Como sustenta a professora Loreci Gottschalk Nolasco, “fica clara a distinção: enquanto os direitos individuais funcionam como proteção ao indivíduo que o Estado liberaliza, os direitos sociais defendem o indivíduo contra o poder da dominação econômica dos outros indivíduos e do próprio poder estatal”.²

Tais direitos surgiram nos moldes atuais, em decorrência da Revolução Industrial no século XIX, que acentuou o quadro de exploração do homem pelo homem, surgindo a famosa pergunta de Proudhon: ‘Où est la liberté du non propriétaire?’ (Onde está a liberdade do não

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 33.

² NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008, p. 22.

proprietário?). A substituição do homem pela máquina gerou como consequência o desemprego em massa, miséria crescente e grande excedente de mão-de-obra. Tudo isso intensificou a desigualdade social, fazendo com que o Estado se visse diante da necessidade de proteção ao trabalho e a outros direitos como: a saúde, a educação, ao lazer, entre outros.

Neste contexto, Robert Peel, já na primeira metade do século XIX, editava na Inglaterra as primeiras normas sociais, com o objetivo de proteger o trabalhador e minimizar os nefastos impactos da Revolução Industrial sobre a classe operária³.

Contudo, os direitos sociais tiveram realmente seu ápice com o marxismo e o socialismo revolucionário, já no século XX que trouxeram uma nova concepção de divisão do trabalho e do capital.

Com o advento das ideias marxistas e a eclosão da Revolução Russa em 1917, boa parte da população mundial estava vivendo sob o manto do modelo soviético, de apropriação coletiva dos meios de produção. A ameaça de que processos revolucionários pudessem chegar ao “Ocidente Capitalista”, facilitou a transição do Estado Liberal para o *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social).

As primeiras Constituições a consagrarem essa nova dimensão de direitos, que demandavam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população foram a Carta mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Na experiência brasileira, como é sabido, o reconhecimento constitucional dos direitos de segunda geração data da Constituição de 1934.

O Estado, nesse novo cenário, cumpria assegurar prestações positivas, através de políticas públicas interventivas. Este não poderia mais se contentar com o anúncio retórico da

³ SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 17.

igualdade de todos perante a lei, devendo, portanto, assumir como tarefa impostergável a promoção efetiva desta igualdade no plano dos fatos.

No que diz respeito à elaboração da Constituição de 1988, é importante ressaltar, por sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem Constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.⁴ Dessa forma, a “Constituição Cidadã” tem três importantes e relevantes características, que podem ser atribuídas também ao título dos direitos fundamentais, que são o seu aspecto analítico (devido ao número extenso de dispositivos), o pluralismo na sua formação (participação de diversos segmentos da sociedade com interesses, posições e reivindicações que nem sempre eram afinadas entre si) e o forte cunho programático de suas disposições (caráter dirigente devido ao grande número de disposições constitucionais que carecem de regulamentação legislativa).

O Título II da Constituição de 1988 é nomeado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e é composto por cinco capítulos tais quais: Dos direitos e deveres individuais e coletivos; dos direitos sociais; da nacionalidade; dos direitos políticos e; dos partidos políticos. Portanto, após uma análise topográfica do texto constitucional é inegável o caráter fundamental dos direitos sociais.

Essa acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma inegável sua condição de autênticos direitos fundamentais, uma vez que nas Constituições anteriores, os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio, e, ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 51.

Isto posto, o autor Ingo W. Sarlet expõe em seu artigo “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988” que:

“Uma primeira constatação que se impõe e que resulta já de um superficial exame do texto constitucional, é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo de direitos sociais, um conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que, sem que se deixe de admitir a existência de diversos problemas ligados a uma precária técnica legislativa e sofrível sistematização (que, de resto, não constituem uma particularidade do texto constitucional, considerando o universo legislativo brasileiro) acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais. Neste sentido, verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais (sendo, ou não, tidos como fundamentais) abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos de não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão “positiva” (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade) ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas “negativas”, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte de organizações sociais e de particulares⁵.”

A fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira é de extrema importância para garantir à esses direitos a sua máxima eficácia e efetividade. Até mesmo, (a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática) por mais que seja possível reconhecer eventuais diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais -, comungam do regime da dupla fundamentalidade (formal e material) dos direitos fundamentais. Aqui, todavia, verificam-se outros problemas e outras resistências, visto que, no todo ou em parte (mesmo dentre os que aceitam, em princípio, a tese da fundamentalidade dos direitos sociais) existe tanto quem queira negar aos direitos sociais a aplicação do regime jurídico pleno assegurado pela Constituição aos direitos fundamentais, quanto quem discuta o exato conteúdo deste regime.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 04 abril 2017.

Neste diapasão, Norberto Bobbio, outro fervoroso defensor do historicismo, sustenta a tese de que os direitos humanos fundamentais são relativos e variáveis. Com relação à natureza histórica, afirma:

“[...] do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”⁶

Após a entrada em vigor da Carta de 1988, o Poder Constituinte Reformador ampliou o rol dos direitos sociais através da Emenda Constitucional nº 26/2000, incluindo o direito social à moradia ao artigo 6º da Constituição. Posteriormente, em 2010, foi adicionado o direito à alimentação. Porém, a problemática do catálogo de direitos do capítulo dos direitos sociais é que estes são anunciados de forma genérica, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscado no capítulo da ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias divergências sobre quais os dispositivos situados fora do Título II seriam verdadeiramente direitos fundamentais sociais.

Em tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, sobre o Direito à Moradia, Fernando Abujamra Aith demonstra o problema enfrentado para assegurar a efetividade dos direitos sociais:

"Os Direitos individuais possuem muito mais respaldo jurídico e garantias judiciais efetivas do que os direitos sociais. Enquanto existem instrumentos como o Habeas Corpus, Mandado de Segurança, o princípio da legalidade, entre outros, destinados à garantia do cidadão contra arbitrariedades estatais, verificamos a absoluta falta de instrumentos e garantias jurídicas que protejam, com a mesma eficácia, os direitos sociais, culturais e econômicos. Enquanto os direitos civis e políticos exigem, basicamente, uma abstenção por parte do Estado, os direitos sociais exigem uma ação efetiva do Estado".⁷

⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. op. cit., p. 5.

⁷ O Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, no Grupo de Trabalho: "Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)?", realizado na Pontifícia Universidade Católica-SP, em dezembro de 1999.

No final do século XIX, o autor e filósofo do direito e juiz alemão, Jellinek, desenvolveu a Teoria dos quatro *status* em que o indivíduo pode encontrar-se em face do Estado, que introduz quais seriam as funções dos direitos fundamentais. O primeiro *status* seria a posição de subordinação aos poderes públicos, caracterizando a detenção de deveres do indivíduo para com o Estado. O Estado teria competência para vincular o indivíduo, por meio de mandamentos e proibições. Esse seria o *status subjectionis*, ou em *status* passivo.

O segundo *status* encontra-se na exigência que a personalidade do homem impõe num espaço de liberdade com relação a ingerências dos poderes públicos. Ou seja, os indivíduos devem disfrutar de alguma margem de ação desvinculada do império do Estado, afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do Estado “é exercida sobre homens livres”. Aqui encontra-se o *status negativo*.

A possibilidade do sujeito de exigir do Estado uma atuação positiva, portanto, que realize uma prestação é o que caracteriza o terceiro *status*, que é o *status civitatis*. O indivíduo se vê com a capacidade de pretender que o Estado aja em seu favor.

Por fim, o quarto *status*, que seria o *status ativo*, em que o indivíduo desfruta da competência para influir sobre a formação de vontade do Estado, como, por exemplo, o direito de voto (direitos políticos). Foi a partir dessa teoria que o jurista, Paulo Gustavo Gonet Branco, dispõe sobre as espécies de direitos fundamentais e sua importância, quais sejam, os direitos de defesa (liberdade) e direitos a prestações (ou direitos cívicos).⁸

1.2. Os direitos sociais como Cláusulas Pétreas

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

O artigo 60, parágrafo 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil, prevê as hipóteses de cláusulas pétreas, ou seja, dispositivos constitucionais que não podem ser objeto de deliberação do Poder Constituinte Reformador. Segue a literalidade do artigo:

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

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”⁹

A grande celeuma gerada por esta disposição é: o artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição, deve ser interpretado extensivamente, para incluir os direitos sociais? Existem duas possibilidades de resposta para essa pergunta.

A primeira se infere em uma interpretação literal do § 4º do art. 60 da CF, na qual seriam cláusulas pétreas somente os “direitos e garantias individuais” sendo, portanto, os direitos sociais não oponíveis a alteração pelo poder constituinte derivado, vez que não seriam cláusulas pétreas. Nesse sentido, o autor Paulo Bonavides ¹⁰ explica:

“(…) a expressão “direitos e garantias”, ali textualmente nomeada e gramaticalmente compreendida, exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o breviário da escola liberal e positivismo jurídico ... a interpretação comprimida e restrita do sobredito § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fronteiras materiais, bem como nas suas antigas sustentação e legitimidade; seria, por conseguinte, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de recolhimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais”.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 26ª Ed , Malheiros: 2011. pp. 652/653.

Assim, o que se quer dizer com essa visão hermenêutica é que a interpretação da norma deve ser extremamente positivista, portanto, só observa o texto constitucional em sua literalidade, restringindo a garantia da cláusula pétrea de demais direitos fundamentais.

Por outro lado, em relação à segunda possibilidade de resposta, no qual seria cabível a inclusão dos direitos sociais na interpretação das cláusulas pétreas, poderiam ser utilizados três diferentes argumentos.

Primeiramente, a defesa dos direitos sociais se faz em contra ponto aos direitos individuais no sentido de que a ausência destes limitaria a execução daqueles, vejamos:

“Interpretando-se restritivamente o artigo 60, §4º, IV, da CF, poder-se-ia dizer que a expressão “direitos e garantias individuais” deve ser encarada de tal forma, que apenas os direitos fundamentais equiparáveis aos direitos individuais do artigo 5º poderiam ser considerados cláusulas pétreas. Contudo, mostra-se de complexa dificuldade diferenciar direitos individuais e os não-individuais. Aliás, aqui, se faz necessária um indagação: qual o direito social que antes, lá na origem, não é individual?”¹¹

De fato, a abolição de um direito social causaria aos direitos individuais uma limitação na sua abrangência, tal como no direito a dignidade que com o afastamento dos direitos sociais teria sua amplitude diminuída. Sendo a proposta de Emenda Constitucional que os excluísse tendenciosa a abolir os direitos individuais.

O segundo argumento é aquele “fundado no princípio da proibição do retrocesso social”, que impede a supressão ou restrição de direito social reconhecido no sistema jurídico e definido como direito fundamental. Canotilho, nesse sentido, diz que o princípio da proibição do retrocesso social é aquele segundo o qual o legislador, uma vez reconhecido um direito social, não pode eliminá-lo posteriormente nem ‘retornar sobre seus passos’. Para ilustrar, o autor transcreve a seguinte decisão:

¹¹ GARCIA, Nei Comes. “Cláusulas pétreas – Direitos sociais”. Porto Alegre, RS: 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14279-14280-1-PB.htm>>. Acesso em 06/04/2017.

“(...) a partir do momento que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionais impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.”¹²

Finalmente, importante destacar o argumento constante do ementário nº 1730-10/STF, elucidativo do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

“Tivemos, Senhor Presidente, o estabelecimento de direitos e garantias de uma forma geral. Refiro-me àqueles previstos no rol, que não é exaustivo, do art. 5º da Carta, os que estão contidos, sob a nomenclatura de direitos sociais, no art. 7º e, também, em outros dispositivos da Lei Básica Federal, isto sem considerar a regra do §2º, do art. 5º, segundo o qual ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (...)’¹³

Logo, os direitos individuais não estão presentes apenas no artigo 5º, mas também em demais normas do ordenamento constitucional, seriam também proteção de cláusula pétrea os direitos sociais, pois, como já argumentado, qual direito social não adveio de um direito individual.

Os autores e juízes do trabalho, Emília Simeão Albino Sako e Hermann Araújo Hackradt, também entendem nesse sentido, como mostra o trecho do artigo “Direitos Sociais – Cláusulas Pétreas”:

“Os direitos sociais assegurados na Constituição de um país, por essência própria, e em face de sua construção legislativa originária, advindos de conquistas históricas, são imutáveis e não podem ser objeto de alteração legislativa que implique supressão ou redução ou de qualquer forma condições menos favoráveis aos beneficiários, porque revestidos das garantias de imodificabilidade e inderrogabilidade, extraídas do conceito de cláusula pétrea, e que lhes confere um grau de segurança e estabilidade dotado de certeza.”¹⁴

¹²CANOTILHO, 1993. apud. GARCIA, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14279-14280-1-PB.htm>>. Acesso em 06/04/2017.

¹³ Serviço de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ementário nº 1730-10/STF.

¹⁴ SAKO, Emília Simeão Albino e HACKRADT, Hermann Araújo. Direitos Sociais – Cláusulas Pétreas. Revista TRT – 9ª R, Curitiba, v. 27, junho/2002.

Portanto, a retirada de qualquer direito social, garantido à todos os indivíduos pela Constituição de 1988, estaria ferindo diretamente o Princípio da Vedação ao Retrocesso e à Dignidade da Pessoa Humana. A interpretação literal do texto constitucional conforme foi positivado vai contra a lógica democrática e cidadã da Carta Magna. Os direitos sociais foram implementados no texto constitucional através de uma conquista história de anos de luta dos movimentos sociais e da classe trabalhadora de nosso país, que trouxe uma evolução social notável no decorrer do tempo.

A importância de se considerar o rol de direitos sociais também como cláusulas pétreas reside no fato de que é extremamente necessário a garantia de que evoluções sociais não possam ser suprimidas.

Alexandre de Moraes acrescenta que “alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, na medida em que refletem os direitos e garantias individuais do trabalhador, uma vez que, nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificativo do art. 5º (CF, art. 60 parágrafo 4º , IV), pois os direitos sociais caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV”.¹⁵

Assim como ele, o mesmo entendimento é tomado por Paulo Bonavides, que diz que “os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão ‘direitos e garantias individuais’ do art. 60. Fluem, por conseguinte, numa intangibilidade que os colocam inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele

¹⁵ *Apud*, MORAES, A. *Direito constitucional*; 13a ed.; São Paulo: Atlas, 2003, p. 333-4.

poder derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico”.¹⁶

Com a qualidade de normas constitucionais, os direitos sociais encontram-se submetidos aos limites formais e materiais da reforma constitucional, se situando no ápice de todo o ordenamento jurídico, de tal sorte que se cuida de direitos de natureza supralegal. Cumpre ressaltar que a escolha por incluir os direitos sociais à Carta Magna demonstra qual seria o objetivo de estrutura básica do Estado e da sociedade.

Os diversos direitos fundamentais específicos concretizam e baseiam uma pretensão geral de respeito e proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade exprime a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais. Clèmerson Merlin Clève exprimiu enfaticamente esta concepção, quando salientou que¹⁷:

“(...) o Estado é uma realidade instrumental (...). Todos os poderes do estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.”¹⁸

Além disso, esses direitos foram guindados à condição de diretamente aplicáveis, pelo artigo 5º, parágrafo 1º, da CF. Por meio do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição, os direitos fundamentais encontraram proteção expressa contra a ação erosiva do legislador ordinário e até mesmo contra eventuais reformas da Constituição. Como bem elencado pelo professor Daniel Sarmento, a própria estruturação interna da Constituição, que, diversamente do que ocorria na ordem constitucional pretérita, pôs os direitos fundamentais na parte inicial

¹⁶ BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*; 12a ed.; São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2002, p. 594-5.

¹⁷ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*; 2a ed.; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

¹⁸ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. “O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.388.

do texto magno, antes das normas sobre organização do Estado, revelando bem a importância sem precedentes conferida a tais direitos, que passam a desfrutar de indisputável primazia axiológica no novo regime¹⁹.

Em linhas gerais, portanto, o reconhecimento de limitações de cunho material significa que o conteúdo da Constituição não se encontra à disposição plena do legislador, mesmo que este atue por meio de uma maioria qualificada, sendo necessário, por um lado, que se impeça uma vinculação inexorável e definitiva das futuras gerações às concepções do Constituinte, ao mesmo tempo em que se garanta às Constituições a realização de seus fins.

Dito de outro modo e acompanhando a leitura de Carl Schmitt, os limites ao poder de reforma constitucional possuem o desiderato de evitar que uma competência constituinte (por definição poder juridicamente limitado) se transmute em potência, ou seja, numa atuação do Poder Constituinte Originário, o que também se verifica quando se estiver a ofender os direitos fundamentais na condição de parte da identidade constitucional.

Utilizando as palavras do magistério de José Néri da Silveira, a existência de limites materiais justifica-se, portanto, em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional, de tal sorte que por detrás da previsão destes limites materiais se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre a necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração²⁰.

Há que sublinhar que a simples leitura dos incisos do artigo 60, parágrafo 4º, CF (sede dos limites materiais expressos), já revela que cada uma das “cláusulas pétreas”, ainda que individualmente considerada, diz respeito a um conjunto mais abrangente de dispositivos e normas (princípios e regras) da CF, o que resulta ainda mais evidente quando se está em face

¹⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*; 2a ed.; Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.85.

²⁰SILVEIRA, José Néri da. “A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade”, op.cit., p. 207. Em sentido similar, v. também ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional”, op. cit., p. 176.

de uma emenda constitucional concreta, que, ao alterar o texto da constituição, poderá afetar (mesmo sem referência direta a uma das “cláusulas pétreas”) algum (ou alguns) dos limites materiais. Assim, por exemplo, nota-se que a forma federativa de Estado não apenas impede a supressão do dispositivo constitucional que enuncia a Federação (artigo 1º, CF), mas todo o complexo de dispositivos e normas correspondentes que dão à forma federativa de Estado os seus contornos nucleares, situação que também se aplica aos direitos e garantias fundamentais, remetendo ao complexo problema da identificação de seu núcleo essencial.

1.3. Modificações no Rol do Artigo 6º da CF

No século XX tivemos diversas demonstrações de regimes autocráticos que instrumentalizaram o direito para seus objetivos políticos e, como consequência, instituíram um estado de exceção permanente contra opositores. Diante da falta de Constituições normativas, pelas quais a limitação do poder e a defesa das liberdades individuais e sociais sempre são garantidas pelo direito, restou a política arbitrária como forma de controle social.

Foi por isso que, depois da Segunda Guerra Mundial, a concepção favorável a uma Constituição normativa, capaz de garantir a autonomia do direito frente à política, retornou com força em alguns países europeus. Depois de todas as atrocidades ocorridas em solo alemão — desde a unificação nacional pelas mãos de Otto Von Bismarck até o nazismo de Adolf Hitler — ficou claro que a construção de uma comunidade política democrática dependia do controle da política pelo direito. É a partir dessa nova condição institucional que Habermas se apropria do conceito de patriotismo constitucional, cunhado por Dolf Sternberger em 1979, para dizer que o estabelecimento de uma comunidade política dependia da adesão aos princípios que orientam a formação de um Estado constitucional democrático. Ou seja, a defesa do controle da política pelo direito via Constituição²¹.

Nessa corrente seguiu a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que trouxe um significativo número de princípios e decisões fundamentais protegidos (princípio

²¹STRECK, Lenio Luiz. Cuidado: o canibalismo jurídico ainda vai gerar uma constituinte. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 09 de junho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/senso-incomum-cuidado-canibalismo-juridico-ainda-gerar-constituente>>. Acesso em 10 de abr. 2017.

federativo, democrático, separação de poderes e direitos e garantias fundamentais), para assim regular e orientar qual deveria ser a política aplicada no país.

Dessa forma, o artigo 6º da Magna Carta, que prevê o rol de direitos sociais, foi objeto de várias Emendas desde a promulgação em 1988 da Constituição Cidadã, devido o aumento de reivindicações de políticas públicas em vários setores da sociedade. Portanto, os direitos sociais constituem os direitos de Segunda Geração dos direitos fundamentais, onde o Estado é chamado a realizar as atividades públicas, ele tem que agir.

Assim, os direitos de segunda geração tiveram como característica fundante, o fato de surgirem através da reivindicação de trabalhadores, que lutavam por condições dignas de existência, em decorrência da péssima situação de trabalho e sobrevivência que permeavam suas vidas. Esta geração marca uma nova fase dos direitos fundamentais, não somente pelo fato de estes direitos terem o escopo positivo, mas também por delegarem ao Estado, a responsabilidade de garantir tais direitos para com o indivíduo.

A primeira Constituição Brasileira a disciplinar os direitos sociais foi a Constituição de 1934, colocando-os no título sobre a ordem econômica e social, abordando, principalmente, o direito do trabalho. Na verdade, no Brasil, a partir de 1824 já é possível identificar alguns sinais de indicação em relação à existência de direitos sociais, tendo como modelo, as declarações de direito da Revolução Francesa.

De acordo com Sérgio Iglesias Nunes de Souza²², antes mesmo da primeira Constituição Imperial brasileira de 1824 houve dois fatos históricos que a antecederam e foram decisivos para o desenvolvimento do nosso ciclo constitucional, visto que contribuíram para demonstrar que o modelo institucional desse período visava, exclusivamente, ao regime da propriedade privada (direitos individuais), e não aos direitos sociais como forma de pensar no coletivo. O primeiro fato foi a Revolução Republicana Pernambucana de 1817 e a Constituição Portuguesa de 23.02.1822, que retratava a concepção vigente acerca da

²²SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104-112.

propriedade naquele tempo, não obstante existisse certa precariedade de sua eficácia e aplicabilidade em decorrência da independência já declarada unilateralmente.

A Constituição de 1891 foi marcada pela forte influência da concepção liberalista norte-americana sobre a propriedade individual. O enquadramento da propriedade como direito absoluto e inalienável da pessoa humana, só adveio por meio do Ato de Proclamação do Governo Provisório, em 1889, quando da proclamação da República.

No entanto, foi somente com a Constituição brasileira de 1934 que realmente se consolidaram os primeiros enunciados, tendo em vista uma nova ordem econômica e social. Em razão da evolução ocorrida com os institutos jurídicos que contribuíram para o conjunto de edificação do modelo de Estado social aqui surgido a partir de 1930. O interesse passou do indivíduo como centro para o coletivo, buscando-se uma reflexão na produção de um benefício social. O princípio da função social da propriedade, inaugurado pela Constituição de 1934, ficou mantido na Constituição de 1937 e na Constituição de 1946, constou o direito de propriedade sob o rol dos direitos individuais. A CF/1967 marcou o direito de propriedade sob os dois interesses, o individual e o social. Foi nesse contexto que houve a regulamentação do Estatuto da Terra, por meio da Lei 4.504 de 1964.²³

Posteriormente, teve início em 1985, um processo de redemocratização, que depois de 21 anos de um regime excepcional iniciado com o golpe militar de 1964, desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual não apenas estabelece um regime político democrático, como propicia um grande avanço no que se refere aos direitos e garantias fundamentais. Com a Constituição de 1988, não bastou só o interesse individual, pois este cedeu espaço ao interesse social, como se verifica no capítulo I, em que se fez constar o direito da propriedade, mas condicionado ao princípio da função social, a teor do inciso XXIII, artigo 5º: “A propriedade atenderá a sua função social”. Além disso, a cidadania é instituída como princípio básico a ser seguido pelo Estado brasileiro, e deve ser compreendida num sentido amplo, para além de apenas direitos políticos, por isso ganhou o

²³ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104-112.

apelido de “Constituição Cidadã”, no qual cada participante da vida do Estado deve ter reconhecido seus direitos como sendo uma pessoa integrada na sociedade.²⁴

Isto posto, a Constituição de 1988 trouxe um amplo rol de direitos sociais, no artigo 6º: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados. O extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais visa atingir a justiça social exigindo prestações positivas por parte do Poder Público.

A Constituição Brasileira disciplina os direitos sociais em capítulo próprio: Capítulo II – Dos Direitos Sociais (do artigo 6º ao artigo 11º), localizado no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, e mais adiante no Título VIII – Da Ordem Social (do artigo 193º ao artigo 232º). O artigo 6º elenca como 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, e a assistência aos desamparados. São os direitos sociais por excelência.

Porém, o rol do artigo 6º foi modificado no decorrer de seus anos de vigência, e, foram incluídos, através de Emendas Constitucionais, três direitos sociais após a promulgação da Constituição. Na redação original da Magna Carta, o dispositivo dos direitos sociais apresentava os direitos à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Com o advento da E.C. 26/2000, foi adicionado à este o rol o direito à moradia. Em 2010, foi introduzido o direito à alimentação como um direito social através da Emenda Constitucional nº 64. E, finalmente, em 2015, adveio a Emenda nº 90 que incorporou o transporte como direito social.

A ampliação da lista de direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, apesar de ser uma grande avanço no sentido de garantir um status de suprallegalidade à esses

²⁴ARAGÃO, Indira Alves. O artigo 6º da Constituição Federal e sua Efetivação. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/101769651/O-artigo-6%C2%BA-da-constituicao-federal-e-sua-efetivacao>>. Acesso em 10 abr. 2017.

direitos, se torna vazia quando percebemos que apenas sua previsão no texto constitucional não basta para efetivá-los. Como argumenta Paulo Lopo Saraiva, o Direito não é apenas produto legislativo, normado e positivado, mas a realidade jurídica é também encontrada “no meio social, no meio da rua, onde estão, também, as necessidades e as angústias do povo sofrido e explorado”.²⁵ No decorrer dos anos Pós-Constituição de 88, o sufrágio universal real, pela primeira vez, foi estabelecido. Todos podem exercer a cidadania política. Nas palavras de Loreci Gottschalk Nolasco, o Estado Social apresenta-se como um passo da burguesia no reconhecimento de direitos ao proletariado, buscando dessa forma, amenizar as nefastas consequências da própria estrutura vigente²⁶.

O professor Paulo Bonavides²⁷ esclarece que só haverá um verdadeiro Estado Social quando, o Estado, coagido pela pressão das massas, confere no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, ou seja, estende sua influência a quase todos os domínios que antes pertenciam, em grande parte à iniciativa privada, só dessa forma um Estado realmente poderia ser chamado de Social.

Em relação aos direitos sociais, o Ministro Gilmar Mendes diz que, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Enquanto o Estado tem que dispor de um valor determinado para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das

²⁵SARAIVA, Paulo Lopo. A soberania popular e as garantias constitucionais. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). O Direito Achado na Rua, op. cit., p. 142.

²⁶NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito Fundamental à Moradia. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

²⁷BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos²⁸.

Portanto, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça²⁹. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Porém, o grande problema reside na má escolha e gestão no momento da alocação dos recursos públicos, que raramente são pautados pelos critérios de interesse público e proporcionalidade.

A efetividade dos direitos fundamentais de cunho prestacional, depende, de um lado, dos parâmetros legislativos que definam as prestações devidas em face desses direitos, e, de outro lado, da implementação das políticas públicas que concretizem essas prestações. Essas políticas definidas pelo Poder Executivo dependem da destinação de verbas públicas para a sua execução, de modo que o orçamento público passa a ser o ponto central da efetividade dos direitos fundamentais.

Além disso, os movimentos sociais, no Brasil, também tiveram grande influência na implantação dos direitos sociais positivados na Constituição, pois independentemente de suas deficiências e limitações, cada vez mais manifestas ao longo da redemocratização, significaram uma novidade extraordinária na história nacional. Substancialmente, foram uma oportunidade para que grupos explorados (economicamente) e oprimidos (social, cultural e

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 880.

²⁹ Idem. p. 881

politicamente) pudessem tomar a palavra no espaço público, segundo José Reinaldo de Lima Lopes³⁰.

O autor Robert Alexy³¹ sintetiza os argumentos contra e a favor da implementação dos direitos sociais como fundamentais e reivindicáveis, no seguinte trecho:

“Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.”

³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça, Identidade e Liberdade*. Op. cit., p. 209.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 511-512.

2. O DIREITO SOCIAL À MORADIA

2.1. Conceito

No direito romano, processou-se uma evolução do conceito de domicílio, ocorrendo certas diferenças de apreciação do referido instituto. De início, entre os romanos se desenvolveu o conceito de domicílio em relação ao desenvolvimento das condições da sociedade. Os juristas Chironi e Abello mencionam que há correspondência entre os conceitos de domicílio e personalidade, posto que o domicílio integra o conceito desta última, inclusive como forma em que se manifesta³². Com esse entendimento, asseveram os civilistas italianos que a história e, inclusive, a razão etimológica da palavra domicílio demonstram essa correspondência de conceitos. A identificação de *domicilium e domus*, raiz etimológica daquele vocábulo, tem foros de cidade nos primeiros tempos, criando uma sinonímia tão tenaz que ainda perdurou mesmo quando, aquele direito alcançou fase avançada da sua progressista evolução, entendendo-se até então como domicílio tão somente a sede do grupo familiar³³.

Portanto, retira-se desse contexto histórico que da necessidade de fixar o lugar surge, no direito, o domicílio, tido como a sede jurídica da pessoa, onde ela se presume presente para efeitos de direito e onde exerce ou pratica, habitualmente, seus atos pessoais e negócios jurídicos. Por outro lado, a residência é o lugar em que habita, com intenção de permanecer, mesmo que dele se ausente temporariamente³⁴. Todavia, é importante observar a evolução e a caracterização do domicílio e da residência, para que, posteriormente, tentemos a caracterização da habitação e da moradia.

O direito à moradia é uma das necessidades primárias do homem, condição indispensável para uma vida digna, eis que a casa é o asilo inviolável do cidadão, a base de sua individualidade, é, acima de tudo, como apregoou Edwark Coke, no século XVI: “a casa

³² CHIRONI, G. P. ABELLO, L. Trattato di diritto civile italiano, 1904, v. 1 e único, p. 237-238. Apud J. M. de carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, Repertório enciclopédico do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Borsoi. v. 25, [1947-55]. p. 11.

³³ CARNELUTTI, Francesco. Note critiche intorno ai concetti di domicilio, residenza e demora nel diritto positivo italiano, Archivio Giurídico, v.75 – 4º da 3ª série, 1905, p. 396-04.

³⁴ DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, nota ao art. 31 do CC/1916.

de um homem é o seu castelo”. A vida digna aqui está diretamente relacionada à dignidade da pessoa humana (valor-fonte de todos os valores), no qual só é conferida verdadeiramente quando estão presentes todos os direitos individuais e sociais previstos, ou não, na Constituição. O princípio da dignidade humana, que foi conceituado pelo Professor Luís Roberto Barroso, como identificação de um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo, é um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a esse princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação, um símbolo do novo tempo. Ele representa a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser, pensar e criar³⁵. Noutras palavras, para garantir a sociedade livre, justa e solidária prometida no artigo 3º, inciso I, da Constituição de 1988, insta desenvolver as tarefas necessárias de transformação, renovação, modernização, desenvolvimento e realização da ordem econômica para realmente promover a igualdade real entre os brasileiros.

A moradia foi reconhecida como direito humano em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, tornando-se um direito humano universal aceito como um dos direitos fundamentais. Posteriormente, o entendimento das Nações Unidas foi ampliado ao conceito de moradia adequada. Esta não se resume a apenas um teto e quatro paredes, mas ao direito de toda pessoa ter acesso a um lar para se desenvolver e uma comunidade segura para viver em paz, com dignidade e saúde física e mental. Segundo a Relatoria Especial da Organização das Nações Unidas (ONU) pela Moradia Adequada³⁶, uma habitação adequada deve incluir: segurança da posse; disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos; custo acessível; habitabilidade; não discriminação e priorização de grupos vulneráveis; localização adequada; e adequação cultural. Dessa forma, o ser humano pode se desenvolver por completo, provendo a si e à sua família a capacidade de viver de forma plena.

³⁵BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010.

³⁶A ONU possui uma Relatoria Especial para o Direito à Moradia, e sua função é examinar, monitorar, aconselhar e relatar a situação do direito à moradia no mundo, promover assistência a governos e a cooperação para garantir melhores condições de moradia e estimular o diálogo com os outros órgãos da ONU e organizações internacionais com o mesmo fim. Até 2014 a relatora era a arquiteta e urbanista brasileira Raquel Rolnik. Mais informações disponíveis em: <<http://goo.gl/DB5y8v>>.

O direito à moradia consiste na posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde se tenha proteção contra a intempérie e, com resguardo da intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Trata-se de direito erga omnes³⁷. Quando assegurado, o direito à moradia permite que os indivíduos possam ter um local para suas criações, descanso, lazer, além de evitar a exclusão social.

Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para se alimentar, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e para os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção. Historicamente, seja numa caverna, ou em pequenas choupanas ou até mesmo no gelo, o ser humano sempre teve a necessidade de procurar e construir um abrigo.

Conforme perfeitamente elucidado pela professora Loreci Nolasco, se em seu estado natural, o homem, na imensidão do orbe, encontrava um ponto para estabelecer-se e a abundância de material para a sua edificação, o incremento da população e a carência de espaços livres foram comprimindo a potencialidade de exercício da moradia, até sua gradual e drástica redução, senão extinção para os mais desfavorecidos (os moradores debaixo das pontes, das ruas, das praças e das calçadas), como ocorre diariamente nos grandes aglomerados humanos.

O direito à moradia, assim como todos os direitos fundamentais, é um direito subjetivo (normas constitucionais definidoras de direitos). Como já disse o Ministro Luís Roberto Barroso, a doutrina da efetividade importou e difundiu, no âmbito do direito constitucional, um conceito tradicionalmente apropriado pelo direito civil, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de direito subjetivo. Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de

³⁷NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro. [<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>]

um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu “credor” o direito a pretensão de reavê-lo³⁸.

Segundo o entendimento de Barroso, todas as normas constitucionais são normas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos; quando essas normas constitucionais são também direitos subjetivos (sociais, políticos, individuais ou difusos) são elas, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico. O Poder Judiciário, como consequência, passa a ter papel ativo e decisivo na concretização da Constituição. Nesse interim, o direito à moradia, nada mais seria, que um direito de igualdade: em geral, direitos sociais de acesso, de oportunidade, frutos de adscrição, de soma, não de capacidade econômica ou produtiva.

O direito à moradia deve ser interpretado em suas duas dimensões (Sarlet, 2002)³⁹, quais sejam: i) na dimensão positiva, trata-se do dever do poder público de implementar uma política de habitação de interesse social; ii) na dimensão negativa, implica abster-se de promover deslocamentos involuntários de população carente que pode ser regularizada nos locais que ocupam (dimensão negativa).

Ele integra o direito à subsistência, que é expressão mínima do direito à vida, enfatizando no sentido de direito à vida digna e à integração social. Assim, o fundamento do direito à moradia está na constatação de que é crescente a exclusão social, a marginalidade econômica, que redundam em marginalidade geográfica. Ao mesmo tempo, a questão da moradia não encontra solução na distribuição da propriedade urbana, no sentido individualista

³⁸BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010, p. 291.

³⁹SARLET, I. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (Arquivos de Direitos Humanos, v. 4).

e singular, ou seja, dar uma casa para cada um.⁴⁰ Dessa forma, os direitos humanos básicos da vida e da integridade física estão diretamente ligados aos direitos sociais.

Vale, ainda, dizer que o direito à moradia digna constitui parte do que se ajustou chamar direito à cidade, ou seja, direito ao saneamento básico, à educação, à saúde, à cultura, ao lazer, ao trabalho, etc., quando efetivamente assegurado, é importante fator de inclusão social.

O acesso informal ao solo e conseqüentemente à moradia é um dos maiores problemas das últimas décadas, fortemente agravado pela falta (intencional) de políticas habitacionais adequadas para atender a população mais carente. Conforme Funes (2005) o principal agente da exclusão territorial e da degradação ambiental é a segregação espacial, que traz consigo uma lista interminável de problemas sociais e econômicos⁴¹, tendo como consequência a exclusão e a desigualdade social que propicia a discriminação, o que gera menores oportunidades de emprego, dentre outros problemas, ocasionando assim uma perpetuação da pobreza e a ausência do exercício da cidadania.

Dessa forma, entende-se que a questão da moradia não se resolve apenas com distribuição de imóveis. Os dados estatísticos do Banco Mundial informam que de 1 milhão de moradias produzidas no Brasil, cerca de 700 mil são ilegais, o que comprova que a maior parte da produção habitacional no país é informal. Os dados destacados demonstram a tolerância do setor público com essa ilegalidade, porque na legislação brasileira o registro do imóvel é constitutivo de propriedade, valendo à máxima “quem não registra não é dono”. Assim, uma das maiores implicações desse processo refere-se à insegurança jurídica perante a moradia, que deixa a população residente dessas áreas numa situação de vulnerabilidade.

⁴⁰NOLASCO, Loreci Gottschalk. Direito Fundamental à Moradia. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

⁴¹HOLZ, Sheila y MONTEIRO, Tatiana Villela de Andrade. Política de habitação social e o direito a moradia no Brasil. Diez años de cambios en el Mundo, en la Geografía y en las Ciencias Sociales, 1999-2008. Actas del X Coloquio Internacional de Geocrítica, Universidad de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/-xcol/158.htm>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

Ao mesmo tempo em que os direitos sociais eram introduzidos nas Constituições Democráticas do século XX, o sujeito coletivo, a sociedade em geral, passa a ter consciência de seus direitos, que consiste exatamente, segundo o autor Eder Sader⁴², em encarar as privações da vida privada como injustiças no lugar de repetições naturais do cotidiano, valorizando a dignidade humana, por meio da participação coletiva numa luta contra o que consideram as injustiças de que eram vítimas.

Assim, sendo, para a concretização efetiva do direito à moradia, que é um direito humano e estando ele positivado na legislação nacional e internacional, cumpre a todos zelar pela sua efetivação. Tanto governantes quanto sociedade civil devem, juntos, se articular na busca por soluções. Mobilização é a palavra chave; cada fazendo sua parte para a realização dos direitos humanos.

No âmbito do direito internacional, a moradia é considerada direito humano fundamental em diversos acordos e tratados dos quais o Brasil é signatário, tais como o Protocolo de San Salvador (Sistema Interamericano de Proteção Internacional dos Direitos Humanos) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU). Outras normas e convenções internacionais que cabe citar são: Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação da Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção dos Trabalhadores Migrantes (1990); e Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais (1989). Marco importante na disseminação internacional de uma nova e ampliada agenda de direitos dos residentes urbanos foi a criação da Agência ONU-Habitat, em decorrência da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos (Habitat I), que aconteceu em Vancouver, Canadá, em 1976. A assembleia Habitat II, em Istambul, Turquia, em 1996, consagrou uma definição mais abrangente da moradia social (Antonucci et al., 2010). A partir daí consolidou-

⁴²SADER, Eder. Quando Novos Personagens Entraram em Cena. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

se um novo sentido ao direito à moradia, que passou a ser considerado como “moradia adequada”⁴³.

2.2. Problemáticas e Planos

Como já mencionado anteriormente, em respeito ao “valor fundante” da experiência ética, qual seja, a dignidade da pessoa humana, já não cabe mais ao Estado somente legislar e aplicar leis, é necessário que este se imponha, programe e execute políticas nacionais, especialmente na consumação do direito à moradia, que, como integrante da categoria dos direitos sociais, para ter eficácia jurídica e social, pressupõe a ação positiva do Estado por meio da real aplicação das políticas públicas necessárias.

De acordo com o entendimento de Maria Elena Rodriguez e Nelson Saule Júnior, a obrigação do Estado de efetivar o direito à moradia através das políticas públicas pertinentes tem dois aspectos, que são:

“Um de caráter imediato de impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificultem ou impossibilitem o exercício do direito à moradia. Por exemplo, de impedir a existência de um sistema e uma política habitacional que acarrete a exclusão e medidas discriminatórias de impedimento de acesso ao direito à moradia para uma grande parcela da população, como de fato tem sido, infelizmente, o papel do sistema financeiro da habitação brasileiro, sendo obrigatório, portanto, a reformulação desse sistema. O outro aspecto [...] é de intervir e regulamentar as atividades do setor privado referente à política habitacional, como a regulamentação do uso e acesso à propriedade imobiliária, em especial, a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, promover programas de urbanização e regularização fundiária nos assentamentos informais de modo a promover a integração social e territorial das comunidades carentes que vivem nestes assentamentos.”⁴⁴

⁴³SANTOS, Angela Moulin S. Penalva; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto; LUFT, Rosangela Marina. Direito à Moradia: Um Direito social em Construção no Brasil – a experiência do aluguel social no Rio de Janeiro. Disponível na Revista Eletrônica do IPEA: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/548/390>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

⁴⁴ SAULE JÚNIOR, Nelson; RODRIGUEZ, Maria Elena. Direito à Moradia, op. cit., p. 111 e 112.

Apesar da crescente evolução da proteção jurídica da moradia, ainda há uma grande demanda por habitação adequada para a população de baixa renda. No Brasil, o déficit habitacional é de mais de 6 milhões, segundo dados divulgados no final do ano de 2013 pela Fundação João Pinheiro (FJP, 2013). É necessário o replanejamento do Sistema Financeiro da Habitação brasileiro pelos principais responsáveis pela ordem constitucional, estabelecendo-se novas e modernas metas de acesso aos financiamentos.

O Sistema Financeiro da Habitação (SFH) foi instituído há mais de cinquenta anos pela Lei Federal nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. Esta Lei criou, ainda, a correção monetária nos contratos imobiliários, o Banco Nacional da Habitação (BNH) e as Sociedades de Créditos Imobiliários.

O objetivo principal do SFH, criado por proposição do Governo Federal, consistia e ainda consiste na facilitação à aquisição da “casa própria” para a população de baixa renda e à classe média, vinculada à variação de seus salários, não excedendo a variação do salário mínimo e não ultrapassando a um terço da renda familiar dos mutuários. Salientam Nelson Saule Jr. e Maria Elena Rodriguez que “com o dinheiro do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), fundos governamentais e poupança voluntária, o sistema financiou 4,4 milhões de unidades habitacionais entre 1964 e 1985”⁴⁵.

Com a queda do sistema financeiro em razão dos problemas políticos vividos pelo país, sobretudo em virtude da crise habitacional que já era encontrada desde o início da introdução desse sistema e, ao seu final, com o período inflacionário exorbitante que se agravou na década de 80, o BNH foi extinto em 1986. Através do Dec.-lei 2.291/1986, cujo §1º do artigo 1º determinou a sucessão no gozo das atribuições do então extinto BNH por entidade federal, a Caixa Econômica Federal (CEF), por meio de integral incorporação. Desde então, a CEF atua como substituta do BNH, competindo-lhe fiscalizar o sistema financeiro, obedecendo às

⁴⁵ SAULE JÚNIOR, Nelson; RODRIGUEZ, Maria Elena. *Direito à Moradia*, op. cit., p. 118. Os autores realçam, todavia, sustentados em Ermínia Maricato, que o “sucesso do SFH se deveu exatamente por tratar a habitação como uma mercadoria a ser produzida e comercializada em moldes estritamente capitalistas e o fato de ignorar os setores de menores rendimentos: os aproximadamente 77% da população que ganha de cinco salários para baixo”, p.119.

normas e resoluções emitidas pelo Banco Central do Brasil. Essa política governamental, que visava adotar medidas ante as necessidades essenciais de moradia adequada, facilitava a aquisição de casa própria, inclusive com a participação de construtoras, que detinham, como ainda hoje, uma participação importante para o desenvolvimento do programa de financiamento. Era importante para o funcionamento do programa a adoção de uma política de reajuste de prestação adequada e suficiente, para que o adquirente final pudesse adimplir com a obrigação assumida e, em contrapartida, dar proteção ao direito à moradia ⁴⁶.

Pelo Dec.-lei 70, de 21 de novembro de 1966 estabeleceu-se, para todos os fins, que o fator de reajuste das prestações seria pelo mesmo critério atribuído ao SFH, conforme estatui o §1º do art.9º da referida Lei, ou seja, ora por meio da UPC, ora por meio de índices que refletiam a categoria profissional do adquirente.

Por fim, não obstante o Supremo Tribunal Federal ter entendido que o artigo 5º da lei 4.380/1964 tivesse sido ab-rogado⁴⁷, a legislação posterior e os atos normativos do próprio extinto BNH continuaram a adotar a equivalência salarial e o reajustamento com base no salário mínimo. Assim, elegeu a legislação o fator de reajustamento salarial com paradigma para os aumentos das prestações da casa própria. Nos financiamentos do SFH um dos requisitos exigidos é a demonstração de capacidade de pagamento do mutuário, adquirente final, consistente na sua renda familiar. A prestação devida corresponderia sempre a um percentual máximo dessa renda.

Porém, em 2004, surgiu a Lei 10.931, de 02 de agosto, que passou a dar tratamento diverso de todas as questões relativas ao financiamento imobiliário no Brasil, em que proibiu a contratação pela equivalência salarial. Como elucidado pelo autor Sérgio Iglesias Nunes de Souza⁴⁸, “a referida lei trouxe um retrocesso ao direito de acesso à moradia, pois, apesar de

⁴⁶ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 280-283.

⁴⁷ Repr. 1.288/DF.

⁴⁸ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 280-283.

dar uma maior liberdade de contratação, e, uma nova forma de condução do setor imobiliário no país [...], impediu, na maioria das vezes, que, o mutuário tivesse condições de cumprir com o que foi avençado após alguns anos de realização do contrato”.

Obedecendo a determinação constitucional, houve a regulamentação do capítulo referente à Política Urbana, através da Lei 10.257/2001, chamada de Estatuto da Cidade, tornando assim o direito à moradia mais viável para os milhões de moradores da “cidade ilegal”, através de novas políticas de regularização fundiária. Na esfera infraconstitucional, a promulgação do Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/2001) foi de grande importância na defesa dos direitos na cidade. Ele fez surgir diversas formas de intervenção do Poder Público sobre o patrimônio particular bem como sobre as próprias cidades. Para Saule Junior (2004, p. 209) o novo instrumento é “uma lei inovadora que abre possibilidades para o desenvolvimento de uma política urbana que considere tanto os aspectos urbanos quanto os sociais e políticos das nossas cidades”.

O Estatuto da Cidade regulamenta uma série de instrumentos jurídicos e urbanísticos, reafirmando o papel central do Plano Diretor como eixo principal da regulação urbanística das cidades. Com o objetivo de garantir o pleno desenvolvimento das cidades e a função social da propriedade urbana, permite aos Municípios a adoção de instrumentos para a urbanização e a legalização dos assentamentos, o combate à especulação imobiliária, uma distribuição mais justa dos serviços públicos, a recuperação para a coletividade da valorização imobiliária, soluções planejadas e articuladas para os problemas das cidades e a participação da população na formulação e execução das políticas públicas⁴⁹.

Os principais instrumentos do Estatuto da Cidade a serem destacados são a regulamentação das sanções urbanísticas e tributárias aos terrenos subutilizados e os

⁴⁹HOLZ, Sheila y MONTEIRO, Tatiana Villela de Andrade. Política de habitação social e o direito a moradia no Brasil. Diez años de cambios en el Mundo, en la Geografía y en las Ciencias Sociales, 1999-2008. Actas del X Coloquio Internacional de Geocrítica, Universidad de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/-xcol/158.htm>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

instrumentos de regularização fundiária, como o usucapião coletivo e a concessão de uso especial para fins de moradia.

Portanto, a principal ferramenta que os Municípios dispõem para atuarem contra a ilegalidade, é o Plano Diretor, de implementação obrigatória para todas as cidades com mais de 20 mil habitantes, as localizadas nas regiões metropolitanas (mesmo com menor número de moradores), aglomerações urbanas, áreas de interesse turístico e de impacto ambiental e para os casos em que o Município deseja combater a especulação imobiliária (um dos fatores propulsores da ocupação das áreas informais no Brasil).

O Plano Diretor pode combater a especulação imobiliária através do parcelamento, edificação ou utilização compulsória, na qual o proprietário é notificado pela Prefeitura indicando um prazo para que a área seja utilizada ou construída; IPTU progressivo no tempo, ou seja, não sendo cumprida a notificação, a Prefeitura aplicará um IPTU maior a cada ano pelo prazo máximo de cinco anos seguidos; desapropriação com pagamento em título da dívida pública, ou seja, se o proprietário ainda se recusar a dar uma utilidade ao imóvel, a Prefeitura poderá desapropriá-lo.

A democratização do acesso à terra, através da regularização fundiária, deve vir expressa no Plano Diretor pela delimitação das ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social), áreas ocupadas por população de baixa renda (favelas, ribeirinhos, morro, loteamentos irregulares e clandestinos) que precisam ser urbanizadas e regularizadas, a partir do estabelecimento de normas especiais para cada situação. Inclui também áreas vazias ou mal aproveitadas que podem ser destinadas à habitação de interesse social. Deve também realizar a delimitação de áreas necessárias para garantir o direito à moradia, para a implantação de escolas, postos de saúde, área de tratamento de esgoto, área de lazer, áreas verdes, para a proteção de áreas de interesse ambiental ou histórico, cultural ou paisagístico.

O direito social à moradia ainda passa por fase de consolidação de sua implementação, por meio de políticas públicas que garantam sua efetividade. Como outros exemplos,

podemos mencionar as leis federais que criaram o FNHIS (Lei no 11.124/2005), a regulamentação da regularização fundiária em terras da União federal para habitação de interesse social (Lei no 11.481/2007) e o programa Minha Casa, Minha Vida (Lei no 11.977/2009).

A Lei 11.977 instituiu, não só a regularização fundiária, mas também o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), do Governo Federal, que se destina ao custeio de moradia à população de baixa renda. A Regularização Fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Desde 1964, as políticas públicas formuladas para combater o déficit habitacional ainda tomam como paradigma o direito de propriedade. No Brasil, o aluguel social ainda é utilizado apenas como forma de provisão habitacional provisória, enquanto as casas construídas para serem transferidas por meio do direito de propriedade não ficam prontas. No entanto, a materialização do direito social à moradia, tal como consagrado constitucionalmente, não implica, necessariamente, o reconhecimento dos direitos individuais de propriedade, principalmente nos assentamentos em áreas públicas. A titulação com a concessão de uso ou a implementação de uma política de aluguel social poderiam ser mais eficazes na proteção da vinculação da terra para o fim de morar, uma vez que não é raro que moradores de terras regularizadas acabem enfrentando processos de gentrificação, decorrentes da valorização imobiliária excessiva e do encarecimento do custo de vida.

O maior desafio da política de habitação social brasileira é atuar diretamente contra a ilegalidade urbana, por meio da regularização fundiária.

2.3. História constitucional brasileira

Até o momento, pode-se verificar que houve um grande progresso jurídico em relação ao tema dos direitos sociais, em especial ao direito de propriedade no viés de sua função social, o direito à moradia e, conseqüentemente, o Direito Urbanístico, que recebeu um salto no grau de protagonismo presente nas intervenções legislativas específicas. Desse modo, a Constituição contém um núcleo (básico) que alberga as conquistas civilizatórias próprias do Estado Democrático (e Social) de Direito, assentado no binômio democracia e direitos humanos-fundamentais sociais. Esse núcleo derivado do Estado Democrático de Direito faz parte, hoje, de um núcleo básico geral-universal, que comporta elementos que poderiam confortar uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo do Ocidente. Já os demais substratos constitucionais aptos a confortar uma teoria da Constituição derivam das especificidades regionais e da identidade nacional de cada Estado.

O meio urbano brasileiro passou a receber mais atenção, de maneira adequada, principalmente no que se refere à garantia a maior qualidade de vida. Através do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001), foi aumentada a eficácia e a aplicabilidade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Uma nova mentalidade para governantes e sociedade civil deve ser instalada, para que, conjuntamente com as legislações urbanísticas existentes, possa ser possível o cumprimento dos mandamentos constitucionais de combate à violência urbana, exercício da cidadania, utilização do espaço público, e, principalmente, do direito à moradia com uma estruturação de transportes públicos que integre todos os indivíduos da sociedade.

Houve uma mudança de filosofia e de ideais através do legislador constituinte. A nova visão da propriedade no Brasil lentamente caminhou rumo à confirmação de sua função social e da necessidade de não mais representar elemento de exclusão social e sim de inclusão, o foco agora está mais voltado à garantia do bem estar social proclamado na Constituição.

Porém, muitos direitos sociais representados na Constituição Federal são comumente definidos como meras intenções governamentais, ou seja, como programas governamentais

positivados na Magna Carta. Dessa forma, alguns autores passaram a chamar essas normas de programáticas, em vista do nítido teor programático de seus conteúdos.

O doutrinador José Carlos Vasconcellos dos Reis tece o seguinte comentário sobre o assunto:

“Como os direitos sociais são, em regra, típicos direitos a prestações – o que tem consequências importantes no que tange à sua efetivação, especialmente pela via processual -, o reconhecimento de um tal direito público subjetivo não deve e não pode ser feito de maneira precipitada, porque, muitas vezes, um “direito social” constitucional é norma programática⁵⁰.”

Cumprido ressaltar a importância de conceituar o que seriam normas programáticas. O professor Luigi Bonizzato, em sua obra “Propriedade Urbana & Direitos Sociais”, diz que:

“Para muitos autores, definir uma norma como programática significa afirmar que reproduz apenas um programa de governo, não representando, pelo menos em um primeiro momento, nenhum direito subjetivo do cidadão. Com efeito, quando previu o legislador constituinte originário pátrio o direito à saúde como direito social básico, assim como o direito ao lazer e ao salário mínimo, nos termos do art. 7º, inc. IV, da Constituição Federal, antes de mais nada, estabeleceu objetivos a serem atingidos, desvinculando-se, de forma imediata, da criação de direitos subjetivos pleiteáveis em face do Poder Judiciário⁵¹.”

A situação precária financeira do Estado brasileiro é uma das principais argumentações de alguns juristas e membros integrantes dos Poderes da União para a caracterização dos direitos sociais como normas programáticas e assim poder continuar com o seu não cumprimento e a impossibilidade de pleitear esse direito pela população na via Judiciária. Portanto, utilizam a alegação de que faltam recursos suficientes para o cumprimento e atendimento de todas as normas sociais existentes na Constituição, e, por isso, deve-se realmente considerá-las simples intenções governamentais, materializando-as o Estado na exata medida de suas verbas disponíveis.

⁵⁰ REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado..., p. 66.

⁵¹ BONIZZATO, Luigi. Propriedade Urbana & Direitos Sociais. 2ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

Contudo, a Constituição não é espaço destinado para depósito de programas governamentais. É a Lei Fundamental que rege e organiza um Estado, portanto, suas normas traduziriam invariavelmente direitos pleiteáveis por seus destinatários a qualquer tempo perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, o professor Luigi expõe:

“Desanimador realmente se torna retirar a aplicabilidade imediata de muitas e importantes normas constitucionais, sob o argumento de que o Estado não possui condições financeiras de arcar com sua aplicação. Nestes termos, conduz-se a Constituição, Lei Maior pátria, ocupante do ápice da pirâmide normativa, a posição de mera “folha de papel”, conforme bem observado por Ferdinand Lassale⁵², emprestando um sentido sociológico à Constituição⁵³.”

Os direitos sociais previstos na Constituição Federal brasileira não devem ser reputados normas apenas vigentes (que seguiram o rito correto para sua edição e, que, portanto, respeitaram a forma pelo qual deveriam ter sido feitas no processo constituinte). Além de vigentes, a elas deve ser emprestada também a validade, a fim de que transcendam a esfera da existência e alcancem o patamar da efetividade.

O autor Lenio Luiz Streck⁵⁴, de forma brilhante, aduz em sua obra “Ciência Política & Teoria do Estado” que o dilema brasileiro consiste em: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe! Tudo isso acontece na contramão do que estabelece o ordenamento constitucional brasileiro, que aponta para um Estado forte, intervencionista e regulador, na esteira daquilo que, contemporaneamente, se entende como Estado Democrático de Direito. O Direito recupera, pois, sua especificidade. No Estado Democrático de Direito, ocorre a secularização do Direito. Desse modo, é razoável afirmar que o Direito, legado da modernidade – até porque temos uma Constituição democrática –, deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das promessas modernas.

⁵²LASSALE, Ferdinand. A essência da Constituição. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁵³BONIZZATO, Luigi. Propriedade Urbana & Direitos Sociais. 2ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

⁵⁴STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Ciência Política & Teoria do Estado. 8ª ed. rev. E atual. - Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014, p. 67.

O grande problema na história brasileira é que o Estado sempre priorizou o benefício de determinada camada social, se caracterizando como Estado interventor-desenvolvimentista-regulador apenas para as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional, os monopólios e os oligopólios da economia. Portanto, o objetivo que deveria ser o principal num governo interventor, qual seja, fazer-se impor uma função social da propriedade e aplicar a política do bem estar social, não foi cumprido no Brasil. Daí vir a propósito o dizer de Lenio Streck, que “[...] Obtém-se um imenso poder econômico, mas ele não consegue resolver os problemas da qualidade de vida. Constroem-se estruturas sociais que, ao se fazerem modernas, mantêm todas as características do que há de mais injusto e estúpido [...]”⁵⁵. Historicamente, cada vez que o país se vê na necessidade de mudanças, fruto de pressão popular e/ou da conjuntura social, econômica e política, produzem-se alianças conservadoras, visando à conservação do poder. A consequência de tais “acordos” (p. ex., Independência, Abolição da Escravatura, República, etc.) foi a intocabilidade da estrutura de dominação.

Conforme Marilena Chauí,⁵⁶ “o autoritarismo social e as desigualdades econômicas fazem com que a sociedade brasileira esteja polarizada entre as carências das camadas populares e os interesses das classes abastadas e dominantes, sem conseguir ultrapassar carências e interesses e alcançar a esfera dos direitos. Os interesses, porque não se transformam em direitos, tornam-se privilégios de alguns, de sorte que a polarização social se efetua entre os despossuídos (os carentes) e os privilegiados. Estes, porque são portadores dos conhecimentos técnicos e científicos, são os ‘componentes’, cabendo-lhes a direção da sociedade”. Por isso, a sociedade brasileira não consegue ser democrática, pois está sempre dividida entre o conflito de interesses daqueles que têm carências de tudo aquilo que é essencial para uma vida digna humana e dos que têm privilégios e não querem perdê-los. Após a Constituição Democrática de 1988, houve uma busca em reimplementar conceitos democráticos e que diminuíssem as desigualdades sociais tão enraizadas em nosso país. Dessa forma, o Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições

⁵⁵STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 8ª ed. rev. E atual. - Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014, p.68.

⁵⁶CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 436.

sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade, apropriando-se do caráter incerto da democracia para veicular uma perspectiva de futuro voltada à produção de uma nova sociedade, na qual a questão da democracia contém e implica, necessariamente, a solução do problema das condições materiais de existência.

O projeto de Estado idealizado pela nossa Constituição passa a ser caracterizado por possuir uma vinculação a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; pela organização democrática da sociedade; por obter um sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; existência de uma Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades e igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; a divisão de Poderes ou de Funções; o princípio da Legalidade, que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; e os conceitos de segurança e certeza jurídicas.

Dessa forma, é de suma importância o entendimento que os direitos sociais constitucionais são fundamentais, e que por isso, tem-se que todo o rol de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal não comportaria qualquer modificação redutiva. Isto é, ocorre a imutabilidade relativa à impossibilidade de alteração de direitos fundamentais, a não ser no sentido de aprimorá-los ou acrescentá-los.

Importante destacar um trecho da obra do professor Luigi Bonizzato, em que ele explica como a nova visão dos direitos sociais fundamentais (em especial, o direito à moradia), dada pela interpretação constitucional, e, conseqüentemente, pelas leis infraconstitucionais editadas

posteriormente, propiciou a introdução de políticas públicas, ações governamentais e interpretações jurisdicionais facilitadoras da efetivação desses direitos.

“[...] E, no que tange especificamente ao direito social à moradia, ponto de notória relevância no presente trabalho, tal comportamento dos Tribunais, do Poder Público e da sociedade, sem dúvida, poderá ser considerado, também e paralelamente, um reflexo das novas orientações confirmadas pelo Estatuto da Cidade, o qual, por meio do regramento dos institutos da utilização, edificação e parcelamento compulsórios, IPTU progressivo no tempo e desapropriação com pagamento em títulos, selou o destino da perpetuidade como atributo do domínio imóvel urbano, estabelecendo sua superação. Nessa linha, pode-se afirmar que a sedimentação do combate ao não uso da propriedade imóvel urbana e, dessa forma, à especulação imobiliária, representa um avanço não apenas jurídico, mas também social, servindo de estímulo para que os direitos sociais sejam cada dia mais garantidos à população e, por consequência, dia após dia, mais válidos, vigentes e eficazes. [...]”⁵⁷

⁵⁷BONIZZATO, Luigi. Propriedade Urbana & Direitos Sociais. 2ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2015. p. 183.

3. A EFICÁCIA E A EFETIVIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA NO BRASIL

3.1. A conquista da efetividade das normas constitucionais no direito brasileiro

Um dos fatores que, repetidamente, contribuiu para o insucesso do Estado de Direito no Brasil foi a falta de seriedade em relação à Carta Magna, o descaso para com a distância entre a lei e a realidade, o ser e o dever-ser. A norma constitucional, em tempos passados, era considerada apenas um documento político que traçava as diretrizes do Estado, um convite à atuação dos Poderes Públicos. Contudo, com a mudança de paradigma no decorrer do século XX, a norma constitucional ganhou o caráter de norma jurídica e passou a ter assim exigibilidade suas disposições, além de desfrutar de atributos como a imperatividade.

Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Contemporâneo” aduz que:

“[...] Além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se uma mistificação, um instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce. A disfunção mais grave do constitucionalismo brasileiro, naquele final de regime militar, encontrava-se na não aquiescência ao sentido mais profundo e consequente da lei maior por parte dos estamentos perenemente dominantes, que sempre construíram uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado. A doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.⁵⁸”

A Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo. Esta é uma evidência que não se pode ignorar. Mas ela não se reduz à mera expressão das circunstâncias concretas de cada época. A Constituição tem uma existência própria, autônoma, embora relativa, que advém de sua força normativa, pela qual ordena e

⁵⁸BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010. p. 256.

conforma o contexto social e político. Existe, assim, entre a norma e a realidade uma tensão permanente, de onde derivam as possibilidades e os limites do direito constitucional, como forma de atuação social. Do outro lado, através da crença desenganada que a introdução de determinado direito formalmente na Constituição fará com que este seja efetivado, ou seja, que é possível “salvar o mundo com papel e tinta”, foi inserido diversos excessos inalcançáveis na Carta Magna. É importante ressaltar que toda Constituição deve respeitar limites, pois o Direito tem limites que lhe é próprio e por isso não deve ter a pretensão de normatizar o inalcançável.

Diante de excessos irrealizáveis, a tendência do intérprete é negar o caráter vinculativo da norma, distorcendo, por esse raciocínio, a força normativa da Constituição. As ordens constitucionais devem ser cumpridas em toda a extensão possível. Ocorrendo a impossibilidade fática ou jurídica, deve o intérprete declarar tal situação, deixando de aplicar a norma por esse fundamento e não por falta de normatividade. Aí estarão em cena conceitos como reserva do possível, princípios orçamentários, separação de Poderes, dentre outros. Como já assinalado, certas normas podem ter sua aplicabilidade mitigada por outras normas ou pela realidade subjacente.

No rumo das considerações redigidas, com clareza se manifesta Ingo Wolfgang Sarlet:

“Como já assinalado, em virtude da relevância econômica do objeto dos direitos sociais prestacionais, estes se encontram (ao menos de acordo com a doutrina majoritária) sob uma reserva do possível, circunstância que, por sua vez, implica uma necessária tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometida aos órgãos políticos e para tanto legitimados⁵⁹.”

Contudo, há que se utilizar o conceito de Reserva do Possível de maneira comedida, pois o Estado não pode alegar a impossibilidade de efetivação de direitos fundamentais básicos sob o manto da má gestão do dinheiro público e, conseqüentemente, a falta de recursos para serem alocados nas áreas mais básicas da sociedade.

⁵⁹SARLET, Ingo Wolfgang. Ob. Cit., p. 292.

Dessa forma o Ministro Celso de Mello, em seu voto como relator do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 de São Paulo⁶⁰ expôs sua visão sobre o assunto, dizendo que o Poder Público, quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.

A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação problemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas que, alguns consideram como programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.

Canotilho, marcando uma ruptura em relação a doutrina constitucional clássica, apresenta a seguinte lição:

“[...] pode e deve-se falar da ‘morte das normas constitucionais programáticas. [...] O sentido destas normas não é, porém, o assinalado pela doutrina tradicional: ‘simples programas’, [...] ‘programas futuros’, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às ‘normas programáticas’, é reconhecido hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da constituição⁶¹.”

⁶⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2ª T, DJE de 15-9-2011.

⁶¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 1.140.

A cláusula da reserva do possível, que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).

Portanto, é de suma importância verificar quais normas constitucionais realmente são fundamentais e qual o grau de sua efetividade real no Estado brasileiro. Para isso é necessário primeiro conceituar o que seria efetividade. Tradicionalmente, os atos jurídicos e normativos são analisados sob três aspectos essenciais: o da existência (vigência), da validade e eficácia. Porém, existe também o campo da efetividade ou eficácia social da norma, que, atualmente, ganhou bastante força nos estudos acadêmicos e nas discussões jurisdicionais. Luís Roberto Barroso conceitua efetividade como “[...] efetividade expressa o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo. Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social [...]”⁶².

O direito de ação - ele próprio um direito subjetivo, consistente na possibilidade de exigir do Estado que preste jurisdição – tem fundamento constitucional. Mas as ações

⁶²BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010. p. 258.

judiciais, normalmente, são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira, todavia, instituiu ela própria algumas ações. Tradicionalmente, desde a Constituição de 1934, três eram as ações constitucionais: o habeas corpus (que fora constitucionalizado desde 1891 - CF/88, art. 52, LXVIII), o mandado de segurança (art. 52, LXIX) e a ação popular (art. 52, LXXIII). A Constituição de 1988 ampliou esse elenco, acrescentando o mandado de segurança coletivo (art. 52, LXX), a ação civil pública (art. 129, III), o mandado de injunção (art. 52, LXXI) e o habeas data (art. 52, LXXII). O direito de ação e as ações constitucionais e infraconstitucionais constituem as garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais mecanismos de efetivação das normas constitucionais quando não cumpridas espontaneamente.

Insta ressaltar também, que para alguns autores, como Konrad Hesse⁶³, há diferença entre os direitos fundamentais, pois os direitos fundamentais sociais contêm estrutura diferente da estrutura dos direitos fundamentais clássicos. Eles se diferenciam das normas que vinculam determinações relacionadas aos objetivos estatais, pois são normas constitucionais que estabelecem obrigatoriamente prestações, tarefas, dirigidas à atuação do Poder Público. Dessa forma, não basta apenas dizer que existe determinado direito a algo, deve existir um agir estatal que garanta a prestação fixada no texto constitucional.

A efetividade, portanto, encontra-se quando é possível visualizar esta ação governamental sendo aplicada no dia a dia das pessoas que a necessitam, em todos os âmbitos e esferas do país. Um exemplo que pode ser mencionado é o Planejamento que foi realizado pela Secretaria de Habitação do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2012, que prevê Metas aos quais devem ser atingidas até o ano de 2027. Algumas das diretrizes desse plano são: promover programas de urbanização e regularização fundiária de assentamentos precários e informais, tais como loteamentos irregulares, favelas, conjuntos habitacionais irregulares, cortiços e outros; produzir novas unidades habitacionais, com boas condições de conforto ambiental, qualidade arquitetônica e construtiva, integradas à malha urbana consolidada das cidades; produzir empreendimentos com tipologias variadas, adequadas às necessidades de diferentes composições familiares, mantendo subsídios compatíveis com a renda familiar e

⁶³HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha, op. cit., p. 170 e 208.

melhorar as condições de habitabilidade das moradias por meio de acesso aos serviços de assistência técnica, conforme prevê a legislação federal; implantar programa de monitoramento de áreas de risco.

A edição e publicação do Plano de Habitação de Interesse Social do Estado do Rio de Janeiro mostraram como a ação estatal precedida de estudo pormenorizado dos problemas, suas causas, métodos que podem ser utilizados e os objetivos, fica mais clara e possível de ser realizada.

3.2. A realidade das políticas públicas relacionadas ao direito à moradia

Da promulgação da Constituição da República de 1988 até os dias atuais, diversas leis, planos e diretrizes foram traçados para consumir o direito fundamental social à moradia previsto no artigo 6º da Magna Carta. Dentre eles, podemos citar os Programas da Minha Casa, Minha Vida (Entidade), criado pelo Art. 16 do Decreto nº. 6.819 de 13 de abril de 2009 e previsto também no Art. 17 da MP 459, de 25 de março de 2009, que tinha por objetivo tornar acessível a moradia para a população cuja renda familiar mensal bruta não ultrapasse a aproximadamente R\$ 1.600,00 (mil e seiscentos reais)⁶⁴, organizadas em cooperativas habitacionais ou mistas, associações e demais entidades privadas sem fins lucrativos visando a produção e aquisição de novas habitações; houve também o Programa de Crédito Solidário que realizava o financiamento habitacional a famílias de baixa renda organizadas em associações, cooperativas, sindicatos ou entidades da sociedade civil organizada. Esse programa foi criado pelo Conselho Curador – CCFDS, conforme Resolução 93/2004 e regulamentado pelo Ministério das Cidades nas disposições da Instrução Normativa 39 de 28 de dezembro de 2005 e suas posteriores alterações.

É possível citar também, o Programa Operações Coletivas, que era um programa de financiamento com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, com o

⁶⁴Dados retirados do site da Organização Não Governamental União Nacional Por Moradia Popular. Disponível em: <<http://www.unmp.org.br/>>. Acesso em 03 de maio de 2017.

objetivo de atender às necessidades habitacionais das famílias de baixa renda, com financiamento direto às pessoas físicas, organizadas de forma coletiva, em parceria com Entidade Organizadora. Além disso, existe o Programa de Arrendamento Residencial (PAR) que tem por objetivo propiciar moradia à população com menor poder aquisitivo, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra. O PAR é uma operação de aquisição de empreendimentos novos, a serem construídos, em construção ou a recuperar/reformar. As unidades habitacionais dos empreendimentos adquiridos se destinam à oferta de moradias, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, às pessoas físicas enquadradas no Programa.

Em 2003, realizou-se a criação do Ministério das Cidades, e, com ele, foi instituído um novo marco político institucional para o setor habitacional. A área de habitação de interesse social e o setor habitacional de mercado passaram a se articular com eixos importantes da política de desenvolvimento urbano no país. No sentido da reestruturação institucional e legal do setor, a Política Nacional de Habitação (PNH), aprovada pelo Conselho das Cidades (ConCidades) e instituída a partir de 2004⁶⁵, apontou medidas políticas, legais e administrativas visando efetivar o exercício do direito social à moradia e previu a organização de um Sistema Nacional de Habitação, o qual organiza os agentes que atuam na área de habitação e reúne os esforços dos três níveis de governo e do mercado, além de cooperativas, associações e movimentos sociais.

O Sistema tem seu desenho institucional composto por uma instância central de planejamento, coordenação, gestão e controle, representados pelo Ministério das Cidades e ao Conselho das Cidades, que cabe acompanhar e avaliar a implementação do Sistema e de seus instrumentos. O Sistema está subdividido em dois sistemas que operam com diferentes fontes de recursos, formas, condições de financiamento e, de forma complementar, estabelecem mecanismos para a provisão de moradias em todos os segmentos sociais: o Sistema Nacional

⁶⁵Dados retirados da coletânea de artigos publicados no Ciclo de Conferências organizado na forma de um Simpósio na Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da UnB nos dias 11, 18 e 25 de novembro de 2009. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNPU/Biblioteca/PlanelamentoUrbano/Políticas_Urbanas_Regionais_Brasil.pdf>.

de Habitação de Mercado - SNHM e o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS.

Este último, instituído pela Lei Federal nº 11.124/2005, é voltado para a faixa de interesse social, definindo um modelo de gestão descentralizado, e com instâncias de participação, que busca compatibilizar as políticas habitacionais federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, e as demais políticas setoriais de desenvolvimento urbano, ambientais e sociais. A lei também instituiu o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - FNHIS e seu Conselho Gestor – CGFNHIS, que tem papel deliberativo e participativo e é responsável pela aprovação dos programas a serem executados com recursos do Fundo. O projeto de lei para o SNHIS foi apresentado ao Congresso Nacional em 1991 por organizações e movimentos populares urbanos filiados ao Fórum Nacional de Reforma Urbana, assinado por mais de um milhão de pessoas e tramitou por 13 anos. Assim, sua aprovação é considerada uma conquista dos movimentos sociais.

Portanto, os avanços na seara institucional na primeira década do século XXI em relação às políticas públicas nacionais são incontestáveis, devido à promulgação do Estatuto da Cidade, a criação do Ministério das Cidades, a instituição do SNHIS e FNHIS, que amparam o poder público para promover políticas públicas inclusivas no campo do desenvolvimento urbano e habitacional.

O Governo do Estado do Rio de Janeiro, especificamente, criou o seu Plano Estadual de Habitação de Interesse Social no ano de 2012, para se estender até 2027⁶⁶, assumindo publicamente seu compromisso com o desenvolvimento sustentável das cidades e com seu fortalecimento institucional, na busca de garantir moradia digna a todos os seus moradores. De acordo com esse plano, as necessidades habitacionais do Estado do Rio de Janeiro podem ser divididas em duas categorias: o déficit e a inadequação habitacional.

⁶⁶ Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/seh>>. Acesso em 03 de maio de 2017.

O déficit representa para as políticas públicas habitacionais, grosso modo, a necessidade de construção de novas unidades. E a inadequação representa a necessidade de adequação de domicílios existentes.

No primeiro grupo, do chamado déficit, incluem-se aquelas moradias que já existem, mas precisam ser substituídas por uma nova (por situarem-se em áreas de risco, ou apresentarem condições extremamente precárias de habitabilidade) e também aquelas que precisam ser construídas para dar vazão a uma demanda reprimida, representada pela coabitação familiar.

No segundo grupo, da chamada inadequação habitacional, incluem-se aquelas moradias que já existem, mas não precisam ser substituídas. Podem ser adequadas para obter as condições mínimas de habitabilidade, seja pela implantação de redes de infraestrutura, seja pela reforma de espaços internos ou ampliação, seja ainda pela regularização da posse ou propriedade.

Além desses dois tipos de necessidades que retratavam a situação habitacional em 2012, há a projeção de demanda futura, que aponta a necessidade de construção de novas moradias no horizonte temporal do plano. Essa demanda futura, também chamada de demanda demográfica estima as moradias a serem acrescentadas à reserva habitacional a fim de atender à dinâmica demográfica calculada para determinado período. A contabilidade dessa demanda vai depender da taxa de crescimento da população e da média de moradores por domicílio, refletindo as mudanças dos arranjos familiares e domiciliares.

O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), foi anunciado pelo governo em março de 2009, com o objetivo de criar condições de ampliação do mercado habitacional para atendimento das famílias com renda de até 10 salários mínimos (SM). Estabelecendo um patamar de subsídio direto, proporcional à renda das famílias, este Programa busca claramente impactar a economia através dos efeitos multiplicadores gerados pela indústria da construção.

Além dos subsídios, persegue-se o aumento do volume de crédito para aquisição e produção de moradias, ao mesmo tempo em que se reduzem os juros, com a criação do Fundo Garantidor da Habitação que dirige recursos para pagamento das prestações em caso de inadimplência por desemprego e outras eventualidades, reduzindo o risco dos empréstimos para os setores de menor renda. Desta forma, intenta-se manter o desenvolvimento do setor imobiliário e reaquecer as atividades do ramo da construção civil, que experimentava uma fase de intenso crescimento desde 2006, mas que vinha sofrendo impactos da crise econômica.

Um dos impactos mais imediatos sobre os programas desenvolvidos no âmbito do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social diz respeito à eliminação dos repasses para as ações de provisão habitacional. Desde o lançamento do Programa Minha Casa, Minha Vida, o Fundo passou a concentrar os seus recursos nas ações de urbanização de assentamentos precários e de desenvolvimento institucional. Vale ressaltar que, para 2010, priorizou-se a alocação de recursos em obras complementares a projetos em andamento financiados com recursos do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, o que mostra o caráter subsidiário que o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social passou a ter nas decisões da política habitacional.

Devido a forma coadjuvante que as necessidades habitacionais foram vistas nesse período, não foi possível uma expansão expressiva no Estado dos programas governamentais. Por essas características de origem, o Minha Casa, Minha Vida acabou se concentrando em regiões onde o mercado imobiliário já apresentava certo dinamismo. Apenas 22 dos 92 municípios do Estado do Rio de Janeiro conseguiram aderir ao programa.

Historicamente, as políticas habitacionais foram estruturadas a partir de programas que não contavam com fluxos contínuos para sua implementação. Durante os anos em que houve algum tipo de estrutura administrativa para execução da política habitacional, esta estava ancorada em engenharias financeiras que dependiam do contexto econômico e geralmente deixavam de atender às frações da sociedade que mais demandavam moradia. O período das políticas implementadas pelo BNH deixou um passivo imobiliário de responsabilidade da

Companhia Estadual de Habitação (CEHAB-RJ), com legado de inadimplência e precarização dos conjuntos.

De 1986 a 2005 houve carência de programas de oferta de novas moradias no mercado formal para o segmento “econômico”. Com isso percebe-se o aumento da precarização habitacional, das favelas e do déficit habitacional nas cidades fluminenses.

A lógica de um novo programa habitacional (Minha Casa Minha Vida) operando pelo mercado imobiliário a partir da engenharia de crédito propiciou a reiteração dos vetores de expansão da dinâmica do mercado imobiliário formal, deixando de fora da política habitacional os municípios com baixo dinamismo econômico.

Hoje em dia, o mercado de habitação, sobretudo para os grupos familiares com a faixa de renda até 10 salários mínimos, é notadamente marcado pela participação de financiamento público, os quais têm como agente financeiro a Caixa Econômica Federal (CAIXA). A maior parte dos recursos destinados ao mercado habitacional é operacionalizado por esse agente.

3.3. A judicialização do direito à moradia

A existência de programas governamentais para a concretização do direito à moradia nunca foi suficiente para erradicar os problemas habitacionais no Brasil. O crescimento urbano histórico e desenfreado brasileiro, que se deu início no século XX, foi desprovido de planejamento e regulação do poder público. Isso deixou a herança de milhares de habitações irregulares, em áreas de risco, sem saneamento básico e controle governamental. Essas localidades são marcadas pela ausência de direito, pois há um déficit de prestação de serviços públicos e de cidadania.

Como já mencionado no decorrer do presente trabalho, a Constituição de 1988 trouxe a previsão de inúmeros direitos e garantias individuais, sociais e políticos. A maioria deles são voltados para a tutela de interesses de cidadãos ocupantes e instalados em áreas urbanas. A ordem jurídica brasileira, através de anos de aperfeiçoamento e adaptação às necessidades e realidades concretas da população, foi se tornando a pacificadora final dos conflitos, levando ao Poder Judiciário a nova função de materializar os direitos positivados na Carta Magna.

Nessa perspectiva, nasce o termo Judicialização, pois quando há a ausência de atos estatais para a efetivação de garantias positivadas no texto legal, cumpre ao Poder Judiciário colocá-los em prática. O autor Luís Roberto Barroso explica em seu artigo “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática⁶⁷” o que seria esse fenômeno:

“Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro. A seguir, uma tentativa de sistematização da matéria. A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.”

Dessa forma, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso, continua esclarecendo em seu texto quais seriam os outros motivos para a ascensão da “judicialização da vida”. A característica de larga abrangência da Constituição também é considerada como uma razão

⁶⁷BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

para o fenômeno, pois as inúmeras matérias que antes eram tratadas apenas no âmbito do processo político majoritário e pela legislação ordinária agora estavam previstas na Constituição. Em suas palavras:

“A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas⁶⁸.”

O terceiro motivo para o protagonismo do Poder Judiciário, segundo o professor Barroso, é o sistema de controle de constitucionalidade abrangente brasileiro. Desse modo, no Brasil, qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma norma, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional, no qual se daria o controle difuso e incidental de constitucionalidade. Além deste, existe o controle abstrato de constitucionalidade, o qual através de uma ação direta, o Supremo Tribunal Federal irá analisar a constitucionalidade da referida lei ou dispositivo questionado.

Isto posto, apesar de ser inquestionável que a prerrogativa de formular e executar políticas públicas resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

⁶⁸BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

Apresento alguns exemplos que podemos utilizar para ilustrar a prática da judicialização do direito fundamental social à moradia. O caso da Vila Soma, situada na cidade de Sumaré no Estado de São Paulo, onde residem cerca de 2,5 mil famílias há mais de três anos e que antes, tratava-se de um terreno abandonado há pelo menos 20 anos, de propriedade da massa falida da empresa Soma Equipamentos Industriais. Nesse caso, a requerimento da Defensoria Pública de São Paulo, foi deferido pelo STF, o pedido de suspensão da ordem de reintegração de posse contra os moradores da Vila.

Na decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, este considerou que a retomada da posse poderia exacerbar o conflito, “em especial quando o cumprimento da ordem judicial é levada a efeito por força policial desacompanhada de maiores cuidados com o destino dos evictos⁶⁹”. Assim, em razão de não haver “qualquer indicação de como será realizado o reassentamento das famílias”, o Ministro entendeu ser o caso de suspender a ordem de reintegração. Essa decisão inovou os entendimentos dos Tribunais, especialmente o de São Paulo, que na sobreposição de interesses, do direito à propriedade *versus* o direito à moradia, o primeiro sempre vencia. Ao afirmar que o destino dos evictos deve ser objeto de tutela jurisdicional, o STF fortalece a efetividade do direito à moradia e a função social da propriedade.

Além desse exemplo, podemos citar os casos judiciais de requerimento do pagamento do aluguel social para famílias desalojadas ou retiradas de suas moradias. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) acompanhou, no início do mês de março de 2017, o cumprimento da decisão judicial obtida pela instituição e que determina o arresto nas contas do Estado do valor de R\$ 4.222.079,90 referente ao aluguel social do mês de fevereiro. O benefício, destinado a mais de 9 mil famílias fluminenses, boa parte delas retirada de suas moradias sob o compromisso de realojamento pelo estado, deveria ter sido pago, mas estava atrasado. Dessa forma, o Núcleo de Terras e Habitação (Nuth) da DPRJ pediu à Justiça a expedição do mandado de arresto, que foi executado no mesmo dia e os valores transferidos

⁶⁹MENEZES, Rafael de Sá. A Soma e o Déficit: a decisão do STF no caso Vila Soma e o direito à moradia. Justificando, São Paulo, 21 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/21/a-soma-e-o-deficit-a-decisao-do-stf-no-caso-vila-soma-e-o-direito-a-moradia/>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

para as contas da secretaria estadual de Assistência Social, responsável pelo pagamento aos beneficiários⁷⁰.

A decisão do arresto realizado pela juíza foi proferida em Ação Civil Pública movida pelo Nuth e baseou-se, inclusive, na alegação do Estado de que não poderá fazer o pagamento espontâneo do Aluguel Social. No mandado de arresto, a magistrada determina, ainda, que sejam ressalvadas as contas “vinculadas à Saúde, Segurança, Educação e as dos demais órgãos e poderes que possuam autonomia financeira, assim como das pessoas jurídicas de direito público ou privado, integrantes da administração pública indireta e as contas vinculadas aos repasses obrigatórios aos municípios”.

Essas decisões demonstram a força empenhada pelo Poder Judiciário na efetivação do direito à moradia. Quando as políticas governamentais e os outros poderes tornam-se omissos, a tutela jurisdicional é avistada como a “única saída”.

A execução do direito à habitação digna através dos órgãos judiciais não é exclusividade do Judiciário brasileiro. Recentemente, a Corte Constitucional da Colômbia também proferiu decisão que confere fundamentalidade ao direito à moradia, o qual pode ser protegido pela via do mandado de segurança quando o demandante encontra-se numa situação vulnerável e carece de meios para viver.

De acordo com a decisão da Corte (Sentencia T-437/12, Referencia: expediente T-2809770) existem três pressupostos em que procede ao direito à moradia: I) a faceta de defesa da moradia digna; II) quando exista uma reclamação relativa ao respeito de um direito adquirido de acordo com um desenvolvimento legal e regulatório do tema; III) quando devido à situação de vulnerabilidade coloque em risco sua dignidade.

⁷⁰Dados retirados do site oficial da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3908-DPRJacompanha-execucao-de-arresto-para-pagamento-do-aluguel-social>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

No caso mencionado, a proteção do direito à moradia triunfou frente ao governo da cidade de Ibagué, que tentou despejar um cidadão colombiano deficiente visual e seus dependentes de uma propriedade que estava sendo ocupada por eles desde 1994; o pedido da ordem de despejo foi feito depois de 14 anos. A justificativa do despejo é de que o prédio é propriedade pública e, portanto, este cidadão e sua família teriam que sair do local de sua moradia⁷¹.

A grande celeuma gerada por deliberações como estas é sobre a afronta ao princípio da Separação dos Poderes. Quando juízes, desembargadores e ministros tomam a frente determinações de políticas públicas que deveriam ser aplicada pelo Poder Executivo ou Legislativo, isso põe em risco a legitimidade democrática do país, uma vez que os magistrados não foram colocados ali através de eleição do povo. Porém, é importante destacar, que ao proferir decisões, o juiz, não está ali expondo sua visão política, sua tarefa é de apenas, aplicar a Constituição e as leis, concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Todavia, cumpre ressaltar que os magistrados não exercitam atividades puramente mecânicas e é por isso que essa visão deve ser vista com temperamentos.

Deve-se considerar os conceitos de Capacidade Institucional e os efeitos sistêmicos. A capacidade institucional significa que devemos ter a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Nem sempre o juiz terá o melhor conhecimento técnico e aprofundado sobre determinado assunto. E isso acarreta no efeito sistêmico, pois o magistrado quando determina a realização de uma política pública, por exemplo, o deferimento de tratamentos no exterior ou o oferecimento de medicamentos gratuitos, pode por em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos. O juiz não dispõe, na maioria das vezes, das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos

⁷¹Dados retirados do site oficial do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalJurisprudencia&idConteudo=224207>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Dessa forma, um novo caminho foi criado, para dirimir a falta de protagonismo das políticas públicas governamentais e no efeito da judicialização da vida, que é o instituto do Usucapião Extrajudicial, desenvolvido pela Lei 11.977, de 07 de julho de 2009. A criação dessa forma de aquisição da propriedade foi uma medida que teve extrema valia para a aplicabilidade e efetividade do direito à moradia. Foi retirada da esfera judicial a tutela e garantia de direito social tão relevante. Essa Lei trazia um capítulo inteiro tratando sobre a regularização fundiária em área urbana, dos seus artigos 46 a 71. Em seu artigo 56, ela dispunha sobre o poder público ser o responsável pela regularização fundiária de interesse social e que por isso deverá lavrar auto de demarcação urbanística, com base no levantamento da situação da área a ser regularizada e na caracterização da ocupação⁷². Após o projeto de regularização fundiária, há a submissão do parcelamento decorrente de projeto contido no Art.51 a registro; depois há a concessão, pelo poder público, do título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados e decorridos 5 anos do registro do título de legitimação de posse, há a possibilidade de seu detentor requerer ao oficial registrador a conversão deste título em registro de propriedade, tendo em vista sua aquisição por usucapião, de acordo com o Art. 183 da Constituição.

No entanto, mesmo após diversas lutas e conquistas históricas na seara do direito à moradia nos últimos 20 anos, no final do ano de 2016, foi editada a Medida Provisória 759 que trouxe um retrocesso social imensurável na questão da proteção aos direitos sociais habitacionais. Essa MP trouxe a possibilidade de regularização fundiária sem o acompanhamento da devida infraestrutura básica, como luz, água, esgoto e pavimentação, um cenário extremamente prejudicial para as pessoas que vivem nas periferias das grandes cidades. Além disso, ela revogou todo o capítulo da regularização fundiária de assentamentos urbanos da Lei 11.977/2009. A MP 759 rompe com vários regimes jurídicos de acesso à terra, construídos com participação popular. Ela também promove a liquidação do patrimônio da União e coloca em risco a Floresta Amazônica. A MP 759 foi editada sem consulta pública às

⁷²COUTINHO, R. (Org.); BONIZZATO, Luigi (Org.). Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano - 2ª Edição - Revista, ampliada e atualizada. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 65-79.

populações atingidas, sem diálogo com os diversos segmentos que compõe o Conselho Nacional das Cidades, bem como o Ministério Público e a Defensoria Pública, sem ouvir os movimentos sociais, sem ouvir profissionais multidisciplinares da União, Estados e Municípios que trabalham com as políticas de regularização fundiária rural e urbana.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo permitiu a análise da história da implementação do direito à moradia como um direito social humano e sua consequente positivação na Constituição brasileira, que o tornou um direito pleiteável na esfera jurídica. Dessa forma, houve a compreensão da importância da habitação na efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois foi verificado que não existe vida digna sem infraestrutura, saneamento e equipamentos comunitários, ou seja, a ideia do pertencimento do indivíduo à algum lugar onde ele possa “demorar”. Então, foi possível avaliar a forma de efetuação desse direito na realidade social de nosso país através da verificação das políticas públicas já adotadas e as aplicadas atualmente; e, se esses atos administrativos realmente trouxeram alguma concretização do direito à moradia aos indivíduos de classes sociais mais baixas.

De um modo geral, foi permitido perceber a insuficiência das políticas públicas na efetivação total do direito social à moradia, visto que os maiores programas governamentais não conseguiram abranger o cerne da questão fundiária e da desigualdade na distribuição e regularização dos assentamentos urbanos para fins de moradia. Esse déficit habitacional foi demonstrado através das diversas escolhas feitas no decorrer da história brasileira que consolidou cada vez mais as desigualdades habitacionais. Foram avaliados os programas efetuados pelos governos para garantir o direito à moradia e seu grau de efetividade na sociedade, através de um relatório divulgado pela Secretaria Estadual de Habitação do Rio de Janeiro e pesquisas das ações realizadas pela administração pública federal e municipal.

Apesar de estar consolidado o entendimento que o direito social à moradia é um direito postulável na esfera jurídica e administrativa, é importante ressaltar, que, após a análise das políticas públicas habitacionais e seus resultados através da história brasileira, foi possível perceber que a sua efetividade não foi plena ou satisfatoriamente exercida porque essa pauta nunca foi prioridade em nenhuma gestão do país. Qualquer crise econômica, ou déficit orçamentário nas contas públicas é causa válida para o cancelamento de programas que davam oportunidades de moradias às pessoas de menor poder aquisitivo. Além disso, a falta de fiscalização no cumprimento da entrega das casas aos que realmente precisam e o descumprimento com deveres objetivos, tais quais, o pagamento do aluguel social às vítimas de catástrofes naturais e a não adequação dos programas de financiamento aos verdadeiros

destinatários constitucionais, aumentam a estatística de falha na execução da democratização do espaço urbano. Outro aspecto para o insucesso das ações governamentais voltadas à regularização fundiária é a usurpação da verdadeira finalidade desses programas que deveria ser sempre o interesse social e não econômico.

Nota-se através dos livros utilizados na pesquisa e nas legislações, tais como a Lei 11977/2009 (Programa Minha Casa, Minha Vida) e a posterior Medida Provisória 759, que a alterou, que é dividido o conceito de titulação e de infraestrutura, pois não satisfaz a necessidade de um indivíduo que carece de moradia apenas o título de propriedade, ou seja, é necessário que o projeto de regularização fundiária passe por tópicos como saneamento básico, arruamento, equipamentos comunitários, equipamentos urbanos e outros detalhes. Então, evidentemente, a solução não se encontra em apenas “dar o papel”, é necessário por em prática todos os requisitos básicos para uma moradia adequada. O alto de regularização fundiária deve ser mostrado, o Projeto Aprovado de Loteamento deve ser apresentado e levado para o registrador para que possa transformar a posse em propriedade. A legislação de regularização fundiária é enorme e analítica, portanto dificulta a leitura e o conhecimento de seus dispositivos.

Dada à importância do tema, torna-se necessário o desenvolvimento de projetos governamentais que visem à garantia do direito à moradia, através de um viés do interesse social, que deve ser tratado com a máxima prioridade, devido ao aumento expressivo de pessoas que não tem um lar para morar atualmente. Dessa forma, a produção acadêmica sobre a habitação e o direito à moradia torna-se gradativamente maior, chamando atenção às necessidades essenciais de nossa população.

Portanto, a efetuação do direito à moradia e a regularização fundiária é um instrumento de contenção de violência, com um aspecto vinculado aos direitos humanos e que pode nos amparar muito socialmente e, inclusive, economicamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 511-512.

ARAGÃO, Indira Alves. O artigo 6º da Constituição Federal e sua Efetivação. Disponível em <<https://pt.scribd.com/doc/101769651/O-artigo-6%C2%BA-da-constituicao-federal-e-sua-efetivacao>>. Acesso em 10 abr. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2010.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. (Syn)Thesis (Rio de Janeiro), v. 5, p. 23-32, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. 26ª Ed , Malheiros: 2011. pp. 652/653.

_____. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

BONIZZATO, Luigi. *Constituição, Democracia e Plano Diretor, sob o influxo dos direitos sociais e de liberdade, políticas estatais e institucionais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. v. 1. 265p .

_____. *Propriedade Urbana & Direitos Sociais*. 2ª edição. Curitiba: Editora Juruá, 2015.

BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. op. cit., p. 5.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.140.

_____, 1993. apud. GARCIA, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14279-14280-1-PB.htm>>. Acesso em 06/04/2017.

CARNELUTTI, Francesco. *Note critiche intorno ai concetti di domicilio, residenza e demora nel diritto positivo italiano*, *Archivio Giurídico*, v.75 – 4º da 3ª série, 1905, p. 396-04.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 436.

CHIRONI, G. P. ABELLO, L. *Trattato di diritto civile italiano*, 1904, v. 1 e único, p. 237-238. Apud J. M. de carvalho Santos, coadjuvado por José de Aguiar Dias, *Repertório enciclopédico do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Borsoi. v. 25, [1947-55]. p. 11.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. “O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.388.

COUTINHO, R. (Org.); BONIZZATO, Luigi (Org.). *Direito da Cidade: novas concepções sobre as relações jurídicas no espaço social urbano - 2ª Edição - Revista, ampliada e atualizada*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. v. 1. p. 65-79.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, nota ao art. 31 do CC/1916.

GARCIA, Nei Comes. “Cláusulas pétreas – Direitos sociais”. Porto Alegre, RS: 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14279-14280-1-PB.htm>>. Acesso em 06/04/2017.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, op. cit., p. 170 e 208.

HOLZ, Sheila y MONTEIRO, Tatiana Villela de Andrade. *Política de habitação social e o direito a moradia no Brasil. Diez años de cambios en el Mundo, en la Geografía y en las Ciencias Sociales, 1999-2008*. Actas del X Coloquio Internacional de Geocrítica, Universidad de Barcelona, 26-30 de mayo de 2008. Disponível em: <<http://www.ub.es/geocrit/xcol/158.htm>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Justiça, Identidade e Liberdade*. Op. cit., p. 209.

LUFT, Rosangela M. . *Políticas Públicas Urbanas: premissas e condições para a efetivação do direito à cidade*. 1a. ed. Belo Horizonte: Forum, 2011. v. 1. 220p .

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES, Rafael de Sá. *A Soma e o Déficit: a decisão do STF no caso Vila Soma e o direito à moradia*. Justificando, São Paulo, 21 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2016/01/21/a-soma-e-o-deficit-a-decisao-do-stf-no-caso-vila-soma-e-o-direito-a-moradia/>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*; 13a ed.; São Paulo: Atlas, 2003, p. 333-4.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. *Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro*.
[<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf>]

_____. *Direito Fundamental à Moradia*. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

O Direito à Moradia nos Sistemas Nacional e Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, tese apresentada no 1º Encontro Brasileiro de Direitos Humanos, no Grupo de Trabalho: "Moradia, Educação e Saúde: Papel do Estado (essencial ou residual)?", realizado na Pontifícia Universidade Católica-SP, em dezembro de 1999.

PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. In: Ricardo Hermany (org). Gestão local e políticas públicas. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 172-177.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado..., p. 66.

SADER, Eder. Quando Novos Personagens Entraram em Cena. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

SAKO, Emília Simeão Albino e HACKRADT, Hermann Araújo. Direitos Sociais – Cláusulas Pétreas. Revista TRT – 9ª R, Curitiba, v. 27, junho/2002.

SANTOS, Angela Moulin S. Penalva; MEDEIROS, Mariana Gomes Peixoto; LUFT, Rosangela Marina. Direito à Moradia: Um Direito social em Construção no Brasil – a experiência do aluguel social no Rio de Janeiro. Disponível na Revista Eletrônica do IPEA: <<http://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/548/390>>. Acesso em 18 de abril de 2017.

SARAIVA, Paulo Lopo. A soberania popular e as garantias constitucionais. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). O Direito Achado na Rua, op. cit., p. 142.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. (Arquivos de Direitos Humanos, v. 4).

_____. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em 04 abril 2017.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 17.

SAULE JÚNIOR, Nelson; RODRIGUEZ, Maria Elena. Direito à Moradia, op. cit., p. 111 e 112.

SILVEIRA, José Néri da. “A Reforma Constitucional e o Controle de sua Constitucionalidade”, op.cit., p. 207. Em sentido similar, v. também ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. “Constituição e Mudança Constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional”, op. cit., p. 176.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. Direito à Moradia e de Habitação. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 104-112.

STRECK, Lenio Luiz. Cuidado: o canibalismo jurídico ainda vai gerar uma constituinte. Revista Eletrônica Consultor Jurídico, Rio de Janeiro, 09 de junho de 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-09/senso-incomum-cuidado-canibalismo-juridico-ainda-gerar-constituente>>. Acesso em 10 de abr. 2017.

_____; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Ciência Política & Teoria do Estado. 8ª ed. rev. E atual. - Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.