UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

DANDARA CORDEIRO DE OLIVEIRA FERNANDES

**O DIREITO À MORADIA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS SOCIAIS: OS
REFLEXOS DA INEFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS
NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

NATAL/ RN

2018

DANDARA CORDEIRO DE OLIVEIRA FERNANDES

**O DIREITO À MORADIA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS SOCIAIS: OS
REFLEXOS DA INEFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS
NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

Dissertação a ser apresentada à banca examinadora do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob orientação do Prof. Doutor Erick Wilson Pereira, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Constitucional.

NATAL/ RN

2018

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN
Sistema de Bibliotecas - SISBI
Catalogação de Publicação na Fonte. UFRN - Biblioteca Setorial do Centro Ciências Sociais Aplicadas - CCSA

Fernandes, Dandara Cordeiro de Oliveira.

O direito à moradia sob a perspectiva dos direitos sociais: os reflexos da inefetividade das políticas públicas habitacionais na atuação do poder judiciário / Dandara Cordeiro de Oliveira Fernandes. - 2018.
143f.: il.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, RN, 2018.
Orientador: Prof. Dr. Erick Wilson Pereira.

1. Direito à Moradia - Monografia. 2. Direitos Sociais - Monografia. 3. Mínimo Existencial - Monografia. 4. Inefetividade - Monografia. 5. Políticas Públicas - Monografia. 6. Judicialismo - Monografia. 7. Poder Judiciário - Monografia. 8. Ativismo Judicial - Monografia. I. Pereira, Erick Wilson. II. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/UF/Biblioteca do CCSA

CDU 34

A Deus, o grande mestre da verdadeira justiça.

Aos meus pais, Jorge e Soraia, meus exemplos de retidão e de amor.

Aos meus irmãos, Gabriel e Lissa, e meu amor, Pedro, meus melhores amigos e confidentes.

AGRADECIMENTOS

A todos os professores que, desde a graduação, influenciaram meu interesse pela pesquisa. Esse trabalho não seria realizado sem os ensinamentos acumulados ao longo dos anos, tendo-os como inspiração. Em especial aos professores Thiago Oliveira Moreira, Fabiano André de Souza Mendonça e Luiz Alberto Gurgel de Faria, que estimularam o aprofundamento nesta pesquisa e motivaram as minhas escolhas dentro do Direito.

Ao meu orientador, Prof. Erick Wilson Pereira, por acreditar nesse trabalho e pela confiança em mim depositada. Por todos os ensinamentos hermenêuticos que me fizeram enxergar o Direito de forma crítica, despertando a consciência da necessidade da constante busca por novos saberes. Pela amizade construída.

Ao Prof. Ricardo Tinoco de Góes, pelos enriquecedores debates levantados e por elevar o discurso habermasiano a uma máxima aplicável aos nossos dias. À Prof.^a. Cristina Foroni Consani por me apresentar uma nova proposta de justiça, através dos ideais de John Rawls. Ao Prof. Leonardo Martins, pela grata oportunidade de mais uma vez podermos discutir sobre a teoria geral dos direitos fundamentais.

Ao professor José Orlando Ribeiro Rosário e à professora Keity Saboya, pelos enriquecedores apontamentos feitos a este trabalho na oportunidade da banca de qualificação, que foram de grande valia para a conclusão do mesmo.

Aos professores, Artur Cortez Bonifácio, Maria dos Remédios Fontes Silva e Bento Herculano, com os quais tive o prazer de dividir algum momento durante esses dois anos, pelas aulas e discussões que somaram-se à minha formação e influenciaram diretamente neste trabalho. A todos os funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRN, por todo o suporte prestado, sempre com uma grande simpatia.

Aos amigos da turma do Mestrado, em especial aos da Linha de Pesquisa 2, que sempre compartilharam e agregaram valor aos mais diversos momentos vividos, contribuindo para o meu crescimento enquanto estudante e também como pessoa, tornando a vida acadêmica muito mais fácil e prazerosa.

Em especial, ao meu grande amigo orientador acadêmico e de vida, Carlos André Maciel, pelos frutíferos debates sobre Habermas, vinhos, astrologia, música, poesia e girassóis. Pelo privilégio das parcerias, pelos inestimáveis ensinamentos agregados. Pelo seu brilhantismo e sua sabedoria inspiradores. Pela sua paixão pela academia, que contagiava todos que o rodeiam. Por me ajudar a tornar possível este trabalho, por acreditar nele e, especialmente, acreditar em mim. Pela amizade construída, que ultrapassa os muros da Universidade.

À minha família, minhas amigas do G8, Ana Cláudia e Amanda, que sempre torceram e vibraram por cada passo dado e me apoiaram intensamente para a conclusão desse trabalho, sendo delas também essa conquista.

À Pedro, pelo exemplo de força e determinação. Por viver comigo meus sonhos e fazer com que eu busque ser sempre a melhor versão de mim mesma.

Aos meus irmãos, Gabriel e Lissa. Pela amizade, apoio e amor incondicionais. E minhas sobrinhas, Lia e Luísa, por despertarem em mim um olhar curioso para o mundo, com ternura e gratidão.

Aos meus pais, Soraia e Jorge, por sempre defenderem que a maior herança que podemos receber é a educação e a dignidade. Pelo exemplo de resiliência. Por não medirem esforços em prol da nossa felicidade. Por me mostrarem que, na verdade, a maior e melhor escola está no amor e que, com amor e persistência, poderemos chegar onde quisermos. Este trabalho é fruto disso, do amor deles, por eles e para eles. Do amor pelo Direito e pela vontade de se construir um mundo mais justo.

A Deus, a quem entrego todas as minhas conquistas. Pela certeza de que Ele estará sempre caminhando ao meu lado.

*Imagine all the people sharing all the world,
You may say I'm a dreamer
But I'm not the only one
I hope some day you'll join us
And the world will be as one*

John Lennon.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a análise da atuação do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas habitacionais, como um mecanismo para torná-las, de fato, efetivas, representando, também, uma forma de fiscalização e prevenção para que tais políticas sejam prestadas de forma devida pelos entes estatais. Para se chegar à conclusão dessa problemática, terá por base o processo de judicialização das políticas públicas exatamente como um reflexo dessa inefetividade, avaliando o ordenamento jurídico pátrio com enfoque no Direito Constitucional à Moradia, que deve ser resguardado pelo Estado. Trabalhará, portanto, a ideia do Direito à Moradia construído enquanto um Direito Social e, sob essa perspectiva e ante a natureza prestacional desse direito, partirá do problema da efetividade dos Direitos Sociais que leva, consequentemente, à inoperabilidade das políticas públicas habitacionais, encontrando no Judiciário um aporte para suprir as omissões e falhas estatais frente à concretização dos Direitos Sociais e do Direito à Moradia. A partir da problemática de efetividade das políticas públicas habitacionais e, consequentemente, do Direito à Moradia, pela construção da concepção de justiça baseada na equidade material de John Rawls, será levantada a hipótese de atuação do Poder Judiciário e os reflexos dessa atividade na concretização das políticas públicas, frente o crescente processo de judicialização.

Palavras-chave: Direito à Moradia. Direitos Sociais. Justiça. Mínimo Existencial. Políticas Públicas. Inefetividade. Poder Judiciário. Judicialismo. Ativismo Judicial. Limites.

ABSTRACT

This dissertation intends to analyze the performance of the Judiciary in the implementation of public habitation policies, as an effective mechanism and also check them. It will be based on the process of judicialization of public policies as a reflection of this ineffectiveness, evaluating the legal order of the country with a focus on the Constitutional Law on Habitation, which must be protected by the State. Therefore, it will work on the idea of the Right to Habitation built as a Social Law and will start from the problem of the effectiveness of Social Rights, which consequently leads to the inoperability on public habitation policies. And the Judiciary contribution to remedy state omissions and failures in the face of the realization of Social Rights and the Right to Habitation. From the problematic of the effectiveness of public habitation policies and consequently the Right to Habitation, by constructing the conception of justice based on the material equality of John Rawls, will be raised the hypothesis of action of the Judiciary Power and the reflexes of this activity in the concretization of the policies, in view of the growing process of judicialization.

Keywords: Right to Habitation. Social Rights. Justice. Minimum Existential. Public Policies. Ineffectiveness. Judicial Power. Judicialism. Judicial Activism. Limits.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	09
2. O DIREITO À MORADIA E A IDEIA FILOSÓFICA DE JUSTIÇA NOS DIREITOS SOCIAIS.....	15
2.1. A ESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO DE MORADIA	15
2.2. A BASE FILOSÓFICA DOS DIREITOS SOCIAIS NA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS	20
2.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	32
2.4. OS DIREITOS SOCIAIS E A MORADIA ENQUANTO DIREITOS DE DEFESA E DE PRESTAÇÃO	40
3. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	50
3.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL E A DELIMITAÇÃO DO SEU CONTEÚDO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	50
3.2. EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	59
3.3. A FIRMAÇÃO DO DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO SOCIAL E OS REFLEXOS NA COSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988.....	64
3.4. AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PROMOÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS E AO DIREITO À MORADIA E OS REFLEXOS DA SUA INEFETIVIDADE.....	74
4. A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À MORADIA	95
4.1. A NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO A PARTIR DO ESTADO CONSTITUCIONAL E DOA DIREITOS SOCIAIS	95
4.2. A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DE DECISÕES ESTRUTURANTES A PARTIR DA ADPF 45	103
4.3. OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETUDE DOS DIREITOS SOCIAIS	111
4.4 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À MORADIA E OS SEUS LIMITES	118
CONSIDERAÇÕES FINAIS	126
REFERÊNCIAS	130

1 INTRODUÇÃO

A moradia é um direito fundamental do indivíduo, que se traduz em um elemento essencial para a construção de uma vida digna, uma vez que a casa é considerada um asilo inviolável, por representar a base de um espaço de liberdade individual e familiar, sendo o lugar onde a vida privada e a intimidade elevam-se a sua máxima.

Nessa ótica, vê-se que o direito de morar configura a concretização dessa liberdade, compondo o mínimo existencial, que diz respeito às condições básicas necessárias para a vida de qualquer pessoa. Dessa forma, morar com dignidade é pressuposto para que se possa viver em comunidade e gozar da liberdade social, de construir uma família ou mesmo apenas de ser feliz.

Entretanto, apesar da bela conotação conferida pela Constituição Federal à moradia e todas as suas implicações no campo do dever-ser, infelizmente, na prática, não se vê como um direito de todos. Isso em razão do caráter prestacional desses direitos, que denotam uma atuação positiva do Estado para que sejam, de fato, efetivados.

Esse é o caso do Brasil, onde se observa que os Direitos Sociais não são igualmente exercidos por todos, e que o Direito à Moradia encontra-se tolhido pela desigualdade social existente no país, uma vez que o mercado privado existente não é acessível a todos. Deve ser, portanto, averiguada a necessidade da atuação direta do Estado para que esse Direito à Moradia digna seja resguardado e vivenciado por todos os brasileiros, e se, assim seria possível a proporção de um equilíbrio nas relações desiguais e hipossuficientes que existem quanto a esses Direitos Sociais.

Todavia, a previsão de políticas públicas por si só não garante a efetividade, de fato, do Direito à Moradia. E é nesse ponto onde se questiona a essencialidade do Poder Judiciário, frente à nova ordem jurídica Constitucional. O Judiciário, com o processo de redemocratização proposto pela Constituição Federal de 1988, assumiu o papel relevante de Guardião da Constituição, nesse sentir, deve-se questionar o seu real papel no processo, para que se descubra se há realmente o dever de fazer com que os preceitos constitucionais sejam respeitados e, conseqüentemente, efetivados.

Por essa hipótese, será analisado exatamente se configura um dever do Judiciário inferir nos casos de omissão ou inadimplência dos Poderes Executivo e Legislativo frente aos Direitos Sociais. E se essa atuação positiva do Judiciário deve ser analisada também sob a perspectiva constitucional, dentro dos limites por ela estabelecidos.

Esse será o ponto chave desta pesquisa, o de entender o papel assumido pelo Judiciário – juntamente com os outros dois poderes – na concretização dos Direitos Sociais e, em especial, no Direito à Moradia, para que este persiga sua efetividade plena, através da boa execução das políticas públicas habitacionais.

A presente dissertação trabalhará, portanto, exatamente a ideia do Direito à Moradia construído enquanto um Direito Social. Sob essa perspectiva e ante a natureza prestacional desse direito, partirá do problema da efetividade dos Direitos Sociais que leva, consequentemente, à inoperabilidade das políticas públicas habitacionais, encontrando no Judiciário um aporte para suprir as omissões e falhas estatais frente à concretização dos Direitos Sociais e do Direito à Moradia.

A partir da problemática de efetividade das políticas públicas habitacionais e, consequentemente, do Direito à Moradia, pela construção da concepção de justiça baseada na equidade material, será levantada a hipótese de atuação do Poder Judiciário e os reflexos dessa atividade na concretização das políticas públicas, frente o crescente processo de judicialização.

Assim, pretende-se, com essa pesquisa, avaliar a atuação do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas habitacionais, como um mecanismo para torná-las, de fato, efetivas, representando, também, uma forma de fiscalização e prevenção para que tais políticas sejam prestadas de forma devida pelos entes estatais.

Para se chegar à conclusão dessa problemática, terá por base o processo de judicialização das políticas públicas exatamente como um reflexo dessa inefetividade, avaliando o ordenamento jurídico pátrio com enfoque no Direito Constitucional à Moradia, que deve ser resguardado pelo Estado. E para uma melhor estruturação, o trabalho será dividido em três capítulos de desenvolvimento.

No primeiro capítulo – a partir de obras do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito –, será tratada a estruturação do conceito de Direito à Moradia, onde será desenvolvida a ideia de que a moradia vai além de um “simples teto” que resguarde a integridade física. Conjugando um complexo de outros direitos que, juntos, compõem a ideia do mínimo existencial, fundamental para a persecução de uma vida digna, com fulcro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Assim, será mostrado que o Direito à Moradia eleva-se a um direito de extrema importância tanto para o ordenamento jurídico como para a afirmação social.

Dessa construção, partir-se-á para a afirmação do conceito de justiça, a partir da base filosófica de John Rawls, com a justiça distributiva e os ditames da justiça social. Isso

porque, assim como o direito, a concepção de justiça é dinâmica e deve acompanhar os anseios da sociedade em comento.

E, diante das crescentes questões de cunho social, demonstrar-se-á que Rawls desenvolveu um senso de justiça que tem por premissa o alcance da igualdade material, onde os iguais devem ser tratados de forma igual, e os desiguais de forma desiguais. Elevando o caráter prestacional do Estado a uma parte integrante fundamental para que seja alcançado esse ideal de justiça, e não como um mero assistencialismo.

Assim, restar-se-ão as políticas públicas um como meio para que os direitos sociais sejam efetivados e o mínimo existencial seja garantido a todos. E, ante essa característica, será analisada a estruturação dos Direitos Sociais, nas suas facetas negativa a positiva, bem como os elementos inerentes ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e ao Mínimo Existencial, estruturantes do Direito Social que será aqui abordado.

Dessa perspectiva, partir-se-á, no segundo capítulo, de considerações acerca da institucionalização do Direito à Moradia enquanto um Direito Social, através do seu reconhecimento e positivação tanto no âmbito internacional como no plano interno. Será feito o seu desenvolvimento histórico no ordenamento jurídico brasileiro, até a sua positivação expressa no texto constitucional brasileiro em 2000, com a Emenda Constitucional número 26.

Em contrapartida a essa recente positivação, a moradia possui um largo alcance e, em razão de seu caráter prestacional, demanda atuações positivas do Estado para que se concretize. Assim, serão analisados os problemas da efetividade dos Direitos Sociais e do Direito à Moradia, e as consequências da má implementação das políticas públicas, tanto no campo social como no ordenamento jurídico brasileiro.

Para ilustrar os reflexos da não concretização devida de políticas públicas habitacionais, serão observados alguns julgados que mostrarão a interferência do Poder Judiciário, que acaba concretizando não apenas o direito individual à moradia reclamado judicialmente, mas a política pública como um todo, por proferir decisões que interferem no modo de atuação do ente estatal responsável pela persecução dessas políticas. Serão trazidos como exemplo casos de vícios construtivos no Programa Minha Casa Minha Vida, que acabam cobrindo o Judiciário com diversas demandas, que se torna um aporte para que tais direitos sejam de fato não só resguardados, mas também efetivados.

Nessa segunda etapa, portanto, será avaliado o Direito à Moradia e os problemas da sua eficácia e, conseqüentemente, da operabilidade de suas políticas públicas. Em seguida, em razão da problemática proposta da operabilidade dos Direitos Sociais e, em específico,

do Direito à Moradia, pela má execução das políticas públicas habitacionais, o último capítulo reservar-se-á a avaliar o papel da jurisdição na persecução desses direitos.

Será levantada a questão de que a transformação das exigências sociais mudou também a função da justiça no novo ordenamento constitucional, que passou a atuar de forma mais ativa, para que juntos, os três Poderes, possam garantir e efetivar os direitos e garantias constitucionalmente resguardados a todos os cidadãos.

Para tanto, será feita uma análise da nova concepção de jurisdição, instituída a partir da ideia de Estado Constitucional de Direito e das prerrogativas dos Direitos Sociais. Bem como a aproximação entre o Direito Processual e o Direito Constitucional, com a chamada constitucionalização do processo, para se chegar à função do juiz no processo – de mero reprodutor e aplicador da lei para um novo patamar, de conferir um sentido constitucional às leis.

Também será avaliada a ideia de que o acesso à justiça, nessa nova ordem constitucional, abriu as portas para que a judicialização representasse um meio de se garantir direitos omitidos ou negligenciados pelo Poder Público, para uma ordem de valores de participação social. E de que não se trataria, portanto, de uma usurpação de competências ou de ferimento ao princípio da separação dos poderes.

Para isso, será analisado o processo de surgimento da judicialização dos Direitos Sociais, que começou, principalmente, por razão de um sistema deficitário que não tornou efetiva a prestação social a toda a população. Nessa perspectiva, será levantada a questão do Judiciário como mais um mecanismo para que se dê efetividade aos Direitos Sociais, garantindo o mínimo existencial que restabeleça a situação de justiça, nos casos em que houver omissão ou inadimplência do Executivo e do Legislativo. Bem como os limites que a ele devem ser impostos.

Assim, por fim, para poder se chegar à hipótese da problemática proposta, da atuação do Judiciário como um aporte para a persecução de políticas públicas, pelo processo de judicialização das mesmas, a pesquisa pautar-se-á além das doutrinas de Direito Constitucional, também nas de Direito Processual Civil, que tratam dos institutos da jurisdição, acesso à justiça, do processo de judicialização e das consequências e limites do ativismo judicial.

A utilização do método teórico descritivo, hipotético-dedutivo, bibliográfico e dissertativo-argumentativo contribui para a inferência das conclusões e induções a serem esposadas, bem como a possível utilização de pesquisa de campo para se averiguar as demandas judiciais existentes nos casos propostos pelo tema do trabalho.

Desse modo, para alcançar o objetivo proposto, a construção da pesquisa será pautada na fundamentação doutrinária quanto à efetivação do Direito à Moradia, através de doutrinas gerais de Direito Constitucional, com foco na temática do Direito à Moradia e políticas públicas, da Filosofia do Direito, do Direito Processual Civil e de outros ramos do Direito, bem como em artigos científicos, dissertações as quais possuam relação direta e indireta com o tema em análise, além da coleta de dados em órgãos jurídicos.

Agregados à da análise de cartilhas do Ministério das Cidades, de Fichas Informativas sobre Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas, bem como entendimentos jurisprudenciais que exemplifiquem o crescente número de ações no Judiciário com demandas atinentes ao Direito à Moradia e às políticas públicas, e coletas de dados em órgãos jurídicos. Assim, os objetivos inicialmente propostos poderão ser perquiridos, levando a um trabalho que poderá contribuir para o debate jurídico e social.

2 O DIREITO À MORADIA E A IDEIA FILOSÓFICA DE JUSTIÇA NOS DIREITOS SOCIAIS

O Direito Social à moradia só foi positivado expressamente no texto constitucional com a edição da Emenda Constitucional 26, de 14.02.2000. Entretanto, mesmo antes da sua incorporação direta, já era tido por doutrinadores e em entendimentos jurisprudenciais como um direito fundamental implícito, uma vez que, segundo os dizeres de Ingo Sarlet, é elemento essencial para uma vida digna, estando intimamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana¹, que norteia não só o ordenamento jurídico interno como o externo².

Esse Direito Social sempre esteve, portanto, presente no constitucionalismo brasileiro, através do direito da dignidade da pessoa humana³, e por ser já consagrado no âmbito internacional, em diversos tratados, convenções e declarações internacionais de direitos humanos⁴, dos quais o Brasil é signatário.

¹ Quanto à dignidade da pessoa humana, pode-se destacar o conceito dado por Ingo Sarlet, que relata ser “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qual ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62).

² SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 587.

³ Importante ressaltar que, na doutrina, são destacadas certas diferenças quanto ao uso dos termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, embora muitas vezes sejam utilizados como sinônimos, conforme entende Leonardo Martins (DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 45). Entretanto, no contexto do explicitado, faz-se necessária a distinção entre tais terminologias e, no entendimento de Ingo Sarlet, “Tal distinção – em que pese outros possíveis fundamentos – já encontra sua razão de ser na existência de diversos planos ou esferas de positivação, notadamente na constatação – chancelada por expressiva doutrina – de que o termo direitos fundamentais aplica-se para aqueles direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guarda relação com documentos de direito internacional, por referir-se ‘aquelas posições jurídicas que se atribuem ao ser humano como tal (hoje já reconhecendo-se a pessoa como sujeito de direito internacional), independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, por tanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**: na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

⁴ Fontes jurídicas do direito a uma habitação condigna no direito internacional relativo aos direitos humanos: o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979); a Convenção sobre os Direitos da Criança (de 1989); a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951); a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias (1990); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e na sua Resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948; a Declaração dos Direitos da Criança (1959); a Recomendação 115 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o alojamento dos trabalhadores (1961); a Declaração sobre Progresso e Desenvolvimento Social (1969); a Declaração de Vancouver sobre

Entretanto, apesar da sua consagração já consolidada tanto no direito interno como no direito externo, deve ser feito um aprofundamento no que diz respeito à sua efetivação. Isso porque, por se tratar de um Direito Social, reclama a necessidade de promoção e defesa pelo Poder Público.

Assim, para se entender o quanto pode ser exigido do Estado para que o Direito à Moradia tenha efetividade – não apenas no ordenamento jurídico, mas também no campo social – deve-se fazer um apanhado acerca da construção histórica e doutrinária do conceito de moradia e da sua aplicabilidade, bem como da afirmação dos Direitos Sociais e dos seus limites.

Além disso, importante ressaltar que os direitos fundamentais são o suporte básico de um Estado democrático de Direito, por serem um meio para resguardar as pluralidades, e também por estruturarem uma sociedade igualitária tanto no campo social como político. A efetivação desses direitos garante as condições mínimas para se viver uma vida digna em sociedade, respeitando as diferenças mas trabalhando com condições iguais a todos.

Assim, entender também a afirmação do conceito de justiça e suas implicações no Estado são fundamentais para se chegar aos conceitos jurídicos de dignidade humana, de direitos fundamentais, Direitos Sociais e, conseqüentemente, do Direito à Moradia, cerne desta pesquisa.

Portanto, partir-se-á da construção do conceito de moradia, a partir da sua estruturação enquanto um Direito Social, bem como da sua evolução histórica, para que possa ser delimitada a sua sistemática na Constituição Federal brasileira vigente. Arelada, também, a uma ideia filosófica sobre justiça, que confira um suporte de filosofia política e social à base dos direitos fundamentais e do Estado democrático de Direito.

2.1 A ESTRUTURAÇÃO DO CONCEITO DE MORADIA

A ideia de moradia foi sendo constituída ao longo da história da humanidade, onde desde as primeiras interações sociais do homem, buscou-se abrigo em lugares que resguardassem a integridade física e proporcionassem o descanso. Com o passar do tempo, o

Estabelecimentos Humanos (1976); a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986); bem como diversas resoluções das Nações Unidas, que reconheciam a necessidade de uma habitação condigna e o Direito à Moradia como um direito humano. (Fichas Informativas sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Ficha Informativa número 21, *O Direito Humano a uma Habitação Condigna*. p. 38-47. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_21.pdf>. Acesso em junho de 2018).

asilo foi ganhando uma proporção ainda maior dentro do campo social, passando de um simples recanto de acolhimento para tornar-se o alicerce da individualidade humana.

A moradia passou a assumir, portanto, um caráter essencial para a vida em sociedade, projetando-se para a seara das Ciências Jurídicas, fazendo parte do rol dos Direitos Sociais, enquanto um direito fundamental e humano. Não se trata, portanto, apenas da análise de uma residência, de um “simples teto”, uma vez que “quando moramos expressamos nossas identidades, construímos um modo de viver”⁵.

A moradia deixou de resguardar apenas a proteção humana, passando a perfazer um elemento fundamental para que possa ser alcançada a dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de um direito natural do homem, essencial para que se garanta a sobrevivência digna de todos – como a saúde, a vida e a liberdade⁶.

Assim, no campo jurídico, houve uma preocupação para que tal direito fosse efetivamente declarado – para que assim pudesse ser devidamente resguardado. Nesse intento, o art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, e o art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, previram de forma indireta a garantia de uma moradia digna, estabelecendo padrões mínimos para tal⁷.

Tais dispositivos consagraram a ideia de que o Direito à Moradia configura um direito fundamental humano, devendo, portanto, ser não apenas resguardado em todos os textos constitucionais, mas também efetivado pelos Estados e os particulares, resultando na chamada materialização do Direito à Moradia.

Mas, para que se possa entender essa construção entre o reconhecimento da moradia enquanto necessidade física e o surgimento do Direito à Moradia propriamente dito e seus desdobramentos jurídicos, é importante que seja feito um apanhado histórico sobre sua

⁵ ALVES, Maria Magdalena. **Homes de rua: aqueles que não moram**. Rio de Janeiro: Tempo e Presença, 1993. p. 14.

⁶ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Direito à Moradia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 95, 2000. p. 543.

⁷ Art. XXV: 1 – Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Art. 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Art. 11 -1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992. p. 813. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em junho de 2018.

evolução e a constituição do seu conceito jurídico. O dicionário Houaiss conceitua moradia como sendo o lugar onde se mora, uma estada habitual⁸. Todavia, já desenhou-se aqui que seu conceito vai muito além dessa definição objetiva.

Coulanges destaca que

Há três coisas que desde os tempos mais antigos se encontram conexas e firmemente estabelecidas nas sociedades grega e italiana: a religião doméstica, a família e o direito de propriedade; três coisas que mostram manifesta relação entre si em sua origem e que parece terem sido inseparáveis⁹.

A moradia tem relação direta, portanto, com todas as atividades desenvolvidas em sociedade – quando começa a existir uma ideia de organização social e o homem para de ser visto de forma isolada. Assim, a cultura e o modo de vida de uma sociedade guardam relação direta com a concepção de moradia. Nesse sentir, acrescenta Coulanges:

Por isso, a família que fica por dever e por religião agrupada em volta de seu altar, fixando-se ao solo tanto como o próprio altar. Daí a ideia de domicílio surge espontaneamente. A família está vinculada ao lar, e este, fortemente ligado à terra: estabeleceu, portanto, uma estreita relação entre o solo e a família. [...] Assim como o lar, a família ocupará sempre esse lugar. O lugar lhe pertence: é sua propriedade, e não de um só homem, mas de uma família, cujos diferentes membros devem, um após os outros, nascer e morrer ali¹⁰.

Esse conceito histórico de moradia – restrita à concepção de local físico destinado à proteção e abrigo, de desenvolvimento e agregação social – ganha uma nova perspectiva a partir de outros ramos da Ciência Social. Para a Sociologia Urbana, além da questão de sobrevivência, a moradia perfaz uma garantia de fixação urbana, que representa uma conquista, aflorando o “sonho da casa própria”¹¹.

Como uma terceira ótica – ainda na concepção da Sociologia Urbana –, a moradia se traduz na conquista de um endereço definitivo, dando estabilidade às relações sociais e interpessoais. E a quarta etapa do conceito de moradia resultaria da conclusão do processo de urbanização, passando a configurar parte econômica importante, representando, também, um crédito para os seus moradores, podendo inclusive resultar em uma fonte de renda¹².

Essa conceituação da sociologia urbanística revela uma outra faceta do direito – social e humano – à moradia, que possui também íntima relação com o desenvolvimento

⁸ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003. p. 358.

⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 66.

¹⁰ *Ibidem* p. 67.

¹¹ WILHEIM, Jorge. **O substantivo e o adjetivo**. São Paulo: Perspectiva, 1976. p. 120.

¹² *Idem*.

econômico. Já a Sociologia relaciona a morada à construção do caráter humano e da personalidade, que reflete nas relações sociais e na concepção de cidadania. Aqui, vai além da noção histórica de abrigo e de propriedade da urbanística, sendo fator fundamental para a construção da dignidade da pessoa humana¹³.

Maria Magdalena Alves complementa que “morar é instintivo. Todos os animais moram; mas para o homem moradia é mais do que abrigo e proteção. Quando moramos, expressamos nossas identidades, construímos um modo de viver”¹⁴. E, assim, devem ser proporcionadas condições mínimas para esse modo de viver. Isso porque, para que se garanta o Direito à Moradia, devem ser garantidos mecanismos que proporcionem uma vida digna.

Sob essa perspectiva, a moradia se torna um direito irrefutável e indissociável da vontade da pessoa natural, sendo, portanto, indisponível. É um bem inerente à pessoa, que se resta independente de um objeto físico para que se configure ou para que exista uma proteção jurídica. É um bem extrapatrimonial e essencial ao homem¹⁵. “Dessa forma, a moradia também é uma qualificação legal reconhecida como direito inerente ao ser humano, notadamente em face da natureza de direito essencial referente à personalidade humana”¹⁶.

Acrescenta Loreci Gottschalk Nolasco que o direito de morar representa a promoção de um mínimo necessário a uma vida decente e humana, a partir de condições mínimas para a sobrevivência. A morada é o local onde agregam-se os direitos pessoais com as exigências da vida social¹⁷.

É no âmbito da moradia onde o indivíduo desenvolve seus hábitos e particularidades, sendo a base de sua individualidade, sua intimidade. E, por isso, é o asilo inviolável do cidadão, por ser indispensável para a persecução de uma vida digna e para a afirmação da sua identidade – não podendo ser invadido ou violado, salvo casos estritamente excepcionais, previstos e permitidos legalmente¹⁸. Edward Coke consagrou essa ideia, já no século XVI, com a frase *my home my castle* – a casa de um homem é o seu castelo¹⁹. Destaca Loreci Gottschalk Nolasco que:

¹³ ALVES, Maria Magdalena. **Homes de rua: aqueles que não moram**. Rio de Janeiro: Tempo e Presença, 1993. p. 14-16.

¹⁴ *Idem*

¹⁵ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**. 2 ed. São Paulo: RT, 2008. p. 44.

¹⁶ *Idem*

¹⁷ NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008. p. 88-89.

¹⁸ No caso da CRFB/88, o art. 5º, XI trata da inviolabilidade de domicílio.

¹⁹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. Direito à Moradia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 95, 2000. p. 543-553.

Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito a sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção²⁰.

Essa percepção de moradia proporciona, portanto, mecanismos para a realização da cidadania, das liberdades e da dignidade do indivíduo, por ir além de um lugar de refúgio, representando o local de integração com a intimidade, com a família, a sociedade, o País e a noção de espaço mundial como um todo²¹.

A Agenda Habitar II, datada de 1996, traz o conceito de moradia em seu capítulo II, parágrafo 43, instituindo como moradia adequada aquela que traz:

Adequada privacidade, adequado espaço, acessibilidade física, adequada segurança, incluindo segurança de posse, durabilidade e estabilidade estrutural, adequada iluminação, aquecimento e ventilação, adequada infraestrutura básica, bem como o suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, e adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível²².

Nesse sentir, Gazola destaca que uma moradia digna vai além do abrigo e do espaço físico, representando a construção de um espaço humano e psicológico²³. A manifestação das Nações Unidas declarou que “o direito a viver com dignidade não pode ser realizado a menos que a satisfação de todas as necessidades básicas da vida – trabalho, alimentação, habitação, cuidados de saúde, educação e cultura – seja garantida a todos, em condições adequadas e em igualdade de circunstâncias”²⁴.

Configura-se, assim, como um composto de diversos direitos que pairam ao seu redor, uma vez que tanto a legislação nacional como a internacional o entendem não como direito à simples moradia, mas a uma moradia digna.

²⁰ NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008. p. 88.

²¹ PAGANI, Eliane Adelina. **O direito de propriedade e o Direito à Moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o Direito à Moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 122.

²² UEMURA, Margareth Matiko; SAULE JÚNIOR, Nelson; UMM, **União dos movimentos de moradia**. Agenda Habitat: Resultados da Conferência de Istambul em junho de 1996. Nossos direitos e propostas. PESSINA, Leonardo; SAULE JUNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel; Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional - FASE – SP, Instituto Pólis, (orgs.) 1997. Disponível em: <<http://polis.org.br/publicacoes/agenda-habitat-resultados-da-conferencia-de-istambul-em-junho-de-1996-nossos-direitos-e-propostas/>> Acesso em: junho de 2018. p. 5

²³ GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna: teoria e prática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.114.

²⁴ NAÇÕES UNIDAS. O Comité dos Direitos Económicos Sociais e Culturais. Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995/2004. **Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos** n. 16. rev. 1, out. 2008. Trad. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Edição original impressa nas Nações Unidas, Genebra jul. 1991. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_16.pdf> Acesso em: junho de 2018. p.3.

Parte, portanto, da própria essência do Direito à Moradia sua definição enquanto um Direito Humano Fundamental, com baila no princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial – para a garantia de uma vida digna –, sendo um elemento essencial para a persecução desses direitos.

Essa necessidade de garantia social, por parte do Estado, surgiu no fim do século XIX, quando começou a haver uma contestação ao Estado Liberal burguês, fazendo com que a sociedade atentasse, agora para questões de reconhecimento dos direitos econômicos e sociais²⁵. Passou-se a buscar assegurar direitos que garantissem essa ideia essencial ao indivíduo, fazendo com que o Estado passasse a ter um comportamento ativo para perseguir a justiça social, garantindo direitos básicos que possibilitem essa vida digna.

Segundo Behring & Boschetti, “o surgimento das políticas sociais foi gradativo e diferenciado entre os países, com base nos movimentos e organizações reivindicatórias da classe trabalhadora e na correlação de forças no âmbito do Estado”²⁶.

Entretanto, para melhor desenvolver a ideia do mínimo existencial – componente fundamental do conceito e estruturação do Direito à Moradia –, necessário se faz entender a percepção de justiça que levou à construção desse conceito e à nova concepção de dignidade da pessoa humana. A partir da perspectiva da justiça distributiva e social na firmiação dos Direitos Sociais e da atividade prestacional do Estado para a consagração destes e, consequentemente, do Direito à Moradia.

2.2 A BASE FILOSÓFICA DOS DIREITOS SOCIAIS NA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS

Os princípios da justiça distributiva regulamentam a função social exercida pelo Estado, pois por meio desta, temos uma perspectiva de justiça a partir da participação equânime de toda a sociedade na construção do bem comum. Busca-se, através desses princípios, respostas satisfatórias ao impasse existente entre a necessidade de distribuição dos recursos públicos pelos Poderes frente às necessidades individuais e coletivas.

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

²⁶ PIANA, Maria Cristina. **As políticas sociais no contexto brasileiro: natureza e desenvolvimento**. In: A construção do perfil do assistente social no cenário educacional [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/vwc8g/pdf/piana-9788579830389-02.pdf>> Acesso em: junho de 2018. p. 29.

Esse é um problema característico do Estado democrático de direito e cada vez mais frequente, ante a diversidade de exigências sociais, que demandam cada vez mais uma atuação estatal efetiva. É exatamente a natureza intervencionista do Estado moderno – mesmo que em graus diferentes dependendo da situação político-cultural e econômico de cada sociedade – que leva a essa dificuldade de otimização do direcionamento dos gastos públicos, pelo seu caráter prestacional quanto ao bem-estar da coletividade²⁷.

Aristóteles conceitua a justiça distributiva como aquela que “intervém na distribuição das honras, ou das riquezas, ou de outras vantagens que se repartem entre os membros da comunidade política”²⁸. Começou-se, portanto, a discussão do que seria realmente justo. E com o passar do tempo e as diferentes aspirações de cada sociedade, esse conceito acabou absorvendo a identidade do momento histórico a qual se buscava empregar a justiça.

Assim, com a ascensão do Estado Liberal, e das necessidades de afirmação de direitos de liberdade, esse entendimento firmado por Aristóteles deu passagem para a ideia de justiça natural, culminando com o pensamento individualista e os princípios de atuação negativa estatal, como garantia do defendido lema de liberdade, igualdade e fraternidade, respondendo aos anseios da época.²⁹

Entretanto, a falha da livre iniciativa e do mercado em assegurar uma distribuição adequada dos bens para a sociedade como um todo, fez surgir a proposta moderna de justiça distributiva, imprimindo os novos desejos de uma sociedade que outrora clamava apenas por liberdade. Nesse diapasão, com a emergência do Estado Social, os Poderes estatais passaram a ser os principais operadores desse conceito de justiça, em razão da necessidade de sua intervenção para a garantia de direitos igualitários a todos.

A justiça começou a ser vista como a necessidade de se garantir um mínimo existencial, com distribuição e redistribuição de recursos materiais para se chegar à almejada igualdade através da intervenção estatal³⁰. Entretanto, existem duas faces para o mesmo conceito, pois ao mesmo tempo em que a justiça passou a clamar pela intervenção do Estado, ela também é garantia para que não se ultrapassem os limites da liberdade já alcançados e que, ao mesmo tempo, garanta os mínimos direitos a todos.

²⁷ HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 178, n. 45, 13 ago. 2008. p. 337-338.

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Justiça distributiva: social, política e fiscal. In: **Revista de Direito Renovar (RDR)**. n. 1. Rio de Janeiro, Jan./Abr, 1995b. p. 99

²⁹ HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 178, n. 45, 13 ago. 2008. p. 338.

³⁰ FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9.

Todavia, essa é uma proposta bastante recente de justiça. Pensadores como Marx e outros contemporâneos da sua época, não defendiam essa atuação mais ativa do estado na redistribuição de renda. Para eles, apenas os que realmente não tivessem condições de trabalhar mereceriam o benefício concedido pelo Estado. Não era, portanto, visto como uma questão de justiça, mas sim como benefício, como um dever moral do Estado em ajudar os desafortunados³¹. O conceito de justiça não se fundia à ideia de intervenção do Estado para proporcionar uma redistribuição de renda e se alcançar um equilíbrio social.

John Rawls, a seu tempo – desde os anos de 1950 e 60, foi precursor na ideia de uma justiça a partir dessa equidade, através da justiça procedimental, com um contrato social³². Trouxe a visão filosófica e política ao direito individual e ao bem-estar social, ainda não explorados nessas áreas teóricas. Até então, o marco histórico dessa evolução da necessidade do mínimo existencial ao homem havia sido a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, que incluiu certos direitos pontuais – como direitos ao seguro social, aos bens econômicos, sociais e culturais usando a expressão “indispensáveis à dignidade de cada pessoa e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”³³.

Entretanto, a existência declarada de tais direitos não assegurou o apoio político e econômico dos Estados, que não traziam um aparato legal de garantia aos mesmos. Assim, com a Teoria de Justiça de Rawls, houve uma mudança da perspectiva filosófica do conceito de justiça, dominada anteriormente pela oposição à redistribuição de riquezas do século XIX e início do século XXI, trazendo agora como dever do Estado proporcionar o mínimo existencial a todos³⁴.

Rawls, sob essa nova ótica da justiça, trouxe as respostas à teoria do Contrato Social de Kant. De acordo com Michael Sandel, a perspectiva kantiana fundamenta o conceito de justiça em um contrato social imaginário³⁵. Isso porque os princípios de justiça não podem se basear na conveniência das comunidades. Assim, para Kant, a simples elaboração de um contrato social, como uma Constituição, pela população, não faz dela justa³⁶.

³¹ *Ibidem* p. 120.

³² RAWLS, John. **Uma Teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.p. 127.

³³ Arts. 22, 23 e 25 da Declaração Universal.

³⁴ HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 178, n. 45, 13 ago. 2008. p 339.

³⁵ Diferente do que trouxeram pensadores anteriores que já discutiam a ideia de contratos sociais, porém de cunho real, efetivos entre as pessoas para decidirem os princípios que iram formar um governo legítimo, como Locke. (SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016 .p. 172)

³⁶ *Idem*.

Entretanto, ressalta que, apesar dessa inovação no ideal do justo, não houve a delineação concreta de como seria esse contrato imaginário e em quais conceitos de justiça ele resultaria. Kant limitou-se apenas a chamá-lo como uma “teste de legitimidade de todas as leis públicas”³⁷, que representaria uma ideia de razão com um certo condão prático, uma vez que serviria de padrão a ser seguido pelo legislador, que criaria as leis como se tivessem sido planejadas pela vontade coletiva³⁸.

O mote da Teoria da Justiça rawlsiana é exatamente o fato de o consenso original ter por objetivo os princípios da justiça que fundamentam uma sociedade³⁹. Esses princípios – derivados de uma situação hipotética inicial – devem, portanto, ser o norte de todas as situações fáticas posteriores.

Temos, com isso, a resposta da indagação que surgiu a partir do contrato social de Kant, de como um acordo hipotético poderia retratar a moral, trazer a concepção de justiça para um acordo real. Em sua teoria, Rawls “argumenta que a maneira pela qual podemos entender a justiça é perguntando a nós mesmos com quais princípios concordaríamos em uma situação inicial de igualdade”⁴⁰. Desse modo, para Rawls, o contrato social é um acordo hipotético firmado por pessoas em uma posição original de equidade⁴¹.

Com a hipotética da “posição original”, Rawls inova ao trazer a premissa de que não há um conceito prévio de justo. O conceito de justiça seria estabelecido pelos procedimentos derivados da condição dessa posição original. Por ela, os representantes revestidos pelo véu da ignorância escolheriam os princípios de justiça que levariam a uma justiça procedimental pura, uma vez que desconhecida a posição original que ocupariam, qualquer que fosse o resultado seria justo. Por isso seria um princípio variável, mas que, por seguir esse procedimento puro, acabaria sempre levando ao fundamento basilar da igualdade, liberdade e da consciência⁴².

Nos seus dizeres, destaca que:

(...) Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado ao acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso equitativo. Pois dadas as condições da posição original, a simetria

³⁷ *Idem.*

³⁸ *Idem.*

³⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12.

⁴⁰ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. .p. 177.

⁴¹ *Ibidem.* p. 178.

⁴² RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002 .CAP. 2

das relações mútuas, essa situação original é eqüitativa entre os indivíduos tomados como pessoas éticas, isto é, como seres racionais com objetivos próprios e capazes, na minha hipótese, de senso de justiça⁴³.

E quanto à posição original, complementa:

A posição original é, poderíamos dizer, o status quo inicial apropriado, e assim os consensos fundamentais nela alcançados são eqüitativos. Isso explica a propriedade da frase 'justice como eqüidade': ela transmite a idéia de que os princípios da justice são acordados numa situação inicial que é eqüitativa.⁴⁴

Assim, para se chegar ao justo, é necessária essa delimitação dos princípios de justiça pelos representantes daquela sociedade – mas não os relativos ao nosso sistema político representativo. Que tem como único princípio prévio, o da igualdade e liberdade de consciência.

Ao longo da sua obra “Uma teoria da justiça”, Rawls discorre sobre argumentos quanto à escolha desses princípios. Aponta que por serem desconhecidas as posições originais – tais como condições sociais, sexo, religião –, seriam escolhidos princípios que levariam a uma ideia de igualdade e liberdade a todos, para que os menos favorecidos da sociedade pudessem ter a melhor condição perante essa ideia do justo. Nesse sentido, Sandel ressalta que “um acordo hipotético realizado sob um ‘véu de ignorância’ (...) é uma forma pura de contrato real, portanto moralmente mais forte”⁴⁵.

O princípio da liberdade garantiria, nessa situação de posição original revestido pelo véu da ignorância, uma liberdade política, social e cultural a todos. Já o da igualdade remeteria a essa distribuição de renda e de bens, para que se garanta o mínimo existencial e uma vida digna e justa para todos os campos sociais. Não há necessidade de ser necessariamente igual, mas sim vantajosa a todos, sendo aceitas as desigualdades mas desde que resguardada essa existência digna – sendo esse o núcleo do chamado princípio da diferença⁴⁶.

Rawls, portanto, atualizou e trouxe um marco no discurso de justiça, por ter feito a transição da questão da distribuição de renda da justiça social para, também, a justiça política. Tem como proposta de sociedade a igualdade e a justiça firmadas pelas condições socioeconômicas do indivíduo, a partir de princípios que compõem a base estrutural de uma sociedade, por vantagens econômicas e sociais⁴⁷.

⁴³ *Ibidem.* p. 14.

⁴⁴ *Ibidem.* p. 14-15.

⁴⁵ SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 188.

⁴⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 65.

⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Justiça distributiva: social, política e fiscal. In: **Revista de Direito Renovar (RDR)**. n. 1. Rio de Janeiro, Jan./Abr, 1995b. p. 113.

Nessa ótica, a justiça rawlsiana, pela concepção do contrato social, deve primar pelos princípios de liberdade e igualdade. Entretanto, aceita inclusive falar-se em uma desigualdade mitigada pelo princípio da diferença, de modo a se garantir o mínimo existencial e que o menos favorecido ainda ocupe uma situação de liberdade social e política e de justiça e se garanta sua dignidade. Mudou, portanto, a perspectiva de justiça e elevou a necessidade de intervenção estatal como uma forma de se garantir o justo⁴⁸.

Todavia, é um conceito aplicado a um determinado tipo de sociedade moderna, àquela que reconheceu o homem como um ser livre, racional e igual dentro do contexto de coletivo, que prima pela vida em sociedade e cooperação social⁴⁹. Assim, a Teoria de Justiça busca as condições de equidade entre os desiguais, condicionado ao desenvolvimento social e à concepção ética social, para que assim se chegue a uma igualdade de direitos.

As ações afirmativas⁵⁰ e as políticas públicas estatais seriam uma forma concreta de garantir esse desenvolvimento social, bem como a proteção e elevação dos direitos de grupos marginalizados ou em desvantagem social. Estas seriam o meio para se chegar ao exercício pleno dos seus direitos e liberdades fundamentais.

Por conseguinte, as políticas públicas acarretam em uma integração social, por proporcionarem esse exercício de direito mais igualitário para todos. Essas políticas de ação estatal fundam-se nessa ideia de justiça distributiva – pelo condão de igualdade de benefícios, como também na justiça compensatória – como uma forma de reaver os danos sociais causados aos grupos mais desfavorecidos, em razão das discriminações sociais e das desiguais oportunidades recebidas. São artifícios que contribuem para amenizar e, quiçá, sanar com as desigualdades, elevando o conceito de isonomia a um grau superior, que vai além da igualdade formal, sendo o centro do nosso modelo atual de democracia⁵¹.

Acrescenta Boa Ventura que:

(...) temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a

⁴⁸ HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na teoria da justiça como equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 178, n. 45, 13 ago. 2008. p. 345.

⁴⁹ NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000. p. 33.

⁵⁰ O art. 2º, II, da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 1968, traz uma definição para as ações afirmativas, segundo o qual são “(...) medidas especiais e concretas para assegurar como convier o desenvolvimento ou a proteção de certos grupos raciais de indivíduos pertencentes a estes grupos com o objetivo de garantir-lhes, em condições de igualdade, o pleno exercício dos direitos do homem e das liberdades fundamentais”.

⁵¹ SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades⁵².

Esse amadurecimento do conceito de justiça, elevando a importância dos Direitos Sociais e políticos nos estados democráticos, fez surgir essa ideia de inserção de políticas públicas como forma de resguardar a justiça. Percebe-se, portanto, a evolução cultural no sentido de se estabelecer uma cultura democrática, comprometida com essa integração social e do Estado nesse processo de implementação de políticas públicas⁵³.

Desse modo, com respaldo nessa nova perspectiva de justiça, em um contexto de um Estado democrático de Direito, para se chegar a essa igualdade de direitos e oportunidades, o Estado pode fazer uso de políticas públicas como forma de concretizar sua intervenção estatal e garantir o mínimo existencial.

Kelsen acentua a ideia de igualdade, ressaltando exatamente que os iguais devem ser tratados igualmente, desde que seja atrelada à regra de que os desiguais devem ser tratados de maneira desigual⁵⁴. E esta seria “uma consequência lógica do caráter geral de todas as normas de justiça”⁵⁵.

Deseja-se, aqui, atingir a igualdade material, uma vez que não se busca uma relação social sem distinção em nenhuma hipótese. Mas sim que se respeite as diferenças e não admita o tratamento desigual entre situações iguais. Não se deve regular casos iguais de maneira diferente, deve-se ter por base as características que fundamentem o tratamento igual⁵⁶.

Michael Wazer eleva essa discussão quanto ao que seria justo, tratando das esferas de justiça a partir da defesa dos princípios do pluralismo e da igualdade. Entende a justiça distributiva como um conceito aberto e abrangente, tendo relação não apenas com o ser – igual e livre – mas também com o ter e o fazer. Pois é natural da sociedade humana ser distributiva, ou seja, reunir-se para compartilhar, distribuir, trocar – sejam experiências, vivências, trabalhos, bens⁵⁷.

Entretanto, complementa que exatamente por esse caráter natural distributivo e pelo fato de o mercado ser importante para a distribuição dos bens sociais, não se mostra

⁵² *Idem*.

⁵³ KOTLINSKI, Ana Maria Benavides. **O novo paradigma de políticas públicas**: estado e sociedade, uma esfera ampliada. Revista de Direito (Itatiba), v. 14, 2011. p. 131.

⁵⁴ KELSSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 55.

⁵⁵ *Ibidem*. p. 58.

⁵⁶ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 42.

⁵⁷ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 1.

suficientemente para ser um sistema distributivo completo. Nessa perspectiva, não se deve buscar uma unidade, mas sim os princípios que justifiquem e fundamentem o modelo de justiça e definam limites aos critérios do pluralismo. Isso porque entende que não existe apenas um modelo de justiça, por ser um modo de intervenção humana.

Conclui que

os princípios da justiça são pluralistas na forma; que os diversos bens sociais devem ser distribuídos por motivos, segundo normas e por agentes diversos; e que toda essa diversidade provém das interpretações variadas dos próprios bens sociais – o inevitável produto do particularismo histórico e cultural.⁵⁸

Corroborar com a concepção de Rawls ao defender que se deve buscar o fim do predomínio, para se chegar à premissa da igualdade. Rawls, traz com o princípio da diferença a permissão de desigualdades, desde que tragam o maior benefício possível às classes menos favorecidas. Assim, a crítica ao predomínio vai além do monopólio, configurando-se como uma forma de reformular exatamente a política de distribuições⁵⁹.

Defende, por conseguinte, a ideia de uma igualdade complexa, que demanda uma gama de critérios de distribuição que retrate, exatamente a diversidade das relações sociais, que são complexas e, conseqüentemente, dos bens sociais⁶⁰. Desse modo, a partir de uma igualdade complexa, seria impossível se firmar um regime de predomínio, pois a própria natureza dos bens sociais levariam a uma justiça distributiva⁶¹. Assim, conceito de justiça distributiva pressupõe uma sociedade, uma comunidade política comprometida com a ideia de distribuição e redistribuição⁶².

Nesse ínterim, John Rawls, em sua concepção de teoria de justiça, não permeia a discussão através de conceitos clássicos de justiça, mas sim a partir dessas condições que os representantes do contrato social irão eleger os princípios basilares das relações sociais: a liberdade e a igualdade⁶³.

Quanto à relação desses dois princípios como basilares da justiça distributiva, Rawls entende que podem derivar do hipotético. O primeiro remete às liberdades básicas para todos os cidadãos, sobrepondo-se às questões de utilidade social e bem-estar geral. Já o segundo,

⁵⁸ WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 5.

⁵⁹ *Ibidem.* p. 20.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 20-21.

⁶¹ *Ibidem.* p. 23.

⁶² *Ibidem.* p. 39.

⁶³ GARGARELLA, Roberto. **Teoria da Justiça depois de Rawls**: um breve Manual de filosofia política. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 14.

em complemento à ideia trazida pelo princípio da liberdade, trata justamente da equidade social e econômica, permitindo as desigualdades sociais, em contrapartida, apenas que beneficiem da melhor forma possível os desfavorecidos socialmente⁶⁴.

A justiça distributiva é, portanto, uma teoria composta por duas partes, quais sejam, os bens sociais e as esferas de distribuição. Tem relação com os significados plurais sociais. Só se pode dizer o que é justo após uma análise subjetiva das relações interpessoais – pelo modo como se relacionam, o que fazem e distribuem –, pois estas compõem o próprio conceito de justiça em suas facetas⁶⁵.

Hobbes, ao tratar do contrato social, delimitou direitos que se podem abrir mão e aqueles que não podem ser dispensados do contrato social. Dentre estes estão o de legítima defesa e “o uso de fogo, água, ar livre e local para morar, e... tudo o que é necessário à vida”⁶⁶.

Nessa perspectiva, o Direito à Moradia não diz respeito ao direito de propriedade de determinado local, vai muito além, adentrando na esfera de necessidades básicas do ser humano. Assim, não só pode ser imposto pelo Estado, como este deve sim proteger e resguardar esse direito, para garantir uma vida digna. Esse direito individual ao lar deu origem à possibilidade de reivindicação jurisdicional territorial pelo Estado⁶⁷.

Conclui Walzer que “não pode existir uma sociedade justa enquanto não houver uma sociedade; e o adjetivo justa não define, apenas modifica a vida substantiva das sociedades que descreve”⁶⁸.

Entende, portanto, que “toda teoria substancial da justiça distributiva é uma teoria local”⁶⁹, e para a afirmação desse conceito deve ser levado em consideração as interpretações culturais e históricas de cada comunidade – caso contrário, partiríamos para o plano do injusto. Entretanto, não se pode desconsiderar certos princípios internos e inerentes a todas as comunidades⁷⁰. A teoria de justiça deve, portanto, atentar para as diferenças mas impõe limites.

⁶⁴ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. p. 179.

⁶⁵ WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 430.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 55.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. **The Elements of law**. Nova York: Ferdinand Tönnies, 1969. p. 88.

⁶⁸ WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 430.

⁶⁹ *Ibidem*. p. 431.

⁷⁰ *Ibidem*. p.431-432.

A justiça distributiva é uma luta pela instituição de uma sociedade igualitária. Todavia, não acabará com a luta pela igualdade – luta esta característica da nossa história de construção social. Mas sim com as dificuldades enfrentadas nessa luta, pois haverá um reconhecimento da igualdade complexa e da importância da autonomia das distribuições, onde se possa reconhecer resultados diversos para situações de diversas, que fundamenta uma sociedade justa.

Nessa ideia de justiça e sociedade, afirma Kelsen que “a justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social”⁷¹. E finaliza Walzer dizendo que “o respeito mútuo e o auto-respeito compartilhado são as grandes forças da igualdade complexa e, juntos, são a fonte de sua possível durabilidade”⁷².

Importante se faz, ainda, para elevarmos a discussão quanto à Justiça Distributiva, conceituar a Justiça Geral. Esta, diz respeito à ordem da vida social a partir da lei. Para Aristóteles, justo seria aquilo que vai ao encontro da noção de legalidade, do que está prescrito legalmente⁷³. Já a Justiça Distributiva abrange a questão da distribuição de bens na sociedade, bem como os encargos da comunidade. Nesse caso, a justiça conta com a atuação do Estado, sendo o principal agente repartidor, que aplica os critérios dessa justiça distributiva⁷⁴.

Já na perspectiva de São Tomás de Aquino, a Justiça Distributiva não se limitaria à esfera pública, mas diria respeito a qualquer repartição social. Todavia, assim como Aristóteles, também atribui a necessidade de se estabelecer os critérios distributivos com base nas relações sociais, para que se alcance o ideal de justo⁷⁵.

Essa análise dessas relações de dever ético-jurídico, própria da Justiça Distributiva – e da Justiça Social⁷⁶ – é fundamental para a legitimação dos próprios Direitos Sociais, dentro do cenário do Estado do Bem-Estar Social – o *Welfar State*. Os Direitos Sociais são, portanto, fruto das obrigações oriundas da Justiça Distributiva e da Justiça Social, por meio

⁷¹ KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado – 3ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 3.

⁷² WALZER, Michael. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 441.

⁷³ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**: desafios para concretizar Direitos Sociais. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 21.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 30-31.

⁷⁶ A construção do conceito de Justiça Social veio da evolução da percepção de Justiça Legal – onde justiça seria aquela inerente à legalidade de normas jurídicas que previam o bem comum. Saiu-se da necessidade de se consagrar os direitos e deveres do cidadão quanto ao bem comum, para se garantir a igualdade de todos. O foco do conceito de justo saiu do meio utilizado para se chegar a um ideal de justiça, a lei, e passou para a sociedade como um todo, que seriam os sujeitos beneficiados pela concretização, pela efetivação das garantias contidas na norma. (*Ibidem*. p. 36).

das relações sociais que a dá origem, sendo, assim, necessidades racionais – que dependem dessa interação dos indivíduos⁷⁷.

Assim, o respeito e a garantia aos Direitos Sociais vão além de uma previsão legislativa, pois resultam dessas relações inerentes à Justiça Distributiva, ou seja, da própria razão humana. Há uma necessidade racional para a institucionalização dos Direitos Sociais, pois acabam funcionando como condições para que os direitos de liberdades individuais sejam exercidos efetivamente. A efetivação destes direitos – de segunda dimensão – confere o suporte material imprescindível para a os direitos e prerrogativas inerentes ao ideal de liberdade, pois caso não existissem, estes direitos de primeira dimensão ficariam apenas no plano teórico, de previsão normativa, sem chegar a serem concretizados no plano fático⁷⁸.

Todavia, a conclusão de que as relações sociais provenientes da Justiça Distributiva dão o suporte para a persecução racional dos Direitos Sociais não exime o Estado de ser um importante provedor da consecução dos Direitos Sociais. Estes acabam sendo devidamente efetivados a partir da ingerência do próprio Estado nas esferas tanto econômicas, como políticas e sociais⁷⁹.

Exige-se, portanto, um comportamento ativo do Estado, seja para garantir a observância dos Direitos Sociais pelos indivíduos – através da imposição de sanções ou medidas que tutelem o respeito desses direitos –, ou para atuar numa atividade de prestação positiva, através dos seus órgãos de administração direta e indireta⁸⁰.

Assim, no que diz respeito aos direitos fundamentais e sociais, existem três níveis de obrigações diversas: obrigações de respeito, de proteção e de cumprimento. As primeiras dizem respeito ao dever do Estado de agir negativamente quanto a qualquer prática que prejudique de alguma forma os direitos fundamentais (total ou parcialmente). Assim, os direitos de segunda dimensão precedem, inclusive, à própria percepção de Estado, indo além dele, existindo fora dos seus conceitos – apesar de, em contrapartida, dependerem da sua atuação positiva patrocinada. Por essa perspectiva, os Direitos Sociais são vistos como direitos supra-estatais, do mesmo modo que os direitos de liberdade individuais⁸¹.

As segundas obrigações caracterizam-se, por sua vez, como direitos de proteção e determinam que o Poder Público resguarde efetivamente a integridade dos direitos, em relação a possíveis violações promovidas por outros indivíduos. Aqui, o Estado age

⁷⁷ *Ibidem.* p. 47.

⁷⁸ *Ibidem.* p. 48.

⁷⁹ *Ibidem.* p. 48-49.

⁸⁰ *Ibidem.* p. 49.

⁸¹ *Idem.*

enquanto garantidor de direitos, nas relações privadas, sejam elas econômicas ou não – a exemplo das tutelas jurisdicionais dos Direitos Sociais⁸². Por fim, as últimas obrigações concernem à atuação positiva do Estado para a sua efetivação. Por essa ótica, o Estado tem o dever de promover políticas públicas que resguardam e garantam a promoção dos direitos fundamentais e sociais. Efetivando, assim, as condições materiais que pressupõem esses direitos⁸³.

Pelo discorrido, percebe-se que uma das funções da Justiça Distributiva é promover a redistribuição de renda através de uma concessão de benefícios e/ou ônus que sejam proporcionalmente iguais. Atribuições essas que dizem respeito à criação e atuação de políticas públicas estatais específicas, para a promoção de Direitos Sociais que garantam o mínimo existencial a uma vida digna⁸⁴.

Essa Justiça tem por escopo as relações entre os indivíduos e o Poder Público, como uma relação obrigacional, onde permeiam deveres e direitos. Assim, a efetivação dos Direitos Sociais e da Justiça Social precedem, diretamente, os mecanismos da Justiça Distributiva, que dependem daqueles para a persecução na Ordem Social constitucional pátria, para que se realize uma vida digna⁸⁵.

Rawls liga diretamente a Justiça Política à Justiça Social, sendo vistas como sinônimos⁸⁶, por serem conceitos que tratam do mesmo objeto, qual seja, “a formatação das estruturas básicas da sociedade”⁸⁷. Buscam, portanto, uma justa distribuição de bens, tanto materiais como imateriais – dentro dos direitos e deveres fundamentais atinentes a cada indivíduo, que estruturam as relações existentes entre o Estado e os particulares.

Temos, portanto, a Justiça Social – com os conceitos de Direitos Sociais –, a Justiça Distributiva e a noção de dignidade da pessoa humana como pontos centrais do constitucionalismo moderno, interferindo diretamente na aplicação e na declaração dos Direitos Sociais⁸⁸.

Apesar do seu caráter liberal, pode-se tirar diversas lições da teoria rawlsiana, que restringe o âmbito particular, que deve ter por limites os princípios basilares da justiça

⁸² *Ibidem.* p. 50.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Ibidem.* p. 65.

⁸⁵ *Ibidem.* p. 69.

⁸⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 90.

⁸⁷ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81.

⁸⁸ *Ibidem.* 113.

essenciais para a construção de uma vida digna. Dela, temos um substrato racional que traz a hipotética da posição original, a partir da base da razão humana⁸⁹.

Depreende-se do exposto que, até Rawls, a ideia de justiça não era vinculada à necessidade de intervenção estatal para que se pudesse garantir a igualdade e equidade social – fundamento este de grande importância para o conceito de democracia. A partir dele, uma sociedade justa passou a ter por referência o mínimo existencial para uma vida digna, encontrando, assim, nas políticas públicas meios concretos para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais a todo indivíduo de forma a preservar a dignidade humana e, assim, a justiça social.

Esta, por sua vez, não é sinônima de máxima igualdade, ou uma igualdade formal entre todos. As desigualdades são permitidas na medida em que se garanta exatamente esse mínimo exigível para uma vida digna, conferindo a melhor condição possível às pessoas que se encontrem em uma situação de desfavorecimento na sociedade.

2.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O MÍNIMO EXISTENCIAL NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

A construção formal do direito ao mínimo existencial para uma vida digna e o seu reconhecimento se deu a partir da institucionalização dos Direitos Sociais pelas Constituições Sociais do início do século XX, com a desvinculação da ideia do assistencialismo ou da caridade e auxílio mútuos⁹⁰, ainda no modelo liberal de Estado. Mas com o advento do Estado de Direito democrático e social – firmado após a Segunda Guerra Mundial – passou a ser tratado como um direito explícito e oponível ao Estado. Fez surgir, assim, um Estado de Direito fundado nos postulados de democracia política e no ascendente dever prestacional do Estado no campo social⁹¹.

O direito a um mínimo de segurança social teve origem nos fundamentos da doutrina alemã, a partir dos preceitos da dignidade da pessoa humana. Ingo Sarlet ressalta que Otto Bachof foi o primeiro a sustentar a existência de um direito a um mínimo que garanta uma existência digna, no início da década de 1950⁹². O artigo 1º, I, da Lei Fundamental alemã

⁸⁹ *Ibidem*. p. 115.

⁹⁰ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 49.

⁹¹ *Ibidem*. p. 51.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 339-340.

não traz apenas o postulado da liberdade, mas ressalta que devem existir posições ativas necessárias para a promoção desses direitos garantidos⁹³.

E a primeira decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, nesse sentido, foi em 1975, onde se reconheceu o dever do Estado em promover a assistência aos necessitados, daqueles incapazes de obter condições mínimas para seu sustento e uma existência pautados na dignidade humana⁹⁴.

O conceito de dignidade da pessoa humana só faz sentido se pensar nele aplicado, construído pela sociedade, não se identificando à sua existência se for considerado um indivíduo de forma isolada. Isso porque não é uma ideia que se impõe por si só, ela deve ser constantemente reafirmada – para que não se perca frente ao individualismo nato do ser humano. É, portanto, também um conceito inerente ao poder de racionalidade do homem, que foi construído no decorrer dos séculos da história, agregando valores éticos, jurídicos, políticos, religiosos e filosóficos⁹⁵.

Nessa ótica, a busca por uma existência digna vem do caráter social do homem, pois é da vida em sociedade que decorre essa necessidade e a possibilidade de adquirir os bens – sejam eles materiais ou imateriais – propícios para que se alcance essa dignidade⁹⁶. Isso porque essa característica do homem de ser social traduz os bens particulares em relações íntimas com o bem comum – são um meio para se chegar à ideia de dignidade da pessoa humana, na vida em sociedade.

Fala-se, portanto, de um reconhecimento de caráter sociológico, pois deve-se atribuir, de forma permanente, a condição de sujeitos de direitos fundamentais a todos. Dessa forma, a consagração de tais direitos não pode se firmar apenas nas declarações positivas, abrangendo também a importância do Estado para a persecução e concretização dos Direitos Sociais, de modo a garantir a permanência do conceito de dignidade da pessoa humana⁹⁷.

As noções de dignidade da pessoa humana e democracia estão intimamente ligadas, não podendo se pensar na persecução de um sem a precedência do outro. Isso porque, segundo Ricardo Castilho, “a igual dignidade apresenta-se, em uma de suas facetas, como

⁹³ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 55.

⁹⁴ MARTINS, Leonardo. **Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005. p. 828-829.

⁹⁵ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 96.

⁹⁷ *Ibidem*. p. 61.

capacidade de autogoverno, ou seja, como autonomia política, que é consequência da idêntica valia de todos os indivíduos perante o todo social”⁹⁸.

Assim, tanto a dignidade da pessoa humana e como os Direitos Sociais – pela Justiça Social – são valores intrínsecos à democracia. Não há que se falar em regime democrático que não respeite e valore uma vida digna. Há uma profunda relação também com os direitos fundamentais e os próprios Direitos Sociais, pois tais direitos possuem uma amplitude maior que os de liberdade, uma vez que representam a institucionalização dos mais diversos e pertinentes mecanismos de efetivação e permanência dos direitos a uma existência digna de todas as pessoas⁹⁹.

Assim, o princípio maior da dignidade da pessoa humana – base do Estado Democrático de Direito – se perfaz como a soma da existência digna de cada indivíduo. Por conseguinte, só se pode chegar a uma existência digna se houver a junção da Justiça Social (que foca na necessidade do bem comum) com a Justiça Distributiva (“que impõe a outorga de bens diversos a cada qual, segundo uma igualdade proporcional que leva em conta critérios pessoais, como o mérito e a necessidade, objeto dos Direitos Sociais de Justiça Distributiva”)¹⁰⁰.

Nesse ínterim, conclui-se que não se pode atribuir a noção de Justiça Social ou Justiça Distributiva sem o mínimo de condições para uma existência digna dos cidadãos. E, por isso, nos dizeres de Ricardo Castilho, Pio XI entende que,

Para que o sistema de Direitos Sociais se aperfeiçoe, mediante a observância iterada, tanto pelos cidadãos quanto pelo Estado, dos deveres a eles inerentes, é necessário que nenhuma pessoa seja privada de todas as prerrogativas da existência digna¹⁰¹.

A perspectiva sobre a dignidade da pessoa humana deve abarcar, portanto, a Ordem Social, para que haja possibilidade de desenvolvimento do indivíduo em todas as áreas possíveis. A Constituição da República Federativa do Brasil preceitua em seu artigo terceiro que é dever do Estado a promoção do bem de todos e erradicar a pobreza e as desigualdades sociais¹⁰².

⁹⁸ *Idem.*

⁹⁹ *Ibidem.* p. 62.

¹⁰⁰ *Ibidem.* p. 96.

¹⁰¹ *Ibidem.* p. 97.

¹⁰² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entretanto, a existência digna não adentra numa questão de felicidade subjetivo-individual, de realização pessoal. Deve ser levada em consideração apenas para uma existência mínima satisfatória, não necessariamente configurando a garantia de uma realização plena de todos, sob uma perspectiva subjetiva. Diz respeito à garantia de acesso aos bens – materiais ou imateriais – que sejam fundamentais para o desenvolvimento e, assim, possam ser exploradas as próprias potencialidades¹⁰³.

Nessa perspectiva, a ideia da dignidade da pessoa humana é exatamente proporcionar a garantia de que “o indivíduo possa viver sem nenhuma restrição, garantindo-lhe a possibilidade de desenvolvimento de todos seus dotes e talentos, com a finalidade de alcance – no que é possível – da felicidade subjetivo-individual”¹⁰⁴.

A ideia do Bem Comum – o cerne dos direitos e deveres fundamentais – se perfaz como uma garantia dos direitos fundamentais e sociais que confira o aparato necessário para que sejam excluídas possíveis limitações que impeçam o indivíduo de alcançar suas realizações e projetos de vida subjetivos¹⁰⁵. John Rawls trata exatamente dessa questão ao trazer a hipotética da Posição Original, como forma de desenhar os princípios a serem seguidos pela sociedade em questão – de modo a preservar esse mínimo existencial que garanta uma vida digna para a pior situação social possível.

O conceito de mínimo existencial que se tem hoje¹⁰⁶, atrelado à questão dos bens essenciais à vida humana, varia de acordo com o ordenamento jurídico. Todavia, existem duas ordens indispensáveis à uma consecução do que seria digno. A primeira, relaciona-se às necessidades naturais intrínsecas a todo ser humano, sem levar em consideração aspectos subjetivos como a nacionalidade. Estes direitos estão, em sua maioria, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948¹⁰⁷.

¹⁰³ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**: desafios para concretizar Direitos Sociais. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 99.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 100.

¹⁰⁶ Sempre houve, no decorrer da história, a percepção da necessidade de um conjunto mínimo de bens. Na Antiguidade, os Gregos atrelaram esse significado a noções básicas, como a vida, o corpo, consciência de si mesmos, e bens materiais mínimos como comida, roupas, ferramentas de trabalho. A sociedade escravocrata, por sua vez, atrelou à ideia de propriedade, sob a perspectiva de propriedade privada, como uma coisa. E chegou-se à ideia de bens elementares, legitimados a limitar os poderes do Estado absolutista, sendo bens universais, imprescritíveis e invioláveis, abrangendo prerrogativas como as liberdades individuais e coletivas – processo oriundo da razão humana. O Jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII trouxe a primeira concepção de bem mínimo universal, como condição do ser humano racional. Com a crise do sistema liberal do século XX, o rol dos bens mínimos existenciais ampliou-se, entrando as questões sociais, econômicas e culturais dos povos, indo além de uma questão de mera subsistência do indivíduo, para uma questão de desenvolvimento do homem. (*Ibidem*. p. 102).

¹⁰⁷ *Ibidem*. p. 103.

A segunda base que delimita esse mínimo existencial está nos mais diversos ordenamentos jurídicos, que levam em consideração as necessidades e a cultura dos seus povos. Assim, o rol de bens mínimos trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos pode ser ampliado pelos Estados, no exercício da sua soberania¹⁰⁸. Deve-se levar em consideração a realidade jurídica de cada sociedade, bem como os seus níveis de desenvolvimento político e econômico¹⁰⁹.

No Brasil, temos um rol bastante amplo de direitos fundamentais dentro da Constituição. Representa, portanto – como todas as constituições formais dos Estados Democráticos de Direito – acordos entre as classes sociais, que precisam ser efetivados¹¹⁰. Assim, para que os Direitos Sociais sejam efetivados, deve o intérprete fazer o uso de meios concretos para que coloque em prática as diretrizes constitucionalmente previstas¹¹¹.

Acrescente-se a ideia de que o conceito de mínimo existencial pode ser delimitado a partir da concepção de necessidades básicas. De acordo com Doyal e Gough, estas se relacionam com a perspectiva de prevenção à graves prejuízos¹¹². Nessa mesma linha, do conceito de necessidades básicas extraído da compreensão de dano, ressalta Anón Roig que essas necessidades vão de encontro aos danos e privações que sofrem o ser humano, e seriam necessárias para satisfazer tais privações¹¹³. Portanto, parte-se da concepção de dano ou sofrimento para se chegar à ideia do que é essencial e quais as necessidades básicas que podem satisfazer essa situação de desfavorecimento.

Assim, a não satisfação das necessidades básicas resulta na imprescindibilidade da criação de direitos que garantam essa satisfação, a serem prescritos em normas de direitos fundamentais, dos direitos fundamentais sociais¹¹⁴. E o mínimo existencial representa o padrão mínimo a ser seguido, para que tais demandas sejam de fato satisfeitas. O direito ao mínimo existencial seria, portanto, a satisfação das necessidades básicas delimitada pelos direitos fundamentais, de forma a impedir a ocorrência de um dano grave ante a sua não observância¹¹⁵.

Conceitua Corinna Treish que,

¹⁰⁸ *Ibidem.* p. 103.

¹⁰⁹ *Ibidem.* p. 104.

¹¹⁰ *Ibidem.* p. 104.

¹¹¹ *Ibidem.* p. 104.

¹¹² DOYAL, L.; GOUGH, I. **A theory of human need**. New York: The Guilfor Press, 1991. p. 50.

¹¹³ ROIG, María José Añón. **Necessidades y Derechos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 266-267.

¹¹⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2006. p. 128.

¹¹⁵ *Ibidem.* p. 135.

O mínimo existencial é a parte do consumo corrente de cada ser humano seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende a necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde, etc. (mínimo existencial físico) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc.¹¹⁶

Assim, o direito ao mínimo existencial encontra como corolário o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, pois a partir desta, pode-se traçar um certo nível de satisfação das necessidades, que precisam de um mínimo efetivado para que se possa falar em vida digna¹¹⁷.

O conceito de dignidade da pessoa humana está sempre em evolução, incorporando conceitos históricos e enriquecendo seus valores¹¹⁸. E esse princípio tornou-se, exatamente, o fundamento para a aplicação do mínimo existencial¹¹⁹. É por isso que, ao mesmo tempo em que a premissa dos direitos fundamentais permeia exatamente na dignidade da pessoa humana¹²⁰, o princípio da dignidade da pessoa humana tem no direito ao mínimo existencial uma reserva de eficácia direta¹²¹. Assim, as violações aos direitos de dignidade humana são combatidas através da aplicação do mínimo existencial – e é esse conceito construído de dignidade da pessoa humana que serve como limite às interpretações restritivas dos direitos fundamentais.

Robert Alexy, por sua vez, preceitua que um conceito absoluto de dignidade da pessoa humana¹²² iria de encontro ao princípio da proporcionalidade – onde uma intervenção a um direito justificável seria constitucional. Defende que a ideia de uma dignidade da pessoa humana relativa seria aplicável – que reconhece a natureza de princípio, mas com a aceitação de preceitos que possam levar a uma aplicação absoluta¹²³.

¹¹⁶ *Ibidem*. p. 135.

¹¹⁷ TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. 4. ed. Tradução de Ernildo Stein e Ronai Rocha (org.). Petrópolis: Vozes, 2000. p. 391-392.

¹¹⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 68.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 99.

¹²⁰ HÄRBELE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. p. 129. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

¹²¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 381.

¹²² “De acordo com o conceito absoluto, a garantia da dignidade humana é considerada como uma norma que tem precedência sobre todas as outras normas, em todos os casos. Se a dignidade tem precedência sobre todas as outras normas, em todos os casos, isso implica a impossibilidade, por preclusão, de realizar o balanceamento. Isso, a seu turno, significa que a cada intervenção sobre a dignidade humana resta consubstanciada uma violação à dignidade. Mesmo justificada, torna-se impossível haver uma intervenção sobre a dignidade humana”. ALEXY, Robert. **Dignidade humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13.

¹²³ *Ibidem*. p. 14-17.

Immanuel Kant traz a ideia de que dignidade da pessoa humana é uma qualidade inalienável e congênita pertinente a todos os seres humanos, não se submetendo à diminuição ou coisificação, por se materializar a partir da autodeterminação dos indivíduos materializada pelo poder da razão¹²⁴. Assim, é um preceito atribuído ao homem que independe das circunstâncias concretas de cada um.

Dworkin acrescenta que, no caso de criminosos ou presos, por exemplo, os motivos ou fatos derivados do crime, ainda que amplamente reprováveis, não os diminuem enquanto humanos e retiram seu poder de autodeterminação para que possam ser tratados como objetos¹²⁵.

Para Jürgen Habermas, a dignidade da pessoa humana não se trata de uma propriedade individual nata. Ela é resultado, exatamente, das relações interpessoais, baseadas na igualdade de direitos entre as pessoas. Assim, só tem sentido, um significado aplicável, quando advém das relações sociais imbricadas por respeito mútuo, advindo daí seu caráter inviolável¹²⁶. Não se trata, portanto, de um valor natural atribuído individualmente ao homem, mas sim em “uma tarefa que o indivíduo pode realizar, cabendo ao Estado prestar as condições para que essa tarefa se realize”¹²⁷.

Deriva do direito ao mínimo existencial o dever de prestação positiva do Estado, através do dever geral de assegurar e viabilizar sua satisfação, que impõe a criação de mecanismos para que todo ser humano viva com dignidade, juntamente com o dever gradual de persecução dos próprios Direitos Sociais¹²⁸. Nessa ótica, não se pode dizer que os Direitos Sociais se reduzem à aplicação do mínimo existencial.

Ademais, a concepção de mínimo existencial deve estar sempre atrelada à concepção de direitos de igualdade e liberdade¹²⁹. Como visto, Rawls traz um importante suporte filosófico de justiça sobre esses pontos. Ele entende que, deve ser atribuído a todos os mesmos direitos básicos da forma mais ampla possível, devendo se atribuir de forma igual aos cidadãos as liberdades fundamentais e os Direitos Sociais. E é exatamente esse conjunto – distribuído – de bens materiais e imateriais que perfazem a existência digna¹³⁰.

¹²⁴ *Ibidem*. p. 59.

¹²⁵ DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 310.

¹²⁶ HABERMAS, Jürgen. **The future of human nature**. Malden: Blackwell Publishing Inc., 2003. p. 33.

¹²⁷ ALEXY, Robert. **Dignidade humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015. 63.

¹²⁸ BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 133.

¹²⁹ CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva: desafios para concretizar Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 105.

¹³⁰ *Ibidem*. p. 106.

Pela perspectiva da Justiça Distributiva de John Rawls, o mínimo existencial, por sua vez, não deve se restringir apenas aos conjuntos de direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, atribuídos de forma igualitária a todos. Deve-se levar em consideração, também, no que diz respeito aos conceitos de liberdades individuais, os Direitos Sociais e a Justiça Social, os bens partilhados no ceio da Justiça Distributiva, em um sentimento de cooperação imbricada a toda a sociedade.

Essa ideia deriva justamente da noção por ele trazida do princípio da diferença, onde as desigualdades são permitidas desde que resultem nos maiores benefícios possíveis para os que são menos beneficiados, em conjunto com a noção de que essa desigualdade deve decorrer de cargos e funções que sejam acessíveis a todos, caso estejam em uma igual situação de oportunidade. Desta feita, segundo Ricardo Castilho depreende-se que “o conjunto de bens mínimos garantidos pelos direitos fundamentais, em especial os Direitos Sociais, não pode ser restringido em nenhuma hipótese”¹³¹.

E complementa que implicaria, assim na

necessária sujeição das desigualdades sociais à observância e à promoção destes mesmos bens essenciais. Assim, todas as diversidades socioeconômicas existentes jamais poderiam prejudicar a existência digna de todos os cidadãos, nem mesmo sob alegações de maior utilidade para a sociedade como um todo¹³².

Traz a ideia de compensação das desigualdades, através da efetivação dos mecanismos da Justiça Distributiva, como forma de afirmação da sociedade por um sistema cooperativo¹³³.

Pelo exposto, depreende-se que os direitos fundamentais pressupõem a dignidade da pessoa humana, que precisa daqueles para que sejam concretizados de fato. O que leva à conclusão de que os Direitos Sociais não são fruto de uma atuação assistencialista do Estado, como um artifício para sanar problemas sociais, mas sim “representações normativas de necessidades humanas básicas, a serem saciadas para a promoção da vida boa devida ao indivíduo. A negação dos Direitos Sociais abala os próprios alicerces da democracia”¹³⁴.

Por conseguinte, pode-se dizer que a afirmação e consagração dos Direitos Sociais deve estar diretamente ligada com o conceito de um Estado democrático. Para que assim, haja a efetivação da dignidade da pessoa humana não apenas no cenário político, mas

¹³¹ *Ibidem.* p. 108.

¹³² *Ibidem.* p. 107.

¹³³ *Ibidem.* p. 116.

¹³⁴ *Ibidem.* p. 62.

também no socioeconômico. Pois levar-se-ia em consideração as necessidades humanas vitais, impostas por uma conclusão e determinação racional¹³⁵.

Não se pode, portanto, menosprezar tais direitos, ou reduzi-los a um patamar inferior em relação aos direitos de liberdade, por exemplo. Os Direitos Sociais representam as “necessidades humanas elementares, e não propriamente interesses tutelados sob a forma de direitos subjetivos”¹³⁶. É a consagração dos Direitos Sociais a partir da percepção de democracia.

De acordo com García, existem três grandes pilares que diferem os Direitos Sociais dos direitos meramente subjetivos. O primeiro diz respeito ao fato de que os Direitos Sociais são fundamentais e de resultados imediatos para seus titulares, causando grande prejuízo se não forem resguardados. Já os direitos subjetivos, caso não sejam consagrados, não acarretam em um prejuízo imediato de subsistência aos seus titulares¹³⁷.

O segundo pilar que os diferencia relaciona-se ao caráter universal dos Direitos Sociais, que pertencem a todos os indivíduos, ao passo que os subjetivos atingem pessoas específicas, sendo interesse apenas do particular que seu direito subjetivo seja resguardado – enquanto que aos Direitos Sociais, é interesse de todos sua proteção e efetivação. Por fim, o terceiro ponto que os diferencia reside no fato de que são direitos imprescindíveis para que se satisfaçam as necessidades humanas dos Direitos Sociais – podendo, inclusive, serem negados interesses particulares, que podem vir previstos em direitos subjetivos, para que se garanta a dignidade da pessoa humana¹³⁸.

Por essa perspectiva, percebe-se que o Direito à Moradia, enquanto um Direito Social, é fundamental para que se atinja essa ideia desenvolvida de dignidade da pessoa humana e de mínimo existencial, conforme discorrido no início deste tópico. Assim, é de grande valia que seja feito um aprofundamento sobre as características e peculiaridades dos Direitos Sociais, de modo a enquadrar o Direito à Moradia na perspectiva jurídica desses direitos.

2.4 OS DIREITOS SOCIAIS E A MORADIA ENQUANTO DIREITOS DE DEFESA E DE PRESTAÇÃO

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 63.

¹³⁷ GARCÍA, Luciana Díaz de. Justiciabilidad de los derechos enconomicos, sociales y culturales. **Anuário Argentino de Derecho Internacional**, n. IX, Córdoba, 1999. p. 151.

¹³⁸ *Idem*.

Os Direitos Sociais são uma prerrogativa pública, que podem ser oponíveis ao Estado, ou seja, o Estado tem o dever de garantir o mínimo existencial para a sua consecução. Isso porque possuem como pilar o direito da dignidade da pessoa humana e o dever de tutela pelo Estado, sendo direitos de caráter absoluto e geral¹³⁹. Eles apresentam uma dupla jusfundamentalidade, formal e material, pelo fato de estarem incluídos no rol dos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal, e por abrangerem os direitos de justiça e da dignidade da pessoa humana, valores estes tidos pelo constituinte como bastante relevantes¹⁴⁰.

A ideia de Direitos Sociais surgiu com o Estado Social, que consagrou a percepção de que o cidadão não poderia mais ser concebido como um ser isolado dentro das suas relações privadas, mas sim como um membro da coletividade, da sociedade, que precisa se desenvolver dentro de um grupo com direitos, deveres e garantias comuns, para que seus direitos individuais até então almejados pudessem ser de fato assegurados¹⁴¹.

Os Direitos Sociais são aqueles que demandam uma atuação positiva do Poder Público¹⁴², de maneira a proporcionar aos hipossuficientes uma igualdade social¹⁴³. Dessa forma, valendo-se do entendimento de Robert Alexy, pode-se dizer que o conjunto dos Direitos Sociais está intimamente ligado à efetivação das liberdades públicas, uma vez que só se pode falar em liberdade quando existem os meios para que ela se consagre. Tem-se, portanto, uma concepção substancial da liberdade orientada pela dignidade humana, que ocupa o lugar do direito geral negativo de liberdade¹⁴⁴.

¹³⁹ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 114.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 441.

¹⁴¹ Nesse ponto, “(...) ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. (...) ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (...)”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 63-64.

¹⁴² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 827.

¹⁴³ Nos dizeres de José Afonso da Silva, os direitos de segunda geração dominaram o século XX, assim como os de primeira geração, das liberdades individuais, no século XIX e “são os Direitos Sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 564.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p.354

Assim, diante do escopo social atual, os Direitos Sociais proporcionam a base para a concretização desses direitos de liberdade, todavia dependem de atuações positivas do Estado¹⁴⁵. Nessa mesma perspectiva, José Afonso da Silva conceitua os Direitos Sociais como aqueles que estão relacionados ao direito de igualdade, exatamente por criarem uma base material propícia para que se chegue à igualdade real, o que leva ao devido exercício da liberdade individual.

São direitos que demandam prestações do Estado, tanto positivas como negativas, trazidas em normas constitucionais, que proporcionam uma equalização das desigualdades sociais, por melhorias na qualidade de vida¹⁴⁶. Quanto a essa tentativa de promoção de igualdade, Robert Alexy preleciona que não se deve buscar uma igualdade formal, mas sim uma igualdade substancial.¹⁴⁷ Deve ser encontrado um meio termo através da fórmula clássica: tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais – como bem desenhou John Rawls, na sua construção de justiça a partir desse conceito de equidade material.

Vê-se, assim, que no âmbito dos Direitos Sociais, é requisito para a sua concretização a atuação dos entes estatais que garantam ao indivíduo condições mínimas e dignas de subsistência, demandando uma abstenção do Poder Público para que possa ser preservada a autonomia individual¹⁴⁸.

Nessa ótica, cabe ao Estado, visando manter uma relação de equidade e equilíbrio social, assegurar a criação e a efetiva prestação de serviços como a saúde, educação, trabalho, lazer, moradia, segurança, dentre outros direitos intrínsecos à coletividade¹⁴⁹.

¹⁴⁵ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 827.

¹⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 286.

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 397.

¹⁴⁸ “(...) tal qual os direitos de primeira geração (ou dimensão), os Direitos Sociais são também titularizados pelo indivíduo contra o Estado. Nesse momento, são reconhecidos os chamados Direitos Sociais, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestações positivas do Estado para seu atendimento e são denominados direitos da igualdade por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de direitos”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 73.

¹⁴⁹ “É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos Direitos Sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver no que concerne àquela “prática” de que falei no início: é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do Estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os Direitos Sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 66-67.

A despeito do exposto, não se pode tomar a ideia isolada de que os direitos de liberdade demandam uma abstenção do Estado, e os sociais, uma atuação, uma vez que ambos reclamam tanto prestações positivas como negativas do Poder Público e necessitam dos recursos públicos para a sua efetivação. A diferença está no fato de que os direitos de caráter social, segundo parte da doutrina, dependem da criação direta de políticas públicas para que se tornem efetivos, logo, exigíveis¹⁵⁰.

Assim, os entes estatais deixam de ser vistos pela arbitrariedade da concepção liberal, e passam a ter uma importante posição para a criação de um ambiente de igualdade social harmonioso, a partir da construção de políticas públicas igualitárias¹⁵¹, como um elemento fundamental para que sejam superadas as deficiências materiais existentes. Essas políticas públicas seriam um meio pelo qual seria restabelecida a situação de equilíbrio material e uma situação social justa, conforme entendimento de John Rawls aqui já abordado.

Essas prestações por parte do Estado são a primeira garantia da efetivação dos Direitos Sociais, de modo a produzir uma compensação das desigualdades fáticas existentes na sociedade. Tentam esses direitos, portanto, formar uma sociedade mais homogênea, tendo como principais destinatários os cidadãos mais carentes, que se sobressaem em razão da hipossuficiência nas relações sociais.

Todavia, importante destacar que o acesso a tais direitos não é privilégio de determinados setores sociais, uma vez que são extensíveis à coletividade de forma integral, não incidindo em destinatários individuais. O que se quer dizer é que todos os cidadãos poderão ser beneficiados pelas prestações do Estado, mas desde que seja mantida a relação de equilíbrio social a qual se propõem tais políticas¹⁵², variando a prestação de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo¹⁵³.

¹⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 678.

¹⁵¹ MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 515.

¹⁵² Ibidem, p. 518.

¹⁵³ “Essa universalidade (ou indistinção, ou não-discriminação) na atribuição e no eventual gozo dos direitos de liberdade não vale para os Direitos Sociais, e nem mesmo para os políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais só genericamente, mas não especificamente. Com relação aos direitos políticos e aos Direitos Sociais, existem diferenças de indivíduo para indivíduo, ou melhor, de grupos de indivíduos para grupos de indivíduos, diferenças que são até agora (e o são intrinsecamente) relevantes. Durante séculos, somente homens do sexo masculino – e nem todos – tiveram o direito de votar; ainda hoje não têm esse direito os menores, e não é razoável pensar que o obtenham num futuro próximo. Isso quer dizer que, na afirmação e no reconhecimento dos direitos políticos, não se pode deixar de levar em conta determinadas diferenças, que justificam um tratamento não igual. Do mesmo modo, e com maior evidência, isso ocorre no campo dos Direitos Sociais. Só de modo genérico e retórico se pode afirmar que todos são iguais com relação aos três Direitos Sociais fundamentais (ao trabalho, à instrução e à saúde); ao contrário, é possível dizer, realisticamente, que todos são

O processo de democratização política influenciou diretamente a questão dos direitos fundamentais, por trazer a garantia de igualdade para essa relação entre o indivíduo e o Estado, passando o Estado a ter um papel maior de intervenção na vida social. Vê-se, agora, a presença dos direitos de participação, direitos de intervenção na vida política, de dignidade do cidadão, de voto, de ser eleito. E, por sua vez, ampliam-se também os direitos de defesa, como a liberdade das minorias (religiosa e de associação), liberdade de imprensa, informação, expressão, manifestação¹⁵⁴.

Com essa democratização, passou-se a considerar também, além da dimensão subjetiva desses direitos, uma dimensão objetiva, que faz com que os direitos fundamentais também estejam intimamente ligados ao próprio Estado, representando um critério de conduta estatal, contribuindo para a manutenção e fortalecimento do próprio sistema democrático¹⁵⁵.

Essa ideia faz surgir os direitos de prestações, que demandam comportamentos positivos do Estado. Todavia, a contraposição indivíduo-Estado não desaparece, por não serem propriamente direitos contra o Estado ou contra a logística estatal, mas sim direitos que se configuram através do Estado¹⁵⁶.

Quanto a essa prestação estatal, a doutrina costuma conceituar os Direitos Sociais em direitos negativos, os de defesa e em direitos positivos, os de prestação¹⁵⁷. Caracterizam-se, pois, como direitos heterogêneos, uma vez que sua esfera se confunde entre o jurídico e o fático. Os primeiros se revelam pela abstenção do Estado para a sua efetiva concretização¹⁵⁸.

iguais no gozo das liberdades negativas. E não é possível afirmar aquela primeira igualdade porque, na atribuição dos Direitos Sociais, não se podem deixar de levar em conta as diferenças específicas, que são relevantes para distinguir um indivíduo de outro, ou melhor, um grupo de indivíduos de outro. O que se lê no art. 3o da Constituição italiana, antes citado – ou seja, que todos os cidadãos são iguais sem distinção de ‘condições pessoais ou sociais’ – não é verdade em relação aos Direitos Sociais, já que certas condições pessoais ou sociais são relevantes precisamente na atribuição desses direitos”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 65-66.

¹⁵⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª ed. Cap. I e II, ps. 15/71, Almedina, Coimbra, 2004. p. 54.

¹⁵⁵ Ibidem, p. 56.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 59.

¹⁵⁷ A função de prestação dos Direitos Sociais consiste na “obrigação que têm os entes estatais de atuar para satisfazer os direitos fundamentais através da prestação de serviços ou da disponibilização de bens, sem os quais a população não poderia usufruir de tais direitos”. (MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 529).

¹⁵⁸ Sua função de defesa vai, entretanto, além da abstenção estatal, uma vez que dessa forma podem “garantir prestações mínimas para que a coletividade possa atingir u nível satisfatório de bem-estar social e para impedir que condutas possam atingir a qualidade prestacional ofertada. Neste caso, a finalidade de defesa é diferente, exigindo dos entes estatais atuações no sentido de propiciar aos cidadãos prestações mínimas que lhes assegurem o conteúdo agasalhado normativamente e defendê-los de agressões.” (MARTINS, Ivez Gandra da

Já os de prerrogativas positivas demandam uma atuação do Estado para que sejam implementados e tenham eficácia. E grande exemplo desse tipo de Direito Social é exatamente o Direito à Moradia, objeto desse estudo, que exige atividades governamentais para que a sociedade possa dispor de tal serviço¹⁵⁹.

José Afonso da Silva entende que esses direitos de segunda dimensão dizem respeito a uma ordem de valores, uma vez que agregam aos direitos fundamentais, além do estabelecimento das garantias de liberdade, típicos da primeira geração de direitos, os critérios objetivos de valores e os princípios básicos da Constituição, “projetando-lhe a unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras”¹⁶⁰.

Assim, temerosa se faz a divisão dos direitos em gerações, uma vez que não se quer passar a ideia de substituição de direitos, mas sim de continuidade¹⁶¹. Dessa forma, os Direitos Sociais são uma evolução dos direitos individuais liberais¹⁶². Não significa dizer, portanto, que com a consagração daqueles direitos, houve uma mitigação das liberdades individuais. Muito pelo contrário, conforme já explicitado¹⁶³.

Com base nesse apanhado introdutório acerca dos Direitos Sociais, a Constituição Federal do Brasil de 1988 reservou um título específico para os direitos e garantias fundamentais, que consagrou os Direitos Sociais básicos¹⁶⁴, no seu artigo 6º, embora nele não se esgotem. Faz-se necessário, portanto, para um melhor entendimento desses direitos, e para entender a sua eficácia no ordenamento jurídico brasileiro, avaliá-los em relação à sua evolução no quadro constitucional do Brasil e do contexto histórico no qual se inseriram,

Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 528).

¹⁵⁹ MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 521.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 568.

¹⁶¹ “A teoria geracional vista acima é criticada nos dias de hoje por transmitir, de forma errônea, o caráter de sucessão de uma geração por outra”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pg. 75.

¹⁶² “(...) é inexacto se referir a “gerações” dos direitos fundamentais, considerando que os Direitos Sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita “primeira geração” liberal-individualista”. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. pg. 23.

¹⁶³ “Insistir, pois, na ideia das gerações, além de consolidar a imprecisão da expressão em face da noção contemporânea dos direitos humanos, pode se prestar a justificar políticas públicas que não reconhecem a indivisibilidade da dignidade humana e, portanto, dos direitos fundamentais, geralmente em detrimento da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais ou do respeito aos direitos civis e políticos previstos nos tratados internacionais (...)”. WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.

¹⁶⁴ Direito à saúde, educação, alimentação, trabalho, lazer, moradia, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

para, assim, chegar-se à institucionalização do Direito à Moradia e todas as suas implicações.

Os Direitos Sociais surgiram em meio a um ambiente de desigualdades sociais que se intensificavam cada vez mais, em razão dos ideais liberais do séc. XIX, decorrentes da Revolução Industrial no século XVIII, e do crescente sistema capitalista¹⁶⁵. As revoluções burguesas desse período fizeram com que os direitos individuais se consolidassem no sentido de constituir uma proteção aos arbítrios dos Estados¹⁶⁶.

Isso era reflexo de uma sociedade que passava pela transição dos Estados Absolutistas, e que clamava pelos direitos de liberdade e igualdade, por uma atuação negativa do Estado. Nesse contexto, entendia-se que o mercado desenvolver-se-ia naturalmente, onde cada trabalho individual contribuiria para o próprio enriquecimento e, conseqüentemente, em proveito de toda a sociedade, sem a necessidade de intervenção do Estado por meio de leis nos interesses privados.

Nesse ponto, as relações privadas, fomentadas pela livre iniciativa e pela livre concorrência se auto-bastariam, funcionando como um incentivo ao crescimento individual, o que refletiria no desenvolvimento econômico-social do Estado como um todo.

O constitucionalismo do século XIX trouxe esses ideais liberais de mercado em várias Cartas Constitucionais. No Brasil, a partir da Constituição de 1824, passaram a existir disposições sobre a liberdade de iniciativa no mercado, como forma de garantir os direitos individuais tão reivindicados na época, dentre eles, o da propriedade. Sempre com a perspectiva de intervenção mínima do Estado. Consagraram-se os chamados Direitos de Primeira Dimensão, em que se exigia apenas uma atuação negativa por parte do Estado, para que fossem garantidos tais direitos aos indivíduos.

Entretanto, com o passar do tempo, essa posição de liberalismo atomista, como define João Bosco Leopoldino¹⁶⁷, começou a entrar em choque com a realidade histórica. Isso porque a liberdade do indivíduo no âmbito do mercado começou a mudar com a evolução do capitalismo a partir do próprio século XIX.

O capitalismo começou a viver um momento de Estado Industrial, com a concentração econômica, marcada pela formação de grupos econômicos. Foi nesse momento

¹⁶⁵ “(...) sendo seus marcos a Constituição mexicana de 1917 (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a Constituição alemã de Weimar de 1919 (que, em sua parte II estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos Direitos Sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho, reconhecendo direitos dos trabalhadores”. RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 73.

¹⁶⁶ MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 523.

¹⁶⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo, Forense.

que se viu a necessidade de o Estado intervir para que pudesse garantir a própria liberdade de mercado tão almejada e a proteção das classes hipossuficientes que poderiam vir a ser prejudicadas com a formação desses grupos econômicos que monopolizavam o mercado, minando a livre concorrência, em detrimento do abuso do poder econômico¹⁶⁸, além da forte exploração que vinha ocorrendo principalmente na classe trabalhista.

Nasce aí a ideia de Estado Social¹⁶⁹, como uma tentativa de se buscar o equilíbrio entre a igualdade política existente na época e a desigualdade social iminente. Funcionou como uma reestruturação do Estado Liberal, divergindo dos ideais socialistas de Karl Marx, por exemplo. Isso porque a adesão ao sistema capitalista mantinha-se conservada, mas com a diferença de que o Estado começou a se desprender do controle e domínio burguês, enfraquecendo-o, passando o próprio Estado a ser de todas as classes, e o responsável por mitigar os conflitos sociais¹⁷⁰.

A partir daí, começou a ser traçada a ideia de que o cidadão não poderia mais ser concebido como um ser isolado dentro das suas relações privadas, mas sim como um membro da coletividade, da sociedade, que precisa se desenvolver dentro de um grupo com direitos, deveres e garantias comuns, para que seus direitos individuais até então almejados pudessem ser de fato assegurados. É aí que nasce o ideal de Direitos Sociais, dos direitos de segunda geração, conforme já aqui explicitados¹⁷¹.

Entretanto, essa consagração dos Direitos Sociais está também atrelada à sua normatização, à sua constitucionalização, uma vez que já existia, a esse tempo, legislações sociais que conferiam garantias prestacionais, mas não com tanta força normativa como

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ “Estado Social significa *intervencionismo, patronage, paternalismo*. Não se confunde com o Estado socialista, mas com este coexiste. O mundo moderno fê-lo uma necessidade, não importa sob que regime político. Na democracia moderna oferece problemas capitais, ligados às contradições internas do elemento político sobre que se apoia (as massas) e à hipótese de um desvirtuamento do poder, por parte dos governantes, pelo fato de possuírem estes o controle da função social e ficarem sujeitos à tentação, daí decorrente, de o utilizarem a favor do próprio (caminho da corrupção e da plutocracia) ou no interesse do avassalamento do indivíduo (estrada do totalitarismo). O Estado social da democracia distingue-se, em suma, do Estado social dos sistemas totalitários por oferecer, concomitantemente, na sua feição jurídico-constitucional, a garantia tutelar dos direitos da personalidade”. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007. p. 203-204.

¹⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007. p. 184-185.

¹⁷¹ Nesse ponto, “(...) ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. (...) ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (...)”. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 63-64.

passaram a ter a partir da sua consagração na Constituição mexicana de 1917 e no Texto de Weimar de 1919¹⁷², por exemplo¹⁷³.

Com a Constituição Federal de 1988¹⁷⁴, os Direitos Sociais atingiram seu ápice. Foram consagrados enquanto direitos fundamentais, conferindo-lhes uma supremacia e uma maior força normativa ante o nosso ordenamento jurídico, igualando esses direitos e dando respaldo para que seguissem o mesmo regime jurídico-constitucional¹⁷⁵.

Sob essa égide, na condição de direitos fundamentais, estão sujeitos ao disposto no art. 5º, parágrafo 1º da Constituição Federal brasileira¹⁷⁶, sendo, assim direitos que possuem aplicabilidade direta, devendo todos os órgãos estatais conferir-lhes sua máxima efetividade, eficácia e levar, entretanto, sempre em consideração a ponderação e a harmonização dos direitos existentes em cada caso concreto¹⁷⁷.

Outro ponto importante em razão dessa sua natureza jurídica atribuída pela Constituição de 1988, é o fato de que eles também não são passíveis de modificação, uma vez que enquadram-se dentro do rol das cláusulas pétreas¹⁷⁸, exatamente por terem sido consagrados como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil¹⁷⁹. Eles passaram a receber o mesmo tratamento no que diz respeito à “proteção contra o poder de reforma constitucional e contra intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais”, nos dizeres de Ingo Sarlet¹⁸⁰.

Todavia, conforme já ressaltado, embora esses direitos estejam concentrados no art. 6º, do Capítulo II do Título II da CRFB/88 e sejam eles tipificados como cláusulas pétreas, o

¹⁷² A primeira Constituição que tratou dos Direitos Sociais foi a de 1934, no título XII “Da ordem econômica e social”. Mas apenas na CRFB/88 houve a efetiva positivação dos direitos fundamentais e sociais – assunto que será melhor discorrido no próximo tópico. SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 542.

¹⁷³ MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 523.

¹⁷⁴ Agora, possui capítulos especificamente destinados aos Direitos Sociais: Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais, CRFB/88.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 542.

¹⁷⁶ “Art. 5º, § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 550.

¹⁷⁸ As cláusulas pétreas estão retratadas expressamente no art. 60, parágrafo 4º da CRFB/88, que destacam as matérias constitucionais que não são passíveis de alteração, dentre as quais enquadram-se os direitos fundamentais: “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”.

¹⁷⁹ MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 524.

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 550.

entendimento doutrinário e jurisprudencial é no sentido de que não apenas esses direitos, especificamente, têm o caráter imutável, uma vez que o que lhes confere a imutabilidade é a sua essência, resguardada e positivada constitucionalmente.

Assim, os demais dispositivos que dizem respeito aos Direitos Sociais¹⁸¹, mesmo que regulados por outras partes da Constituição ou incorporados por meio de emenda constitucional são fundamento do Estado Brasileiro e, portanto, não podem sofrer alteração, como foi o entendimento dado, por exemplo, ao princípio da anterioridade tributária¹⁸².

Além do caráter supra ressaltado, ainda em razão do regime jurídico constitucional ao qual se inserem, os Direitos Sociais apresentam uma dimensão objetiva e outra subjetiva. Esta diz respeito à possibilidade de serem exigíveis pelos seus titulares e é forte a corrente tanto doutrinária como jurisprudencial de que seriam direitos subjetivos definitivos. Ou seja, existiria uma obrigação quanto à sua prestação, para que seja garantido o mínimo existencial, “concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade”¹⁸³, como é o caso, por exemplo, do Direito à Moradia.

Já na perspectiva objetiva, o Estado encontra o dever de garantir a sua realização, a sua observância na aplicação e interpretação dos demais direitos no âmbito infraconstitucional, além da criação de mecanismos e instituições que deem efetividade e protejam tais direitos. Trata-se, portanto, da atuação estatal como caráter preventivo, uma vez que é uma forma de se proteger os Direitos Sociais e a sua devida eficácia.

Assim, ultrapassada essa análise da essencialidade dos Direitos Sociais, necessário se faz analisar a estruturação do Direito à Moradia no ordenamento jurídico brasileiro, até o constituinte de 1988, enquanto um direito fundamental de modo a resguardar essa dignidade da pessoa humana, como conteúdo imprescindível da noção de mínimo existencial.

¹⁸¹ Nos termos do art. 5º, parágrafo 2º da CRFB/88, os Direitos Sociais, além do rol do art. 6º, CRFB/88, também abrangem os direitos e garantias implícitos. Além deles, os positivados em outras partes do texto constitucional e ainda os previstos em tratados internacionais. (SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 549).

¹⁸² MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 524.

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 551.

3 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A concepção de justiça trazida por John Rawls agregou ao conceito de justo a ideia do mínimo existencial e da equidade material. Sob essa ótica, os Direitos Sociais, para restarem-se de fato efetivos, demandam não apenas prestações positivas estatais, mas prestações efetivas que reequilibrem o escopo social por essa noção de justiça distributiva. As políticas públicas são, nesse sentir, meios de extrema importância para que tais direitos sejam elevados à sua máxima, enquanto componente fundamental do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, para que se chegue a essa estruturação, necessário se faz entender o processo de institucionalização do Direito à Moradia no ordenamento jurídico interno – e externo –, e a evolução do seu conteúdo nas constituições brasileiras. Para que, assim, possa ser levantada mais a fundo essa problemática da efetividade dos Direitos Sociais e das políticas públicas como uma forma de concretização dos mesmos, conforme será discorrido a seguir.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À MORADIA NO BRASIL E A DELIMITAÇÃO DO SEU CONTEÚDO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

As Constituições mexicana de 1917 e Alemã de Weimar de 1919, trouxeram o modelo de constitucionalização social¹⁸⁴, sendo as primeiras a positivarem os Direitos Sociais. Trouxeram a previsão dos direitos de prestação estatal, exigindo do Estado uma atuação positiva para que fossem concretizados os Direitos Sociais. Isso, através da aplicação de verbas orçamentárias, para que se viabilizasse a persecução dos direitos fundamentais por todos os cidadãos¹⁸⁵.

¹⁸⁴ A constitucionalização social é a consolidação de um novo tipo de Estado – o Estado Social –, que surgiu a partir da crise do Estado Liberal – ou Estado de Direito. NASCIMENTO, Marilza Ferreira do. **Memória e História: a constitucionalização dos Direitos Sociais no Brasil**. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Ciências Sociais Aplicadas (NEPAAD). Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Bahia, ano 7, n. 9, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/878/885>> Acesso em: junho de 2018. p. 19-20.

¹⁸⁵ PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz**

Sob influência da Constituição mexicana e de Weimar, a Constituição brasileira de 1934 instituiu os primeiros Direitos Sociais, que passaram a ser então considerados por todas as demais Constituições subsequentes. Até então, não havia destaque positivado aos Direitos Sociais e garantias individuais nas Constituições do Brasil.

Essa preocupação com a garantia dos Direitos Sociais surgiu também ante uma conjuntura interna. De acordo com o IBGE (2006), o cultivo do café e a industrialização mudaram o cenário do país¹⁸⁶. A partir da década de 1930, onde até então a maior parte da população era rural, começou a haver um desenvolvimento urbano maior na região Sudeste do Brasil, com fluxo saindo do Nordeste¹⁸⁷. E os grandes centros passaram a não suportar toda essa migração interna.

Com essa intensa urbanização, a moradia passou a ser um grande problema social que, até então, não era entendida como uma questão de responsabilidade pública. Acrescenta Cordeiro que:

[...] no Brasil, os problemas fundiários ocorrentes no campo e na urbanização das cidades multiplicaram-se em poucas décadas, tendo em vista que, em razão da falta de políticas de redistribuição de terras por meio da reforma agrária e de incentivos econômicos para a fixação do homem ao campo, grande parte da população migrou da zona rural para as cidades, fazendo surgir, conseqüentemente, grandes massas de sem-terra e de sem-teto¹⁸⁸.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – de 1934 – trouxe a inscrição de um título exclusivamente dedicado à ordem econômica e social (art. 115), e outro dedicado à família, à educação e à cultura (art. 144). Estabeleceu pela primeira vez, a função social da propriedade (art. 113) e a inviolabilidade do domicílio (art. 113)¹⁸⁹. Inovou também ao trazer os princípios da Justiça e Existência Digna, ressaltando a essencialidade da

da Constituição Mexicana de 1917. Revista de Informação Legislativa. Biblioteca Digital do Senado. Brasília, v. 43, n. 169 jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>> Acesso em: junho de 2018.

¹⁸⁶ PAGANI, Elaine Adelina. O direito de propriedade e o Direito à Moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o Direito à Moradia. Porto Alegre: Editora Edipurs, 2009.

¹⁸⁷ DANTAS, Marciano. Blog do Professor. Migrações internas. Publicado em Jan. 2013. Disponível em: <<http://professormarcianodantas.blogspot.com.br/2013/01/migracoes-internas.html>>. Acesso em: junho de 2018.

¹⁸⁸ CORDEIRO, Carlos José. Usucapião especial urbano coletivo: abordagem sobre o Estatuto da Cidade - Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 58.

¹⁸⁹ BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 17 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o34.htm>. Acesso em junho de 2018.

dignidade da pessoa humana, acrescentando o dever do Estado em promover políticas públicas assistencialistas para a promoção desses direitos¹⁹⁰.

Estreitou, portanto, a relação entre o Poder Público e a população, prevendo obrigações daquele perante este. “O interesse passou, então, a ser transferido do indivíduo como centro para o coletivo, buscando-se uma reflexão na produção de um benefício social”¹⁹¹.

Contudo, foram previsões a serem adotadas mais a longo prazo, mantendo a estrutura liberal, apesar de ter incorporando essa demanda social. Todavia, com o golpe político de Getúlio Vargas em 1937, e a instituição do Estado Novo, houve um retrocesso quanto às liberdades políticas e os Direitos Sociais. A constituição de 1937, no seu art. 122¹⁹² resguardou o direito à propriedade, mas desde que dentro dos limites impostos por lei pelo Poder Público.

Em contrapartida, foram desenvolvidas ainda no Governo Vargas políticas públicas no intuito de minimizar os problemas habitacionais alastrados pelo Brasil, com a destinação de recursos dos Institutos de Aposentadoria e Pensões para a construção dos primeiros conjuntos residenciais públicos. Também criou a Lei do Inquilinato, que congelou o valor dos alugueis e proibiu que fossem cobrados tributos do locatário pertinentes ao imóvel que fora locado¹⁹³.

A redemocratização do Brasil só ocorreu com o fim da Segunda Guerra Mundial e, conseqüentemente, do Estado Novo. Marcada pela Constituição Federal de 1946 – a Constituição dos Estados Unidos do Brasil – que enalteceu o papel do Estado para o desenvolvimento econômico, responsabilizando-o pela justiça social, trouxe expressamente em seu art. 147 a função social da propriedade¹⁹⁴. Houve, portanto, uma importante

¹⁹⁰ SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 107.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² Art. 122: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício [...]” (BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em junho de 2018.

¹⁹³ BONDUKI, Nabil. Avanços, limitações e desafios da política habitacional do governo Lula - Direito à habitação em oposição ao direito à cidade. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coords.). **Direito à Moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p.293-317

¹⁹⁴ RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. A construção do sistema de proteção social no Brasil: avanços e retrocessos na legislação social. *Revista Doutrinas Jurídicas*, v. 25, p. 11, 2006. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/construcao.pdf>> Acesso em: junho 2018.

progressão no que concerne aos Direitos Sociais, com um título específico sobre a Ordem Econômica e Social, assim como ocorreu na Constituição de 1934.

Art. 147 – O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos¹⁹⁵.

Com a instituição da Ditadura Militar, houve uma opressão aos direitos fundamentais e, consequentemente, os sociais. Mas, apesar disso, houve um investimento em políticas de habitação¹⁹⁶, em virtude da crescente problemática no campo habitacional do país, com o inchaço dos centros urbanos, a favelização e a acelerada expansão das áreas ilegais de moradia¹⁹⁷.

A Carta de 1967 tratou do direito e propriedade pela perspectiva dos direitos individuais e dos Direitos Sociais, por deixar garantido o direito de propriedade no seu art. 150 e, em seu parágrafo 22, a necessária função social.

Essa Constituição, apesar de restritiva de direitos, foi um passo importante para a consagração do Direito à Moradia. Em 1964, pela Lei nº 4.380/64¹⁹⁸, foi instituído o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), como política de captação de recursos através do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), para financiar as políticas habitacionais¹⁹⁹. Sendo o primeiro recurso Legislativo que instituiu a tutela e a promoção do Direito à Moradia, através de políticas públicas.

A Emenda Popular pela Reforma Urbana, em 1987, trouxe como pilar principal a função social da propriedade e da cidade, acrescentando à Constituição vigente o capítulo urbano, sendo resultado dos movimentos e lutas sociais, que fizeram parte do processo de elaboração da nova Constituição brasileira. Exigiam-se transformações, não só no campo político, mas também social do país. Culminou com a promulgação da chamada

¹⁹⁵ BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em junho de 2018.

¹⁹⁶ Como a criação do Banco Nacional de Habitação (BNH) e o Sistema Financeiro da Habitação (SFH) – que serão melhor tratados no tópico seguinte.

¹⁹⁷ HOLZ, MONTEIRO, 2008.

¹⁹⁸ BRASIL. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de setembro de 1964. P. 8.089. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm>. Acesso em junho de 2018.

¹⁹⁹ SOARES, Christiane Júlia Ferreira. **Direito à Moradia e políticas públicas habitacionais: uma crítica da atuação do Estado na efetivação do direito fundamental**. Belo Horizonte, 2016. p. 31.

Constituição Cidadã²⁰⁰ em 1988 e o novo processo de redemocratização do país²⁰¹, instituindo-se o Estado Democrático Social de Direito Brasileiro.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tratou do Direito à Moradia de forma genérica. Porém, a ausência de uma adjetivação não retira o seu grau de importância e essencialidade, não esvaziando seu conteúdo para que fique à margem do direito da dignidade da pessoa humana e da ideia do mínimo existencial²⁰².

E, apesar de ter sido institucionalizado formalmente no texto constitucional apenas em 2000, com a Emenda Constitucional nº 26, em seu texto original a Constituição brasileira de 1988 já instituiu a prerrogativa à União Federal de promover a divisão de competência urbanística (art. 21, XX). Conferindo a competência comum entre União, Estados e Municípios para promover, conforme seu art. 23, IX, “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Portanto, já havia uma preocupação do constituinte em salvaguardar a moradia, como forma de combater situações de habitações precárias e desumanas que eram realidade de muitos brasileiros.

Mas, para a delimitação do conteúdo do Direito à Moradia na CRFB/88 – enquanto um complexo heterogêneo de direitos e deveres, tanto negativos como positivos –, importante diferenciar seu conceito do de direito de propriedade e direito à propriedade. Embora possuam relação – uma vez que a moradia é um requisito constitucional para se adquirir o domínio e, a propriedade pode vir a servir como moradia ao seu titular –, são direitos fundamentais autônomos, com objetos e âmbitos de proteção próprios, podendo ter relações com outros bens fundamentais²⁰³.

O Direito à Moradia, por se tratar de um direito fundamental, tem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana. Hegel preceitua que a propriedade também constitui o espaço de liberdade da pessoa, pois é um meio onde pode exercer sua dignidade. Isso porque sem um lugar adequado, não há como o indivíduo exercer suas liberdades, e possa gozar de sua intimidade e privacidade, onde tenha uma proteção para si e sua família e possa ter o mínimo de bem estar e de saúde²⁰⁴.

²⁰⁰ Que recebeu essa denominação por enaltecer os direitos do cidadão, com principal enfoque aos direitos fundamentais e garantias de acesso a esses direitos de cidadania.

²⁰¹ RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. A construção do sistema de proteção social no Brasil: avanços e retrocessos na legislação social. Revista Doutrinas Jurídicas, v. 25, 2006. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/construcao.pdf>> Acesso em: junho de 2018. p.13.

²⁰² SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1027.

²⁰³ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1028.

²⁰⁴ *Ibidem*. p. 1025.

Por essa razão, este direito vem sendo considerado, inclusive, como um direito de subsistência, como um desdobramento do mínimo ao próprio direito à vida²⁰⁵, sendo considerado, inclusive, como um direito de personalidade, conforme entendimentos de Sérgio Iglesias Nunes Souza e, mais recente, Luciano de Souza Godoy²⁰⁶.

José Reinaldo de Lima Lopes incluiu ao conceito de Direito à Moradia, não só o direito de ocupar um lugar no espaço, mas também as condições que possibilitem esse espaço ser uma moradia, atrelando a ideia do morar à concepção do existencial humano²⁰⁷. Este direito está, portanto, intimamente ligado à garantia do mínimo existencial dos direitos fundamentais.

Ademais, a falta de uma propriedade sobre um bem imóvel não necessariamente priva, por si só, uma pessoa de uma vida digna – embora possa assumir condição de direito fundamental²⁰⁸. Mas essa premissa, em relação ao Direito à Moradia, não se aplica, uma vez que, conforme já introduzido, a ausência ou a ineficiência desta, implica necessariamente em violação ao direito da dignidade da pessoa humana²⁰⁹.

Assim, apesar de não estar expresso na Constituição Federal o conteúdo mínimo do Direito à Moradia, por haver uma grande conexão com a dignidade da pessoa humana e, inclusive, o direito à vida, infere-se que se deve partir de parâmetros mínimos que resguardecem uma vida saudável e não só o bem-estar físico, mas também o mental e o social – pressupostos para uma vida digna²¹⁰.

Nessa perspectiva, para se chegar ao conteúdo do Direito à Moradia, deve ser feita uma análise de interpretação tópica e sistemática²¹¹, através do diálogo não só com as diversas fontes do direito, mas também com os demais direitos e deveres fundamentais que com ele possuem relação²¹². Isso porque o Direito à Moradia, assim como outros Direitos Sociais – como a saúde –, encontra-se, segundo João Carlos Loureiro, “marcado por zonas

²⁰⁵ VIANA, Rui Geraldo Camargo. O Direito à Moradia. **Revista de direito privado**, abril/junho, 2000. p. 9.

²⁰⁶ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1025.

²⁰⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do Direito à Moradia. **Revista de direito alternativo**, 1993. p. 21.

²⁰⁸ Assim, a propriedade, se conecta à fundamentos da dignidade da pessoa humana e de uma vida digna, merece tutela por cumprir uma função não apenas patrimonial, mas também existencial. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²⁰⁹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1028.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 62.

²¹¹ Sobre o tema, FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 2004.

²¹² Além disso, assim como nos demais direitos humanos fundamentais, o Direito à Moradia deve observar uma juridicidade em rede, a partir da interpretação das normas internacionais e do direito comparado. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1030.

de sobreposição com esferas que são autonomamente protegidas”²¹³ – apesar de serem direitos autônomos – como exemplo do direito à vida, saúde, alimentação, privacidade e intimidade, de propriedade e ao meio ambiente.

Ademais, para se chegar de fato ao seu conteúdo, deve-se ter por base os padrões internacionais para os Direitos Sociais, econômicos e culturais, criados e firmados pela Comissão da ONU, trazendo diversos elementos básicos que devem ser atendidos para se garantir o Direito à Moradia²¹⁴, quais sejam:

- a) Segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem, incluindo um conjunto de garantias legais e judiciais contra despejos forçados;
- b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo de alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.);
- c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas;
- d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, notadamente assegurando a segurança física aos seus ocupantes;
- e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência;
- f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais;
- g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população²¹⁵.

Essas diretrizes reafirmam o que vem sendo desenvolvido, que o Direito à Moradia vai além da sua simples garantia, abarcando também características que garantam uma vida digna, para que atinja sua plena efetividade. E, por se tratar de um direito fundamental, o Direito à Moradia também representa um conjunto de posições jurídicas²¹⁶, por exercer de forma simultânea os direitos de defesa e de prestações, vinculando assim as entidades estatais bem como também os próprios particulares²¹⁷.

E a dupla dimensão dos direitos fundamentais – aqui já abordada – também se aplica ao Direito à Moradia, apresentando também dimensões negativa e positiva. Dessa maneira, tem-se que o direito subjetivo à moradia, na sua condição negativa, reclama a não interferência, afetação, por parte do Estado. Já na dimensão positiva, tem “por objeto a

²¹³ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1030.

²¹⁴ Parágrafo 8º do Comentário-Geral nº 4 a respeito de um Direito à Moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU.

²¹⁵ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1031.

²¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012, p. 240.

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

criação e estruturação de órgãos, a edição de normas que estabelecem procedimentos de tutela e promoção dos direitos, o fomento de bens e serviços ou outras ações comissivas”²¹⁸.

E é exatamente a dimensão negativa a qual a acima citada diretriz internacional faz referência, ao trazer afirmações como “respeitar” e “proteger”, trazendo a necessidade de defesa do Direito à Moradia. Em contrapartida, também enaltece ações concretas para efetivar esse dever de proteção – por meio de ações normativas ou fáticas – imbricando as suas dimensões negativa e positiva.

No concernente ao Direito à Moradia, ressalta Ingo Sarlet que este resta-se protegido contra qualquer ingerência do Estado, que o limite de forma indevida, exatamente pelo caráter da função defensiva dos direitos fundamentais, a dimensão negativa. Assim, qualquer violação a esse direito é passível, a uma primeira vista, de impugnação judicial, devendo tanto o Estado como os particulares respeitarem e não afetarem a moradia digna – salvo em casos de interferência legítima²¹⁹.

Robert Alexy preceitua que, na condição de direito subjetivo negativo ou de defesa, abrange os direitos ao não impedimento de ações; à não afetação de propriedades ou determinados bens-jurídicos; e à não eliminação de posições jurídicas²²⁰. Implica, assim, na proibição do retrocesso no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais sociais.

Todavia, esse dever de proteção do Estado vai além da não intervenção ou não violação – a dimensão negativa propriamente dita. Resulta, também na necessidade de ação, para que se promovam concretamente atos que proporcionem uma mínima proteção eficaz do Direito à Moradia, seja pela edição de atos normativos, ou por medidas ativas a proporcionar a consecução desse direito – a chamada dimensão prestacional – positiva²²¹.

Assim, essa dimensão negativa acaba sendo um meio de tutela indispensável da própria dimensão positiva, isso porque, nos dizeres de Ingo Sarlet, “de nada adiantará assegurar (positivamente) o acesso a uma moradia digna, se esta moradia não estiver protegida (negativamente) contra ações do Estado e de terceiros”²²². A posição subjetiva

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1033.

²¹⁹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1034.

²²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 186 e ss.

²²¹ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1035.

²²² *Idem*.

negativa assume, portanto, o caráter de não intervenção, ao passo que a positiva traz uma exigência de atuação, por meio de prestação fática ou normativa.

Nesse sentir, Vieira de Andrade preleciona que, havendo insuficiência ou falta normativa quanto aos direitos de liberdades e garantias,

o princípio da aplicabilidade direta vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa²²³.

Conclui-se, portanto, que apesar de os direitos fundamentais em sua dimensão negativa poderem trabalharem com conceitos indeterminados – como ocorre exatamente com o Direito à Moradia – não há restrição para que tais direitos possam sim ter definido o seu conteúdo através da intervenção judicial, quando houver necessidade diante de um caso concreto. Não podendo, assim, ficar a sua interpretação e intervenção apenas a cargo do legislador²²⁴.

Luís Roberto Barroso entende que os direitos fundamentais não podem ficar condicionados apenas à uma prévia regulamentação legal, pois possuem efeitos diretos, por gerarem ao seu titular esse direito subjetivo de caráter negativo²²⁵. Nessa perspectiva, Celso Antônio Bandeira de Melo acrescenta que a lei não se resta indispensável para a persecução do direito, principalmente quando se tratam de direitos de defesa, por traduzirem-se em situações que a norma constitucional confere ao particular um poder jurídico – situação subjetiva ativa – que possui aplicabilidade de gozo imediata, independente de qualquer outra prestação, sendo suficiente apenas a abstenção do destinatário da norma – seja o Estado ou o particular²²⁶.

Entretanto, importante ressaltar que, apesar de sua dimensão negativa – por ter seu conjunto de posições jurídicas diretamente aplicáveis no plano normativo –, não implica dizer que o Direito à Moradia – assim como os demais direitos fundamentais – seja absoluto,

²²³ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 256-257.

²²⁴ SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1036.

²²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 106.

²²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de direito público** 57/58: 242, 1981.

sem restrições²²⁷. A exemplo das situações de conflito entre o Direito à Moradia com outros direitos fundamentais resguardados constitucionalmente, onde um pode prevalecer sobre o outro dependendo do caso concreto.

Assim, por ser signatário dos tratados internacionais sobre direitos humanos²²⁸, bem como em razão do seu art. 5º, parágrafo 2º, e art. 4º, da CRFB/88, o Brasil tem a obrigação de não só garantir mas como a de efetivar esse Direito à Moradia. Ademais, por ser um direito amplamente reconhecido no âmbito internacional, assume as características dos demais direitos humanos, como a fundamentalidade, a indivisibilidade, a irrenunciabilidade, a universalidade, a interdependência e a inter-relação²²⁹, sendo dever do Estado a promoção e persecução desse direito, por meio da criação legislativa, de instrumentos, programas e planos de ação que implementem políticas públicas habitacionais, garantindo a efetivação desse direito fundamental humano.

Como visto até aqui, o Direito à Moradia não pode ser concebido de forma isolada, estando intimamente relacionado ao contexto geral dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos demais direitos fundamentais. Assim, não basta essa garantia. Os Direitos Sociais precisam ser efetivados.

3.2 A EFICÁCIA E APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Entretanto, a despeito dessas características de atuação positiva e negativa, e de serem normas de aplicação imediata, a eficácia dos Direitos Sociais no ordenamento jurídico brasileiro – e, conseqüentemente, do Direito à Moradia – encontra diversas barreiras. Com a instituição do Estado Liberal, clamou-se pela garantia dos Direitos de Liberdade, já no Estado Social, pela garantia e firmação dos Direitos Sociais. Agora, o problema ultrapassou a simples garantia estatal ou legal, entrou no campo prático, da concretude, de fato, dos direitos. E os Direitos Sociais, em especial, por demandarem essa prestação positiva, acabam padecendo de forma mais severa, e tornando-se muitas vezes inefetivos nas mais diversas áreas – social, econômica, política.

²²⁷ José Afonso da Silva ressalta que, no que diz respeito às normas de eficácia plena – que possuem capacidade de gozar de todos os seus efeitos –, estas não afastam uma possível restrição, principalmente no que diz respeito ao exercício dos direitos subjetivos. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1037.

²²⁸ A exemplo, a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Protocolo de São Salvador (1988) adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto de São José da Costa Rica – acolhendo expressamente o princípio do não retrocesso social.

²²⁹ Art. 5º, Parte I, da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993.

Existem várias divergências no campo doutrinário e jurisprudencial para tentar se chegar a uma conclusão do por que dessa inefetividade. Algumas teorias justificam em razão do seu caráter programático, em que alguns Direitos Sociais só teriam eficácia após a sua devida regulamentação, não produzindo, portanto, efeitos imediatos, dependendo de outra norma ou de algum serviço para atingirem os seus fins.

Todavia, tais teorias são equivocadas, uma vez que as normas de Direitos Sociais possuem a mesma base de criação das demais normas constitucionais, qual seja, o Poder Constituinte, não havendo distinção quanto a sua implantação, sendo, portanto, exigíveis e independentes da discricionariedade administrativa ou legislativa²³⁰.

O que se pode depreender é que a inefetividade dos Direitos Sociais não se encontra na sua estrutura normativa, uma vez que a Constituição conferiu todo o aparato legal para que produzam plenamente seus efeitos, conforme discorrido até o presente momento pelos levantamentos já efetuados. O que se observa, segundo entendimento de Ivez Martins, é a falta de vontade política para que tais direitos se concretizem, uma vez que “inexiste intenção em sua concretização, porque há outras finalidades prioritárias para alocação das receitas do Estado, mesmo que esta efetivação seja considerada como essencial para a evolução da sociedade”²³¹.

Há, portanto, a necessidade de que existam elementos fora do campo jurídico-normativo para que os Direitos Sociais se tornem de fato efetivos. Isso porque, enquanto normas, eles são aptos a produzir diversos efeitos imediatos, como a revogação de normas anteriores e a vinculação do legislador para efetuar sua regulamentação. Também predis põem o controle de constitucionalidade, servem como parâmetro de interpretação e aplicação de normas, sendo, portanto, autossuficientes quanto a eficácia do seu conteúdo²³².

O problema se encontra exatamente na dependência que esses direitos têm da necessidade de instituição de políticas públicas para que sejam efetivados, estando, assim, sempre vinculados aos poderes estatais, que se valem dos textos normativos abertos para não dar efetividade ao que de fato é proposto pelo texto constitucional. Há uma diferença, portanto, quanto ao seu caráter de aplicabilidade imediata (que de fato existe), e a sua efetividade concreta (que depende da atuação administrativa).

²³⁰ MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 536.

²³¹ MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 538.

²³² *Idem*.

Precisa-se, nessa perspectiva, do direcionamento de recursos orçamentários e de planejamentos para que esses Direitos Sociais se concretizem, uma vez que, em razão do seu caráter prestacional já explicitado, demandam da intervenção de políticas públicas. Compete aos três poderes atuações diretas para que esses direitos se tornem efetivos: ao Poder Executivo, a estruturação desses serviços e a liberação dos recursos para que o plano abstrato normativo, de plena eficácia, entre com a mesma efetividade no plano fático; ao Poder Legislativo, a sua regulamentação e ao Judiciário, a garantia da sua realização²³³, pelo próprio desdobramento do direito de ação e do acesso à justiça.

Ingo Sarlet aponta que a efetividade dos Direitos Sociais está diretamente ligada à “reserva do possível”, que é exatamente essa condição econômica dos Direitos Sociais, ou seja, a relação que existe entre esses direitos e as prestações estatais, quanto à “destinação, criação e (re) distribuição de recursos materiais e humanos, com destaque para os aspectos econômicos, financeiros e tributários que dizem respeito à efetividade dos Direitos Sociais”²³⁴.

A reserva do possível, na interpretação dada pela doutrina brasileira²³⁵, diz respeito à “possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência orçamentária ou de dinheiro”²³⁶ nos cofres públicos.

Entretanto, o que se vê é que há uma limitação dessa reserva do possível, daí a falta de efetividade na prática dos direitos que dela dependem, pois há uma objeção tanto no seu campo fático quanto no jurídico. No primeiro, destaca-se a falta de recursos econômicos, humanos e técnicos para colocá-los em prática. Já a limitação jurídica, remete ao problema de gestão e definição do que é prioridade nos gastos públicos, e da prevalência de certos direitos fundamentais em casos concretos quando há conflito. Isso porque essa limitação fática depende da efetividade normativa, onde se exige que o destinatário da norma tenha “capacidade jurídica e o poder de disposição (isto é, a competência), sem os quais de nada adiantam recursos existentes”²³⁷.

²³³ *Idem*.

²³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 560.

²³⁵ Houve, no Brasil, uma desinterpretação do sentido dessa expressão, uma vez que ela surgiu na Alemanha (*Vorbehalt des Möglichen*), e equivalia a uma “reserve democrática”, no sentido de que as prestações sociais deveriam se pautar pelo princípio da democracia, não se confundindo com a reserve de orçamento, não se aplicando ao mínimo existencial. (NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Fundamento, judicialização e Direitos Sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010. p. 324).

²³⁶ NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Fundamento, judicialização e Direitos Sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010. p. 326.

²³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 560.

Assim, suscita-se que essa “reserva do possível” dos Direitos Sociais caracteriza-se por três aspectos: a real disponibilidade fática e jurídica dos recursos materiais e humanos para que esses direitos sejam efetivados, e da proporcionalidade que deve haver na prestação, no sentido de levar em consideração a exigibilidade e a razoabilidade quanto ao titular do direito. A disponibilidade jurídica está no sentido de essa disponibilidade ter relação com as distribuições de receitas tributárias, legislativas, administrativas e orçamentárias do Brasil, resguardando o sistema federativo²³⁸.

Conclui-se, portanto, que, no que concerne à efetividade desses direitos, existe uma obrigação por parte do Estado em otimizar os recursos que precisam ser empreendidos de modo a minimizar esses impactos na reserva do possível, para que não haja limites na eficácia de fato dos Direitos Sociais. A reserva do possível não pode ser tida como um obstáculo intransponível, não sendo respaldo para uma possível omissão estatal quanto à efetivação desses direitos fundamentais, em especial para os sociais aqui tratados²³⁹.

Tendo em vista essa certa dependência existente entre a efetividade dos Direitos Sociais e as atuações públicas, desenvolveu-se no Brasil, especialmente, uma linha de posicionamento de proibição do retrocesso jurídico-constitucional, de forma a coibir e controlar possíveis medidas restritivas, supressivas ou que alterem esses direitos por parte do Estado. E acaba se torando um papel do Judiciário efetivar e controlar esse princípio.

Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem o princípio da vedação ao retrocesso social como uma garantia constitucional implícita, como uma forma de proteção desses direitos, para que não seja desconstituído ou afetado determinado direito fundamental e social, pairando sempre na conformidade com o disposto no texto constitucional.

Os Direitos Sociais não se encontram, portanto, em razão dessa vedação, à disposição dos poderes públicos. Não se admite a discrepância entre o que já foi alcançado por meio de prestações de modo a garantir o mínimo existencial, e as legislações futuras. Estas devem resguardar o que já foi concretizado, não podendo se valer da justificativa da necessidade de alterações no sistema de prestações sociais em razão da constante mudança no cenário social.

Vê-se, portanto, que os Direitos Sociais pairam dentro da discussão que envolve a necessidade de prestações públicas para que se possa garantir um mínimo existencial à coletividade, que seria o centro do objetivo dos Direitos Sociais, conforme já fora

²³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 284 e ss.

²³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 562.

largamente explicitado. Entretanto, necessário se faz, para que se possa, por fim, ultrapassar essas considerações gerais acerca dos Direitos Sociais, entender a conotação do direito ao mínimo existencial no cenário da doutrina brasileira.

Como visto, ideia de mínimo existencial começou a ser difundida no Segundo Pós-Guerra, na Alemanha, com a concepção de que a dignidade da pessoa humana não demandaria apenas as garantias de liberdade, dos direitos de primeira geração, mas também um mínimo de segurança social, o que fez culminar com o ideal de Estado Social de Direito. Assim, o conceito de existência digna vai além dos subsídios mínimos necessários para a existência física de uma pessoa, abarcando o mínimo de existência social, com acesso à cultura, vida política, ou seja, um mínimo existencial sociocultural²⁴⁰.

Esse também é o entendimento incorporado pela doutrina brasileira, em que se preceitua que o mínimo existencial dos Direitos Sociais vai além do que se entende por condições mínimas vitais de sobrevivência do ser humano, resguardando a vida não com um fim em si mesma, mas que seja saudável, digna, de qualidade. Difundi-se a ideia de que dignidade da pessoa humana também está ligada a vida sociocultural das pessoas, elemento esse que deve ser considerado e protegido, quando se fala em Direitos Sociais.

Na Constituição Federal de 1988, esse entendimento acerca do mínimo existencial pode ser observado em diversos dos seus dispositivos, dentre os quais o art. 170, *caput*²⁴¹, que retrata da ordem econômica do país, onde se ressalta que deve haver a garantia da existência digna dos princípios a ela inerentes, tanto na ordem objetiva como subjetiva.

Nessa perspectiva, não se pode dizer que os direitos fundamentais sociais se reduzem estritamente ao conteúdo do mínimo existencial. Isso porque este deve abarcar, no âmbito dos Direitos Sociais, segundo Ingo Sarlet, “o conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, no sentido de algo que o Estado não pode subtrair do indivíduo (dimensão negativa) e, ao mesmo tempo, algo que cumpre ao Estado assegurar, mediante prestações de natureza material (dimensão positiva)”²⁴².

Assim, conclui-se que o direito ao mínimo existencial, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, não afasta ou substitui os Direitos Sociais positivados constitucionalmente, concentrados de forma geral no seu artigo 6º. Todos os direitos elencados nesse artigo podem ser exigidos de imediato, independentemente de

²⁴⁰ *Ibidem*. p. 571.

²⁴¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...), CRFB/88.

²⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 574.

regulamentação, por serem direitos fundamentais intrínsecos ao indivíduo e a toda a coletividade, e devem ser prestados pelo Estado de forma a garantir a sua efetividade, com respeito à dignidade da pessoa humana, ao mínimo existencial, mas sem neles se esgotar, porque clamam por muito mais que isso.

Esses apontamentos efetuados são o fio condutor da problemática dos Direitos Sociais. São as características comuns a todos, e servem de base para o estudo das implicações de cada um desses direitos reservados constitucionalmente.

O Direito à Moradia, centro desta pesquisa, encontra baila em todos esses levantamentos, mas, para que se possa chegar à conclusão acerca das prestações estatais no que diz respeito à garantia desse direito, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre as suas especificidades no cerne da Constituição Federal brasileira de 1988, conforme será feito a seguir.

3.3 A FIRMAÇÃO DO DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO SOCIAL E OS REFLEXOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

O Direito à Moradia, mesmo antes de ser incorporado pela Emenda Constitucional 26 de 14.2.2000 ao rol do art. 6º da CRFB/88, já possuía uma certa força constitucional e era reconhecido como uma expressão dos Direitos Sociais, tanto por força de dispositivos do direito interno como do externo.

A título de exemplo, o artigo 23, IX da Constituição Federal, já reconhecia ser de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a promoção de “programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento”.

Esse reconhecimento vem de uma conjuntura internacional, que incorporou a necessidade de resguardar esse direito para uma existência digna. O primeiro passo para tal foi a inclusão desse direito ao rol dos Direitos Humanos, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948²⁴³, que preceituou que a habitação, atrelada à saúde, ao bem-

²⁴³ “Com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o direito a uma habitação condigna passou a integrar o conjunto dos direitos humanos universalmente aplicáveis e reconhecidos. Posteriormente, este direito foi reafirmado num vasto conjunto de outros instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, consagrados a grupos distintos da sociedade. Pelo menos 12 textos diferentes foram adotados e proclamados pelas Nações Unidas, reconhecendo explicitamente o direito a uma habitação condigna”. (Fichas Informativas sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Ficha Informativa número 21, **O Direito Humano a uma Habitação Condigna**, p. 10. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_21.pdf>. Acesso em maio de 2018).

estar, alimentação, vestuário, cuidados médicos e serviços sociais são direitos que devem ser assegurados ao indivíduo e à sua família²⁴⁴.

Nesse sentido, a ONU criou, no ano de 2000, a Relatoria Especial para o Direito à Moradia Adequada, com a função de examinar, monitorar, relatar e aconselhar esse Direito à Moradia em todo o mundo, de modo a promover a assistência e cooperação a governos para garantir as melhores condições de moradia²⁴⁵.

De acordo com a Relatoria, o Direito à Moradia vai além de um espaço físico, pois abrange o direito de acesso a um lar e à comunidade devidamente seguros, com uma vida em paz, saudável e digna. Informa que, para tais fins, a moradia adequada deve incluir a segurança da posse; a disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos; um custo acessível, tanto para a sua aquisição/construção, como para sua manutenção; a habitabilidade, com boas condições de moradia; a não discriminação e priorização de grupos vulneráveis, de modo que as leis e políticas habitacionais confirmem prioridade ao atendimento dos grupos com necessidades especiais e hipossuficientes; a localização adequada, com oportunidades de desenvolvimento econômico, social e cultural; e a adequação cultural, expressando a diversidade e a identidade cultural dos moradores²⁴⁶.

A Relatora Raquel Rolnik, no informe das Nações Unidas sobre a habitação, destacou ainda a importância desta para a existência de um padrão de vida adequado, reconhecendo a necessidade da proteção da posse e da consequente moradia para que se preserve a dignidade humana. Aborda o conceito de segurança da posse como um componente desse Direito à Moradia adequada²⁴⁷.

²⁴⁴ “Artigo XXV 1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle”. (Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: abril 2014.

²⁴⁵ Disponível em: <http://direitoamoradia.org/?lang=pt>. Acesso em maio de 2018.

²⁴⁶ Fichas Informativas sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Ficha Informativa número 21, *O Direito Humano a uma Habitação Condigna*, p. 26-29. Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_21.pdf. Acesso em maio de 2018.

²⁴⁷ “La Relatora Especial sobre una vivienda adecuada presenta este informe de conformidad con la resolución 15/8 del Consejo de Derechos Humanos. En él, la Relatora Especial aborda pormenorizadamente el concepto de la seguridad de la tenencia como componente del derecho a una vivienda adecuada. El telón de fondo es una crisis mundial de inseguridad de la tenencia que se manifiesta de muchas maneras y en distintos contextos — desalojos forzosos, desplazamientos causados por el desarrollo, catástrofes naturales, y conflictos y acaparamiento de tierras— y se observa en los millones de personas que residen en zonas urbanas con regímenes de tenencia poco seguros. La Relatora Especial hace referencia a las orientaciones existentes en el derecho internacional de los derechos humanos, planteando algunas cuestiones sobre las obligaciones concretas de los Estados en relación con la seguridad de la tenencia. Examina la amplia gama de regímenes de tenencia existente y el hecho de que las políticas y prácticas se centren en una forma de tenencia: la propiedad individual. La Relatora Especial aborda también algunos retos operacionales y normativos relacionados con la

Esse direito passou a ser tratado, portanto, sob uma nova perspectiva, de íntima correlação com a dignidade da pessoa humana. A disposição de uma habitação condigna passou a ser considerada, universalmente, como uma das necessidades básicas do homem, estando intimamente relacionada com a dignidade, a saúde, tanto física quanto mental, ou seja, a qualidade de vida no geral. A Estratégia Global para o Abrigo define a habitação condigna como sendo aquela que compreende uma intimidade suficiente, um espaço e segurança adequados, ventilação e iluminação suficientes, com uma infraestrutura básica e localização adequada de certa forma ao local de trabalho e aos serviços sociais, apresentando custos razoáveis para a sua construção ou aquisição bem como a manutenção²⁴⁸.

A partir daí, passou a ser objeto de diversos tratados e documentos internacionais²⁴⁹, destacando a sua importância e necessidade de preservação do mesmo no âmbito interno dos

seguridad de la tenencia. Para concluir, subraya la necesidad de orientaciones más específicas y amplias sobre la seguridad de la tenencia en el ámbito de los derechos humanos y las actividades operacionales. (...)El reconocimiento y la protección de la seguridad de la tenencia es uno de los desafíos más complejos del mundo actual y es fundamental para prevenir las formas más atroces de desalojo, desplazamiento y desamparo. Además, la seguridad de la tenencia, como piedra angular del derecho a una vivienda adecuada, es esencial para la dignidad humana y para promover unas condiciones de vida adecuadas. La Relatora Especial ha destacado la complejidad y el carácter polifacético de la seguridad de la tenencia, tanto en la práctica como en el derecho. Si bien los mecanismos de derechos humanos y los tribunales nacionales, regionales e internacionales se han centrado sobre todo en el desalojo forzoso, las políticas y las prácticas relativas a la tenencia de la tierra han seguido un enfoque muy diferente, con especial atención al inicio de la seguridad de la tenencia a través de programas de otorgamiento de títulos basados en la concesión de derechos de propiedad. En la última década se han observado algunos avances hacia enfoques más flexibles e integrales para reconocer y proteger distintas formas de tenencia. (Assembleia Geral. Nações Unidas. Conselho de Direitos Humanos. Promoção e proteção de todos os direitos humanos, civis, políticos, sociais e culturais incluídos no direito de desenvolvimento. *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como element integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respect*, Raquel Rolnik. A/HRC/22/46. Distr. General. 24 de dezembro de 2012. Disponível em: < http://direitoamoradia.org/wp-content/uploads/2013/02/A.HRC_22.46_sp.pdf>. Acesso em maio de 2018).

²⁴⁸ Fichas Informativas sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Ficha Informativa número 21, *O Direito Humano a uma Habitação Condigna*, p. 9. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_21.pdf>. Acesso em maio de 2018.

²⁴⁹ “O n° I do artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama: *‘toda pessoa tem o direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade’*. O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas conta com 108 ratificações ou adesões e talvez contenha o mais significativo do direito a uma habitação condigna no conjunto dos princípios jurídicos que constituem o direito internacional dos direitos humanos. O n° I do art. 11 do Pacto declara: *‘Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para s suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito, reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida’*. Para além destas duas fontes, tanto a Declaração das Nações Unidas sobre o Progresso Social e o Desenvolvimento (1969) como a Declaração de Vancouver sobre os Estabelecimentos Humanos, das Nações Unidas (1976), reconhecem o direito de todas as pessoas a uma habitação condigna”. (Fichas Informativas sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Ficha

Estados²⁵⁰. O Brasil é signatário e ratificou diversos tratados que versam sobre o tema e, como é sabido, hoje os tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos possuem um status supralegal, podendo chegar a ter força de Emenda Constitucional²⁵¹.

Desse modo, os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário já possuíam força de lei, e tornavam possível a invocação direta do Direito à Moradia mesmo antes da sua positivação expressa²⁵². Acredita-se que todo esse aparato de obrigações assumidas no âmbito internacional, contribuiu para a inclusão do Direito à Moradia no rol dos Direitos Sociais expressos no artigo 6º da CRFB/88, pela EC 26/2000²⁵³, concretizando, assim, esse direito também no plano interno, elevando-o a um status de direito fundamental, com todas as suas devidas implicações, conforme já largamente aqui explicitado.

Ademais, sempre se defendeu a ideia, em nosso ordenamento jurídico, da existência de um direito fundamental à moradia implícito, antes mesmo da sua positivação expressa, por ser um direito intrínseco ao da dignidade da pessoa humana, tendo ampla relação com a garantia para a existência de condições materiais básicas para uma vida digna²⁵⁴. Não se

Informativa número 21, *O Direito Humano a uma Habitação Condigna*, p. 10-11. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_21.pdf>. Acesso em maio de 2018).

²⁵⁰ “O direito a uma habitação condigna constitui a pedra angular da Estratégia Global para o Abrigo: O direito a uma habitação condigna está universalmente reconhecido pela comunidade das nações... Todas as nações, sem exceção, reconhecem as obrigações assumidas no sector da habitação, como o evidencia a instituição, neste domínio, de ministérios ou instituições, a afectação de fundos ao sector da habitação e as respectivas políticas, programas e projetos... Todos os cidadãos de todos os Estados, por muito pobres que sejam, têm o direito de esperar que os seus governos se preocupem com as suas necessidades de alojamento, e reconheçam a obrigação fundamental de proteger e de melhorar as casas e os bairros, em vez de os danificar e destruir”. (Fichas Informativas sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Ficha Informativa número 21, *O Direito Humano a uma Habitação Condigna*, p. 9. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_21.pdf>. Acesso em maio de 2018).

²⁵¹ - A EC 45/04, trouxe um status diferenciado para os tratados, ao introduzir ao Art. 5º da CRFB/88, o parágrafo 3º, que prevê a constitucionalização formal dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos. Determinou um procedimento especial que vai permitir que os Tratados sobre Direitos Humanos tenham status de Emenda Constitucional. Para tanto, os tratados sobre Direitos Humanos devem passar por dois turnos de votação em cada casa do Congresso Nacional por 3/5 dos votos dos respectivos membros.

²⁵² “Diante desse novo panorama, observa-se que a proteção dos direitos fundamentais do homem não mais se encontra vinculada aos Estados e seus interesses exclusivos. A comunidade internacional e os princípios por ela defendidos clamam pela consolidação da proteção internacional dos Direitos Humanos independente de fronteiras e de ordenamentos jurídicos ou mesmo de ideologias e religiões. (...) Alguns autores tendem a afirmar que o princípio da prevalência dos direitos humanos, em virtude do seu status especial, limita ou redefine a própria soberania estatal, demolindo a característica de absolutividade do dogma da soberania. (MOREIRA, Thiago Oliveira. A aplicação de tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira. 2012. 306 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Departamento de Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufrn.br:8080/jspui/bitstream/1/9949/1/ThiagoOM_DISSERT.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.)

²⁵³ LINS, Sandra. *Breves comentários sobre o Direito à Moradia no Brasil*. 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com>. Acesso em: abril 2014.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 587.

confundia, portanto, com o direito de propriedade já consagrado, por ser um direito de personalidade, relacionado intimamente à dignidade da pessoa humana.

Vê-se claramente que, no que diz respeito ao Direito à Moradia, sempre existiu o poder-dever do Estado de efetivar prestações positivas para que tal direito fosse resguardado. Nos dizeres de José Afonso da Silva, “o Direito à Moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc., para nele habitar”²⁵⁵. Não significa, entretanto, necessariamente o direito à casa própria, uma vez que a ideia do “morar” está relacionada à habitualidade, à garantia de que todos tenham um lugar onde possam desenvolver sua vida íntima e privada de forma digna.

Do latim, “morari” significa demorar, ficar, mas isso não exclui o fato de que a casa própria, bem como os mecanismos garantidores para que se consiga a casa própria, estejam intimamente ligados à efetivação desse direito, muito pelo contrário. O Programa Minha Casa, Minha Vida²⁵⁶ é um grande exemplo de uma política estatal, de uma prestação positiva por parte do poder público, para dar a efetividade que esse Direito Social reclama, na tentativa de fazer valer o Direito à Moradia a partir da conquista da casa própria.

Arelado ao conceito do mínimo existencial e suas implicações no Direito Social, o Direito à Moradia não engloba, portanto, apenas a ocupação de uma habitação. O que se resguarda é exatamente uma habitação digna, com dimensões adequadas, com as condições mínimas de higiene, conforto, de modo a tornar possível a vida íntima e privada ao indivíduo.

Isso porque, ao ser inserido expressamente no texto constitucional, o Direito à Moradia ganhou um caráter supralegal, e se norteia por normas e princípios que o elevam a tal. Deve, portanto, caminhar de acordo com outros preceitos fundamentais que o enriquecem e o fundamentam, como o princípio da dignidade da pessoa humana, presente no

²⁵⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

²⁵⁶ O Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV) – Faixa 1 – foi instituído através da conversão da Medida Provisória de n. 459/2009 na Lei n. 11.977 de 7 de julho de 2009. Tem por objetivo a construção de unidades habitacionais para famílias com renda bruta de até R\$ 1.395,00 e é gerido pelo Ministério das Cidades, sendo operacionalizado e financiado através da Caixa Econômica Federal, totalizando R\$ 34 bilhões em subsídios para atender à população com renda de 0 a 10 salários mínimos. Os subsídios do Programa advêm de recursos do Orçamento Geral da União e do FGTS, ambos geridos pela CEF, que concentra a maior parte dos financiamentos do Programa. A Lei nº 11.977/09, que dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, preceitua que sua finalidade é a de proporcionar o incentivo à moradia, a partir da produção e aquisição de unidades habitacionais, para um público alvo específico. (Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/04/entenda-como-funciona-o-minha-casa-minha-vida>>. Acesso em maio de 2018).

Artigo 2º: O PMCMV tem como finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até 10 (dez) salários mínimos, que residam em qualquer dos Municípios brasileiros.” (Lei nº 11.977, 7 julho de 2009, pela qual foi implantada o PMCMV).

seu art. 1º, III, o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), e a concepção de que a casa é um asilo inviolável, conforme preceitua o art. 5º, XI²⁵⁷.

Nessa perspectiva, Ingo Sarlet destaca que a definição do Direito à Moradia não pode “prescindir da relação estreita com o princípio da dignidade da pessoa humana e com a garantia de padrões qualitativos mínimos a uma vida saudável, tudo a revelar a importância (...) dos critérios vinculados ao mínimo existencial”²⁵⁸. Essa relação indissociável vem exatamente do fato de que a moradia cumpre a função de ser uma das condições materiais mínimas necessárias para uma existência digna.

É com esse fulcro que o Direito à Moradia é considerado como um direito de subsistência, como uma expressão do próprio direito à vida²⁵⁹, sendo defendida a sua inclusão, portanto, dentro do rol dos direitos de personalidade²⁶⁰. Quanto a isso, Francisco Amaral defende que o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos alicerces dos direitos de personalidade, conferindo ainda mais embasamento para essa relação entre os Direitos Sociais e a dignidade da pessoa humana²⁶¹.

Assim, o direito de personalidade entendido como um direito de integridade física, é violado no momento em que o Direito à Moradia seja exercido sem que haja o mínimo existencial relacionado a essa dignidade humana. Segundo Sérgio Iglesias Nunes de Souza, o Direito à Moradia surge com o nascimento do indivíduo e com ele segue até sua morte, não dependendo, portanto, da existência de um contrato ou da criação de uma lei para que possa ser exigível²⁶².

Nessa ótica, de acordo com Sérgio Iglesias Nunes Souza, a moradia consiste, em um bem inerente à pessoa que independe da existência efetiva de um bem físico para que sua proteção jurídica possa ser exigida. E que, ao ser concebida como um direito fundamental,

²⁵⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 588.

²⁵⁹ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1996, incorporado pelo Brasil em 1992, elenca o Direito à Moradia como um direito necessário para se ter um adequado padrão de vida.

²⁶⁰ NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Fundamento, judicialização e Direitos Sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010, p. 1025.

²⁶¹ “O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico constitucionalmente positivado que se constitui no marco jurídico, no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos fundamentais da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Significa ele que o ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para os fins outros”. (AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 6a ed. São Paulo: Renovar. 2006. p. 251).

²⁶² SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à Moradia e de Habitação**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 194.

ela reúne todas as características como tal, sendo, portanto, irrenunciável, indissociável e indisponível²⁶³.

Tal condição de direito fundamental implica conferir-lhe, ainda, outras características, como a inalienabilidade, em razão de não recair sobre um bem, mas sim no direito de personalidade do indivíduo; a imprescritibilidade, nunca deixando de ser um direito exigível; inviolabilidade, que, por ser um direito fundamental, é tido por uma norma-princípio; universalidade; interdependência e complementariedade²⁶⁴. Todas essas condições reforçam ainda mais o caráter personalíssimo do Direito à Moradia, inerente à dignidade e personalidade do indivíduo.

Hegel sustentou que “a propriedade constitui o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit)”²⁶⁵, mas pelo entendimento aqui formulado, melhor se aplicaria a essa frase o termo moradia, uma vez que esta é mais abrangente e diz respeito a um direito amplamente tutelado constitucionalmente.

É fundamental, portanto, para a persecução desse estudo, que seja retomada a delimitação entre o conceito de moradia, propriedade e habitação. O Direito à Moradia assume uma posição mais ampla e, segundo Ingo Sarlet, é um direito fundamental autônomo, que possui objeto próprio, mas que não exclui sua relação com outros ramos do direito. Nesse contexto, o direito à habitação e à propriedade se expressa de forma mais restrita e seria uma das possibilidades de se fazer valer o Direito à Moradia.

O direito de propriedade encontra limitação no princípio da função social da propriedade e possui uma menor tutela constitucional, uma vez que o fato de não possuir uma propriedade de um bem imóvel não significa dizer que haja uma privação de uma vida digna. Fato este que, por outro lado, se houver privação no Direito à Moradia, a dignidade da pessoa humana, o direito de personalidade e de subsistência restar-se-ão tolhidos²⁶⁶.

Todavia, partindo do mesmo raciocínio, se o direito à propriedade estiver ligado a essa existência digna e não meramente a um direito patrimonial, terá a necessidade da

²⁶³ “A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, a qual permite a sua fixação em lugar determinado, bem como a de seus interesses naturais na vida cotidiana, estes, sendo exercidos de forma definitiva pelo indivíduo, recaindo o seu exercício em qualquer pouso ou local, desde que objeto de direito juridicamente protegido. O bem da moradia é inerente à pessoa e independente de objetivo físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, moradia é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. Residência é o simples local onde se encontra o indivíduo”. (SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à Moradia e de Habitação**. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 44).

²⁶⁴ CIRNE. João Rober Melo. **Direito à Moradia**. Porto Alegre: 2011. Disponível em: < <http://lume.ufrgs.br> > . Acesso em: maio de 2018.

²⁶⁵ NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Fundamento, judicialização e Direitos Sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010. p. 1025.

²⁶⁶ *Ibidem*. p. 1028.

mesma tutela constitucional para se assegurar esse direito. Percebe-se que o que está em real discussão é a garantia de uma vida digna ao indivíduo, devendo o Estado tutelar, proteger e prestar todos meios e direitos a ela coligados.

Aqui, a faceta negativa do Direito à Moradia está na concepção de que ao cidadão, não pode haver privação arbitrária quanto à moradia digna, nem ser impedido de ter uma. É, portanto, o dever de abstenção do poder público ou mesmo de terceiros²⁶⁷, para que o direito seja perquirido de fato²⁶⁸. De acordo com Ingo Sarlet, é a tutela da moradia em face das ingerências advindas do Estado ou de Particulares²⁶⁹.

O Estado e os particulares assumem o dever de não afetar e de respeitar a moradia das pessoas, observando os ditames e preceitos constitucionais quanto a esse direito, principalmente o princípio da vedação ao retrocesso, aqui já retratado.

Nesse contexto, existem diversas legislações criadas no sentido de proteger esse direito, na defesa do mesmo, como exemplo a Lei 8.009/1990, que em seu artigo 3º proíbe a penhora do bem de família, resguardando esse direito fundamental social da família do devedor²⁷⁰. Não há nenhuma atuação ou prestação positiva por parte do Estado, nesses casos, mas apenas a proteção de um direito que pertence a todos.

Todavia, a dimensão principal do Direito à Moradia é a prestacional, que o coloca como um direito positivo que abrange prestações fáticas e normativas, porque confere legitimidade ao seu titular de exercer esse direito por meio da atuação positiva do Estado. E, como visto, é exatamente nessa atuação prestacional positiva do poder público onde se encontra a condição de eficácia desse direito. E essa condição positiva também se faz presente no campo negativo, uma vez que o dever de proteção do Estado demanda medidas positivas.

Esse caráter do Direito à Moradia também está largamente expresso na Constituição Federal, como forma de conferir respaldo e meios para a efetividade das prestações estatais.

²⁶⁷ Existe, também, a chamada eficácia horizontal dos Direitos Sociais, na qual “abrange as relações entre cidadãos e o Estado e cidadãos e cidadãos. Está ligada ao fato de que a regra nas relações privadas do *pacta sunt servanda* não pode se sobrepor aos preceitos constitucionais. Deve haver, portanto, uma “incidência cogente dos Direitos Sociais às relações privadas, para que a norma não seja depreciada, em razão da hipossuficiência que existe também nessas relações, em razão das desigualdades fáticas e materiais que existem na sociedade como um todo. (MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 547 e ss.).

²⁶⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

²⁶⁹ NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Fundamento, judicialização e Direitos Sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010, p. 1019.

²⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 588.

Grande exemplo é o já citado artigo 23, IX, em que confere a competência comum para a promoção de políticas públicas de construção de moradias bem como a de promover a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

O artigo 23, IX, nesse mesmo sentido, diz ser também de competência comum dos entes da Federação brasileira o combate às causas da pobreza e da marginalização por meio de programas de integração social, com fulcro no que dispõe o artigo 3º, que traça os objetivos da República Federativa do Brasil, no sentido de construir uma sociedade justa, solidária e de erradicar a marginalização e promover o bem de todos²⁷¹. Tudo isso predispõe uma vida digna, que não existe sem uma moradia decente. Assim, todos esses dispositivos implicam, por si só, na necessidade de o Estado promover políticas públicas prestacionais para proporcionar a todas as condições de uma habitação adequada.

Pode-se dizer, portanto, que na condição de direito positivo, o Direito à Moradia predispõe, segundo Ingo Sarlet, “medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental”²⁷². E, um grande exemplo de atuação efetiva do Estado para fazer valer esse direito, nos conformes dos preceitos constitucionais aqui destacados, foi a criação do “Estatuto da Cidade”, por meio da Lei 10.257, de 10.07.2001, no qual foram definidas as diretrizes constitucionais sobre as políticas urbanas, ampliando o alcance do direito à cidade, e demonstrando uma atuação do legislador no dever prestacional de legislar sobre o assunto para resguardar o Direito à Moradia.

Assim, com o Estatuto da Cidade, objetiva-se a realização prática desse direito, uma vez que delimita como devem ser reproduzidos os planos diretores das cidades afim de resguardar também a sua função social. Desse modo, ele tem por objetivo, além da tutela e da promoção ao Direito à Moradia, a tentativa de se inserir a moradia no espaço urbano, perquirindo um desenvolvimento sustentável da cidade. Isso porque, a função social da propriedade é atendida quando a propriedade urbana observa estritamente o plano diretor das cidades, fazendo com que os interesses da coletividade se sobreponham aos individuais de propriedade.

Em seu artigo 2º, inciso I²⁷³, o Estatuto da Cidade, em conservação à sua função social, determina as diretrizes do objetivo da política urbana, que é o de garantir, às gerações

²⁷¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

²⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 589.

²⁷³ “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao

presentes e futuras, o direito a uma cidade sustentável. E, segundo o dispositivo, esse direito se confunde com o Direito à Moradia, bem como à terra urbana, à infraestrutura urbana, ao saneamento ambiental, ao transporte, ao trabalho e ao lazer e aos serviços públicos. Resta-se, portanto, subentendido que cabe ao Poder Público a organização e a promoção de uma moradia digna aos habitantes das cidades, em razão da compreensão legal dada de uma cidade sustentável e de todas as suas implicações²⁷⁴.

Conclui-se, desse modo que, nos dizeres de Ingo Sarlet, o Direito à Moradia “representa um complexo de posições jurídicas, visto exercer simultaneamente a função de direito de defesa e de direito a prestações (de cunho normativo e/ou material) e que, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares”.

O seu caráter negativo lhe confere a condição de direito subjetivo de defesa, através da não interferência por parte do Estado, de modo que tal direito seja resguardado. Já a condição positiva, conforme visto, confere a condição de direito de prestação, em que tem por objeto a “criação e a estruturação de órgãos, a edição de normas que estabeleçam procedimentos de tutela e promoção dos direitos, o fornecimento de bens e serviços ou outras ações comissivas”²⁷⁵.

A partir do exposto, pode-se depreender que o Poder Público depara-se com um conjunto de obrigações que se relacionam com a promoção e a tutela do Direito à Moradia, tanto no plano interno como no externo. Mas que existem diversas formas pelas quais o Estado pode atuar para que esse direito se torne efetivo, acabando com o problema de eficácia dos Direitos Sociais aqui já discutido.

Todavia, essa atuação do Estado na preservação e promoção desse direito não é um ponto objetivo. Deve-se averiguar, em cada caso concreto, até que ponto a efetivação desse direito depende da prestação ou da defesa do Estado. Quais seriam as políticas públicas que devem ser por ele adotadas.

Ante esses apontamentos, não é sedimentado na jurisprudência e na doutrina até onde esse direito positivo à moradia corresponde a um direito subjetivo à construção, por parte de prestações do Estado, de uma moradia digna, mesmo que não necessariamente na condição de propriedade. Ou mesmo no direito subjetivo de o Poder Público fornecer recursos para

transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”. (BRASIL, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: maio de 2018.)

²⁷⁴ CIRNE. João Rober Melo. **Direito à Moradia**. Porto Alegre: 2011. Disponível em: <<http://lume.ufrgs.br>> . Acesso em: maio de 2018.

²⁷⁵ NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Fundamento, judicialização e Direitos Sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010, p. 1033.

que esse direito seja efetivado. Tais questionamentos encontram-se intimamente ligados com as políticas públicas de promoção habitacional promovidas pelo Estado através dos seus diversos entes ao longo da história brasileira.

Faz-se necessário, portanto, avaliar a evolução das políticas públicas envolvendo a habitação desenvolvidas no Brasil, para que, assim, se possa avaliar, concretamente, esses questionamentos acerca das prestações estatais e da efetivação desse Direito à Moradia.

3.4 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO PROMOÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS E AO DIREITO À MORADIA E OS REFLEXOS DA SUA INEFETIVIDADE

Da Justiça Distributiva de Rawls, extrai-se a importância da persecução de políticas públicas governamentais²⁷⁶, isso porque o modelo de justiça rawlsiano tem por base a discutida igualdade equitativa, pelos princípios da equidade e da diferença, não só no que diz respeito às liberdades individuais, mas também à justa oportunidade a todos. E a adoção de políticas públicas asseguraria exatamente, essa justa oportunidade aos que são menos favorecidos como um fator necessário²⁷⁷.

Por essa ótica, a promoção de políticas públicas visa que seja efetivado um equilíbrio distributivo de forma eficiente, estável e justo. E, com base no princípio da diferença, o investimento em políticas públicas sociais teria o condão de melhorar a condição de vida dos menos favorecidos²⁷⁸.

Nesse sentir, conforme destacado, a Constituição Federal traz diversos Direitos Sociais que possuem um caráter prestacional, vinculando a atuação estatal para a sua devida efetivação. Nesse contexto, eleva o Direito à Moradia a um dos Direitos Sociais mínimos (art. 6º, CRFB/88) e prevê a necessidade de promoção de programas habitacionais para que tal direito seja efetivado, resguardado e, de fato, garantido.

As políticas públicas apresentam-se como um instrumento de concretização dos direitos fundamentais. Isso permeia numa discussão acerca de um problema característico do constitucionalismo atual, qual seja, a efetivação dos Direitos Sociais e até onde reside a obrigatoriedade do Poder Públicos em aplicar normas que os consagrem²⁷⁹.

²⁷⁶ PINHEIRO, Regis Gonçalves. A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n. 59, jan/abr. 2013. p. 101.

²⁷⁷ *Ibidem* p. 102.

²⁷⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 80.

²⁷⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio jurisdição constitucional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm>. Acesso em maio de 2018.

Dos Direitos Sociais deriva, portanto, o direito de exigir uma atuação legislativa concretizadora, bem como o direito de participar de forma igualitária das prestações previstas pelo legislador²⁸⁰. E essas normas de Direitos Sociais impõem ao Estado o dever de criar políticas públicas para garantir a concretização de tais direitos. Acrescenta Canotilho que,

A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos Direitos Sociais, económicos e culturais: (...) (3) ao problema de se saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objectiva juridicamente vinculada dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou prestações subjectivas dos indivíduos) a políticas sociais activas conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex: serviços de segurança nacional) e fornecimento de prestações (ex: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). (...) Relativamente à última questão é líquido que as normas consagradoras de Direitos Sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõe políticas públicas socialmente activas²⁸¹.

Há, portanto, uma necessidade de as instituições estatais se reconfigurarem, de modo a procurarem, no exercício de suas funções constitucionais, efetivar e dar concretude aos direitos fundamentais, inclusive no que diz respeito à separação dos poderes. Uma vez que se abre a possibilidade de justiciabilidade frente às omissões legislativas e administrativas, para que não se afastem os deveres constitucionais impostos quanto à garantia e à promoção dos direitos fundamentais, principalmente os sociais²⁸².

Para delinear o conceito de política pública, Maria Paula Dallari Bucci destaca que

(...) a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é das impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito²⁸³.

Importante, entretanto, delinear o papel dos Direitos Sociais, em especial do Direito à Moradia, para a implantação de políticas públicas. Os Direitos Sociais são originários de prestações, por dependerem da criação de mecanismos de meios materiais por parte do Estado para se tornarem, de fato, efetivos. O que confere ao cidadão a faculdade de exigir do Estado essa atuação positiva. Canotilho ressalta que

²⁸⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 402.

²⁸¹ *Idem*.

²⁸² VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23.

²⁸³ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 14.

O entendimento dos Direitos Sociais, económicos e culturais como direitos originário implica (...) uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema de sua efetivação. Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma <<reserva possível>>, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos <<recursos económicos>>, a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples <<apelo>> ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos²⁸⁴.

As políticas públicas habitacionais são, por conseguinte, um meio de efetivação do Direito à Moradia e representam, nos dizeres de Vieira de Andrade “opções *autónomas* e específicas de órgão que disponham simultaneamente de capacidade técnica e de legitimidade democrática para se responsabilizarem por essas opções”²⁸⁵.

Configuram-se, assim, como um “conjunto de ações coordenadas pelos entes legitimados, destinadas à concretização dos direitos garantidos legalmente e com o objetivo de alterar as relações sociais existentes”²⁸⁶.

Nessa perspectiva, as políticas públicas promovidas pelo Estado funcionam como uma das ferramentas pelo qual ele pode se valer para executar os direitos e garantias expressos no ordenamento constitucional. A habitação nacional²⁸⁷ perfaz, portanto, uma das políticas de Estado, tendo em vista que o poder público é o agente capaz e necessário para a promoção do Direito à Moradia, a regulação urbana e do mercado imobiliário. As políticas públicas habitacionais devem, assim, estar de acordo com as necessidades da sociedade e as atuações de governo²⁸⁸.

A questão habitacional no Brasil possui, entretanto, um agravante, uma vez que existe um grande déficit²⁸⁹ em relação à carência habitacional. A dependência da efetividade

²⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 468.

²⁸⁵ ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 181.

²⁸⁶ PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Orçamento e políticas públicas infanto-juvenis**. Fixação de planos ideais d atuação para os atores do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e Adolescentes (SGC). Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 75-76.

²⁸⁷ “A habitação é um bem meritório, que apresenta elevadas externalidades positivas em termos de bem-estar social. A provisão de habitação para a população de baixa renda representa um aspecto fundamental das políticas públicas de combate à pobreza, o que garante o acesso da população em estado de exclusão social a serviços sociais mínimos, como moradia e serviços de infraestrutura urbana adequados” (MORAIS, Maria da Piedade. **Breve histórico sobre o quadro atual da habitação no Brasil**. in Políticas sociais. São Paulo, 2002).

²⁸⁸ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. Política Nacional de Habitação, Brasília, 2004. Disponível em: < <http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: maio de 2018.

²⁸⁹ De acordo com os dados mais atualizados do Ministério das Cidades, em 2015, o déficit habitacional do Brasil correspondia o déficit habitacional estimado corresponde a 6,355 milhões de domicílios, dos quais 5,572 milhões, ou 87,7%, estão localizados nas áreas urbanas e 783 mil unidades encontram-se na área rural (tab. 3.1). Em relação ao estoque de domicílios particulares permanentes e improvisados do país, o déficit

do Direito à Moradia às políticas públicas de Estado leva à realidade de hoje que, atrelada às desigualdades sociais e à concentração de renda característicos do nosso país, reflete na falta de moradia para a população mais carente, que representa, segundo o caderno da Política Nacional de Habitação, criado pelo Ministério das Cidades, 92% de todo o déficit habitacional do país.

E essa dificuldade no campo habitacional do Brasil não é uma realidade nova. Advém desde o processo inicial de distribuição de terras, com o sistema de Capitanias Hereditárias, no século XIV, em que eram concentradas nas mãos de poucos, o que levou ao surgimento da cultura latifundiária, com uma distribuição de terras desigual e injusta, que deixou marcas que se perpetuam no Brasil até os dias de hoje²⁹⁰.

Para contextualizar essa realidade, faz-se necessário remeter ao fim da escravidão no final do século XIX e ao processo de industrialização, que estimulou o crescimento urbano desordenado, uma vez que houve uma grande migração dos negros e imigrantes europeus, que vieram para trabalhar no campo, para as cidades. Surgiam, a partir daí, as moradias informais, os cortiços, com uma clara segregação territorial, pelo fato de a diferença de preço entre essas moradias e as oferecidas pela construção privada ser enorme.

Assim, diante do rápido crescimento urbano e industrial sem planejamento, o início do século XX foi marcado pelo problema habitacional em diversas cidades, já que o poder público atuava apenas de forma pontual e com pouca efetividade, mostrando a necessidade de uma atuação mais efetiva por parte do Estado para minimizar esses problemas, uma vez que o setor privado não se mostrou suficiente para atender toda a demanda do mercado habitacional do Brasil²⁹¹.

Além do fato histórico, a habitação possui características próprias que justificam a atuação do governo no seu mercado, uma vez que abarca o direito fundamental e humano à

habitacional corresponde a 9,3%. Do total do déficit habitacional em 2015, 39% localiza-se na região Sudeste, o que corresponde a 2,482 milhões de unidades. Na região Nordeste, estima-se o déficit de 1,971 milhões de moradias, 31% do total. (Déficit habitacional no Brasil 2015/ **Fundação João Pinheiro, Diretoria de Estatística e Informações**. – Belo Horizonte : FJP, 2018. – Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/direi-2018/estatistica-e-informacoes/797-6-serie-estatistica-e-informacoes-deficit-habitacional-no-brasil-2015/file>. Acesso em maio de 2018.).

²⁹⁰ KLUMB, Pedro. Retrospectiva: do BNH à securitização. **Revista Construção Mercado** - Negócios de Incorporação e Construção. Edição 79, 2008.

²⁹¹ MOTTA, Luana Dias. **A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade**. Disponível em: http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em maio de 2018.

moradia, que é uma das necessidades básicas do homem, sendo, nos dizeres de Claudio Santos, um bem em potencial para as famílias²⁹².

Apresenta, ainda, um alto custo que demanda financiamentos para a sua viabilização, atrelado ao fato de corresponder a uma grande parcela da construção civil, sendo, assim, de suma importância para o mercado econômico nacional, por representar uma parcela significativa da geração de empregos do país, do PIB e da economia como um todo²⁹³.

Há, nessa ótica, a necessidade de planejamento, do estabelecimento de diretrizes no campo habitacional, para que esse direito não seja resguardado apenas no plano teórico, mas tenha a sua plena eficácia também no campo fático. Assim, foram criadas ao longo da história brasileira, diversas políticas públicas habitacionais para elevar esse direito à sua máxima e buscar equacionar o problema referente à moradia para a população de baixa renda.

Vê-se, portanto, que a problemática habitacional está ligada ao processo, à forma de desenvolvimento econômico e social de uma determinada região. Assim, as políticas de atuação do governo devem funcionar no sentido de diminuir esse déficit habitacional e não a pobreza em si²⁹⁴, uma vez que este problema é bem mais abrangente, não sendo solucionado apenas com a aquisição de moradia ou com o aumento da própria renda²⁹⁵.

Assim, os programas habitacionais devem, visando alcançar essa deficiência existente, propor alguma intervenção econômica que viabilize o acesso à moradia principalmente às pessoas de baixa renda que encontram as maiores dificuldades, como a concessão de subsídios, isenções fiscais ou verbas específicas destinadas a esse fim.

As políticas públicas no Brasil, segundo Augusto Pinheiro, funcionam como um instrumento legal para estabelecer diretrizes, planos e metas para que se possa definir um determinado aspecto social, cultural, econômico ou de caráter territorial para a atuação do Poder Público. Nos planos federais, estaduais e municipais, respectivamente, os ministérios

²⁹² SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964/1998** Brasília: IPEA, jul. 1999. (Texto para Discussão, n.654).

²⁹³ NOGUEIRA, Joilma Sampaio. **Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no município de Santo Antonio de Jesus/BA**. Cachoeira: 2010. Disponível em: <<http://www.adventista.edu.br/>>. Acesso em: junho de 2018.

²⁹⁴ “Nessa perspectiva, a pobreza deve ser vista como privação de capacidades básicas em vez de meramente como baixo nível de renda, que é o critério tradicional de identificação da pobreza. A perspectiva da pobreza como privação de capacidades não envolve nenhuma negação da ideia sensata de que a renda baixa é claramente uma das causas principais da pobreza, pois a falta de renda pode ser uma razão primordial da privação de capacidades de uma pessoa”. (SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2007. p. 109).

²⁹⁵ AMICO, Fabiano d. **O programa Minha Casa, Minha Vida e a Caixa Econômica Federal**. Paraná, 2011. Disponível em: <http://centrocelsofurtado.com.br/arquivos/image/201109261251530.LivroCAIXA_T_0_033.pdf>. Acesso em maio de 2018.

e secretarias encarregam-se dos detalhamentos das políticas, criando os instrumentos específicos para a sua aplicação, como leis, decretos, normas, programas e efetuando a fiscalização²⁹⁶.

Para tanto, a política habitacional do Brasil foi marcada por diversas mudanças na concepção da forma de intervenção do Poder Público nesse setor. Foram adotadas ao longo da história diversas medidas, pelos governos, para tentar minimizar o problema habitacional que sempre existiu. A falta de moradia leva a uma série de outros problemas de cunho social e da própria liberdade individual.

Até 1930, o setor privado era o único responsável pela produção habitacional no Brasil, mas, a partir daí o Governo Federal começou a fazer os primeiros investimentos nesse setor²⁹⁷. A primeira política nacional de habitação, destinada especificamente para a criação de unidades habitacionais, foi em 1946, com a Fundação da Casa Popular, que financiava as construções de moradias para a população de baixa renda, bem como conferia suporte à indústria de materiais de construção e também aos projetos de saneamento.

Todavia, não se mostrou um meio eficaz para os fins perquiridos, por apresentar um acúmulo de funções atrelado à falta de recursos e de força política para impulsionar o programa²⁹⁸. Entretanto, já representou um grande passo para o histórico habitacional do Brasil, uma vez que mostrou que o Estado começava a se preocupar com a necessidade de resguardar e promover esse Direito à Moradia, que até então era autofinanciado ou de responsabilidade exclusiva da iniciativa privada, sem um financiamento efetivo e direcionado pelo poder público para esse fim.

Em 1964, com o golpe militar, impulsionado pela política anterior, foi criado o Plano Nacional Habitacional, que buscava uma maior estabilidade social, através de ações relacionadas à habitação, economia e o desenvolvimento do país como um todo. Entretanto, as ações de organização urbana eram voltadas para a infraestrutura das cidades de acordo com os planos diretores, deixando à margem, mais uma vez, as moradias informais da população carente²⁹⁹.

²⁹⁶ PINHEIRO, Augusto Ivan de Freitas. **Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro**. Secretaria Municipal de Urbanismo. Instituto Municipal de Urbanismo Pereira Passos. Políticas públicas urbanas na Prefeitura do Rio de Janeiro. 2008.

²⁹⁷ CARDOSO, Adauto Lúcio et al. **Quando um direito vira produto: impactos do programa minha casa minha vida na cidade do Rio de Janeiro**. XIII Simpósio Nacional de Geografia Urbana, Rio de Janeiro, ¹⁸ nov. 2013. Disponível em: <http://www.simpurb2013.com.br/wp-content/uploads/2013/11/1485_GT02.pdf>. Acesso em: maio de 2018.

²⁹⁸ BRASIL, Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. Política Nacional de Habitação, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: maio de 2018.

²⁹⁹ MOTTA, Luana Dias. **A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade**. Disponível em: <<http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/>>

O Banco Nacional de Habitação (BNH)³⁰⁰ se tornou o principal órgão gestor da política habitacional e urbana do país, promovendo o Sistema Financeiro de Habitação (SFH)³⁰¹, que representou um marco na atuação estatal na habitação, deixando marcas para as concepções futuras. Essa política foi caracterizada pela possibilidade de captação de recursos específicos e subsidiados do Fundo de Garantia de Tempo e Serviço (FGTS) e do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), para o investimento nesse setor³⁰².

Entretanto, ao longo da operação do programa, foram detectadas diversas falhas, e dentre elas veio a crítica de que o propósito inicial que justificou a sua criação não estava sendo atingido, qual seja, atender à população de baixa renda, uma vez que os recursos do SBPE eram destinados somente para as classes de renda média e a arrecadação do FGTS era destinada preferencialmente para a construção de casas que possuíssem algum interesse social³⁰³.

Fato esse que levou à crise do Sistema Financeiro de Habitação, pelo crescente aumento dos loteamentos clandestinos nas cidades³⁰⁴, e à consequente extinção do BNH em

geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em maio de 2018.

³⁰⁰ O BNH também financiou materiais de construção, empresas de transporte, produção e distribuição ligadas à construção civil, programas de saneamento e de intervenção na organização do espaço urbano. Entre 1964 e 1965 são criadas, em diversas cidades do país, as Companhias de Habitação Popular (COHABs), empresas públicas ou de capital misto que tinham como objetivo principal atuar na concepção e execução de políticas para redução do déficit habitacional, sobretudo através de recursos oriundos do BNH. Esse formato de empresa pública convergia com o ideal do governo da época de realizar uma política que tivesse uma gestão baseada em modelos empresariais. (MOTTA, Luana Dias. **A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade**. Disponível em: < http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em junho de 2018.

³⁰¹ ANDRADE, Luís Aureliano G. de. **Habitação e poder** – da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982. p. 61

³⁰² BRASIL, Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação. Política Nacional de Habitação, Brasília, 2004. Disponível em: < <http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: maio de 2018.

³⁰³ AZEVEDO, S. **O desempenho do poder público na área habitacional**: um breve retrospecto. In: Déficit habitacional no Brasil — Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995.

³⁰⁴ As favelas são áreas ocupadas sem pagamento pelos lotes e, de modo geral, estão localizadas nas áreas centrais das cidades, próximas a serviços públicos de transporte, de escolas, de postos de saúde, etc. Já os loteamentos ilegais são empreendimentos privados, geralmente nas periferias e em cidade de Regiões Metropolitanas, sendo classificados pelo poder público em duas categorias: os loteamentos clandestinos, nos quais os moradores não possuem titulação da propriedade da terra, e os loteamentos irregulares, aqueles onde há irregularidades com relação às normas urbanísticas, especialmente no que tange a infraestrutura. Apesar de terem pago pelos terrenos, muitas vezes os moradores são ameaçados de serem removidos, devidos às irregularidades dos loteamentos. Tanto nos loteamentos clandestinos como nos irregulares houve a compra do lote, que devido às ilegalidades têm preços abaixo do mercado. (LAGO, Luciana Corrêa do; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. **A casa própria em tempo de crise: os novos padrões de provisão de moradias nas grandes cidades**. In: AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano G. de (orgs.). **A crise da moradia nas grandes cidades – da questão da habitação à reforma urbana**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.1996).

1986, transferindo para a Caixa Econômica Federal as suas funções, com a gestão do SFH, pelo Decreto no 2.291³⁰⁵.

Na década de 1990, nos dizeres de Rossana Denaldi, a criação de políticas habitacionais teve uma convergência com as agências internacionais, mas ainda não foram de grande efetividade³⁰⁶. No Governo Collor, de 1990 a 1992, foi proposto o financiamento de 245 mil habitações em 180 dias, através do Plano de Ação Imediata para a Habitação (PAIH). Já no governo de Itamar Franco, de 1992 a 1994, criou-se o Programa Habitar Brasil e Morar Município, com o financiamento de moradias para a população de baixa renda por meio do regime de “ajuda mútua”³⁰⁷.

Todavia, essas metas não chegaram a ser cumpridas, em razão das grandes exigências legais que demandavam. Entretanto, já ensejaram uma mudança na concepção das políticas habitacionais do Brasil, que passaram a não mais ser consideradas apenas sob a ótica dos interesses existentes nos financiamentos habitacionais, mas também da construção e da efetivação de moradias e desse direito fundamental para a população de baixa renda.

Em 2000, com a criação do Estatuto das Cidades (Lei Federal n. 10.257), que tem como objetivo o fornecimento de suporte jurídico para o planejamento urbano, reforçando a função social da propriedade e a regularização fundiária, instituindo a descentralização para uma melhor democratização das cidades, com o devido planejamento urbano, com políticas públicas de acesso universal³⁰⁸.

Assim, a nova Política Nacional de Habitação (PNH), tem por foco as políticas públicas voltadas para atender a questão habitacional da população de baixa renda, que, de acordo com o Caderno da PNH editado pelo Ministério das Cidades, detém 85% do déficit

³⁰⁵ NOGUEIRA, Joelma Sampaio. **Políticas públicas de habitação no Brasil**: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no município de Santo Antonio de Jesus/BA. Cachoeira: 2010. Disponível em: <<http://www.adventista.edu.br/>>. Acesso em: maio de 2018.

³⁰⁶ “É sabido que a agenda das agências multilaterais de cooperação internacional para países em desenvolvimento, por meio de sua ‘ajuda internacional’, influenciam em algum grau e periodicidade o desenho das políticas públicas sociais dos países apoiados. Percebe-se, nesse período recente [década de 1990], uma convergência entre as diretrizes das agências internacionais para a elaboração de políticas habitacionais [...]”. (DENALDI, Rosana. **Políticas de urbanização de favelas**: evolução e impasses. 2003. Tese de Doutorado (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2003. p. 31.)

³⁰⁷ MOTTA, Luana Dias. **A questão da habitação no Brasil**: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. Disponível em: <http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em maio de 2018.

³⁰⁸ FERNANDES, Edésio. “Do código civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil”. In VALENÇA, Marcio (org.). **Cidade (i)legal**. Rio de Janeiro, Mauad X, 2008. p. 43 – 62.

habitacional brasileiro. Houve o reconhecimento de que, pelo histórico das políticas públicas brasileiras, a população mais carente não deve ser marginalizada³⁰⁹.

O PlanHab, de acordo com o caderno Minhas Cidades, é um processo de planejamento no setor habitacional a longo prazo, com o ano de 2023 como termo final para a proposição das estratégias e diretrizes do plano, que abarca, para a persecução das suas metas de produção física e seus avanços institucionais, os recursos do planejamento orçamentário-financeiro do Governo Federal.³¹⁰

O Programa Minha Casa Minha Vida é o último programa desenvolvido, até o momento, no campo das políticas habitacionais, e possui um grande reconhecimento em razão da sua amplitude e da capacidade de realização. Foi lançado pelo Ministério das Cidades em abril de 2009, com um objetivo social, de construção de moradias para a população de baixa renda, além de estimular a criação de empregos e investimentos no setor da construção.

Aqui, entretanto, bem como nos outros programas federais de incentivo à construção de moradias (a exemplo dos citados FCP e BNH), tem como centro a iniciativa privada na construção das habitações, uma vez que a maior parte dos subsídios são destinados à oferta para a produção por meio de construtoras privadas³¹¹.

Uma atual medida – ainda em discussão – no que diz respeito à implementação, efetivação e concretização do Direito à Moradia, foi a edição da Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, trazendo um novo regime jurídico para a regularização fundiária urbana brasileira. Tem como base a criação de unidades imobiliárias que sejam compatíveis com o urbanismo municipal, e que os direitos reais sejam constituídos em favor dos seus ocupantes (art. 10, II,

³⁰⁹ AZEVEDO, S. **O desempenho do poder público na área habitacional**: um breve retrospecto. In: Déficit habitacional no Brasil — Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995.

³¹⁰ PlanHab é parte de um processo de planejamento de longo prazo para o setor habitacional, que pressupõe revisões periódicas e articulação com outros instrumentos de planejamento orçamentário-financeiro do Governo Federal, como os planos plurianuais, permitindo que suas metas de produção física e de avanços institucionais possam estar associadas ao planejamento dos recursos necessários para sua cobertura e tendo o ano de 2023 como horizonte final para a elaboração de estratégias e de propostas. (BRASIL, 2004).

³¹¹ Segundo dados da Cartilha do PMCMV, 97% dos subsídios públicos são destinados às construtoras privadas, para oferta e produção direta. Apenas 3% são encaminhados para cooperativas e movimentos sociais. Diante disso, o programa acaba abrangendo em sua maioria as famílias com renda de 3 a 10 salários mínimos, mesmo a maior demanda e o maior déficit habitacional sendo das famílias com renda de 0 a 3 salários mínimos. Assim, “o programa estimula um tipo de urbanização e de captura dos fundos públicos que, por si só, torna difícil a aplicação dos instrumentos de reforma urbana previstos no Estatuto das Cidades, como a participação no planejamento e na execução de políticas urbanas”. (FIX, Mariana; ARANTES, Pedro Fiorio. **Minha Casa, Minha Vida**: uma análise muito interessante. 2009. Disponível em: <<http://turcoluis.blogspot.com/2009/08/minha-casa-minha-vidaanalise-muito.html>> Acesso em junho de 2018).

da referida lei)³¹². Apresenta uma “nova política de regularização fundiária urbana alicerçada na articulação interfederativa, na atuação em larga escala e na adoção desta ação como base das políticas de habitação, infraestrutura e mobilidade urbana no país”³¹³.

E, o mais recente projeto atinente ao Direito à Moradia foi o lançamento, pelo Ministério das Cidades, em julho de 2018, do sistema da “Demanda Futura por Moradias, Demografia, Habitação e Mercado”, para simulação de projeção de demanda por imóveis de 2010 até 2040, para que se tenha um melhor acompanhamento das mudanças estruturais urbanas e possa ser dado o devido apoio no que diz respeito à moradia. Trata-se, portanto, de um grande suporte para o planejamento de políticas públicas³¹⁴.

Pelo exposto, resta-se claro que a participação do Estado é indispensável tanto no que diz respeito à criação e ao fomento de sistemas e de mecanismos de financiamentos habitacionais, quanto às políticas públicas de financiamento para a moradia popular, ou da sua construção diretamente, de modo a garantir o acesso à moradia de forma efetiva para a classe mais atingida pelo déficit habitacional.

Nessa ótica, a participação estatal pode ocorrer de forma direta, através da concessão de crédito público ou da criação de fundos públicos que são direcionados para o financiamento do setor habitacional ou imobiliário, ou de forma indireta, através da concessão de garantias e do estímulo ao mercado secundário de crédito imobiliário, regulamentando o setor privado³¹⁵, ou pela edição de leis de regulamentação e regularização do Direito à Moradia, bem como de planos de atuação, através da persecução de outros direitos que o garantam.

Entretanto, vê-se que ao longo da história do Brasil, a despeito das políticas públicas estatais criadas na tentativa de fomento à construção habitacional para a solução da realidade

³¹² Como consequência desta Lei, houve a alteração de outras 20 legislações, aproximadamente, dentre elas o Estatuto da Cidade, aqui mencionado. Mas a alteração prática foi a paralização de processos de regularização fundiária que já estavam em aberto. Todavia, esta lei é bastante criticada, por ter surgido como uma Medida Provisória, não havendo o debate público, sendo questionada a técnica legislativa utilizada. Está sendo inclusive questionada no Supremo Tribunal Federal, por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), proposta pela Procuradoria Geral da República – ainda sem julgamento.

³¹³ BRASIL. Ministério das Cidades. **Secretaria Nacional de Desenvolvimento Urbano**. Departamento de Assuntos Fundiários Urbanos. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/ministerio_das_cidades_1503095675.pdf>. Acesso em agosto de 2018.

³¹⁴ GIVISIEZ. Gustavo Henrique Naves (Org.). OLIVEIRA. Elzira Lúcia de. (Org.). **Demanda futura por moradias: demografia, habitação e mercado**. Ministério das Cidades. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense. 1ª ed. 2018.

³¹⁵ FERRAZ, Camila de Araújo. **Crédito, exclusão financeira e acesso à moradia: um estudo sobre financiamento habitacional no Brasil e o Programa Minha Casa Minha Vida**. 2011. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economia, Departamento de Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Cap. 1. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/Camila_Araujo_Ferraz.pdf>. Acesso em: junho de 2018.

das moradias brasileiras, houve sempre a participação direta da iniciativa privada no financiamento dessas construções³¹⁶. O modelo habitacional que se firmou no país é baseado na lógica de mercado, minando um pouco a essência da necessidade de promoção dessas políticas, qual seja, a efetivação do direito constitucional a uma moradia digna.

As unidades habitacionais passaram a ser vistas, em alguns casos, como meras mercadorias que devem ser rentáveis. Há uma dicotomia entre a finalidade social das políticas habitacionais e a produção de moradia de forma empresarial, pelo setor privado. Tal situação comina em uma certa inoperabilidade de tais programas, uma vez que, embora barganhem pela função social da política habitacional, como forma de promover o acesso à moradia, muitas vezes, em razão desse caráter empresarial, acabam não sendo executados de forma ótima, apresentando diversos problemas de ordem estrutural e funcional³¹⁷.

Essa falta de efetividade das políticas públicas habitacionais, ao longo de toda a história do Brasil, deu-se, principalmente, pelo mal planejamento Estatal em tentar solucionar o problema habitacional de fato. Foram criadas políticas de cunho paliativo, que acabaram por inflar as demandas no que diz respeito à moradia. O resultado almejado, portanto, acabou sendo outro e, na prática, o que se vê é que o Direito à Moradia continua inefetivo em diversos campos.

A título de exemplo, o Judiciário brasileiro vem recebendo uma grande demanda acerca de problemas encontrados na execução das obras do Programa Minha Casa Minha Vida³¹⁸, que acabam incorrendo no prejuízo dos mutuários beneficiados. O que deveria ser uma política pública de incentivo à moradia digna acaba não atingindo este fim, uma vez que os empreendimentos acabam não sendo executados de forma ótima.

Em decorrência do exposto, um dos maiores problemas identificados nesses casos são os vícios construtivos que as unidades habitacionais apresentam depois de serem entregues. Como problemas na fundação, nas instalações, na estruturação das casas, que, após o uso, começam a apresentar fissuras, rachaduras, conforme será observado nos casos apresentados a seguir.

Nesse ponto, os mutuários recorrem ao Judiciário para tentar encontrar uma solução, uma vez que os contratos firmados são efetivados de forma a não dar praticamente nenhuma

³¹⁶ ANDRADE, Luís Aureliano G. de. **Habitação e poder** – da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982

³¹⁷ MOTTA, Luana Dias. A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade. Disponível em: http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em maio de 2018.

³¹⁸ De acordo com dados disponibilizados pelo Jurídico Regional do Rio Grande do Norte da Caixa Econômica Federal (JURIRNA), entre o ano de 2010 e o início de 2014, totalizam-se cerca de 400 processos envolvendo o Programa Minha Casa Minha Vida, em todas as varas federais do Rio Grande do Norte, dos quais aproximadamente 25% dizem respeito especificamente aos casos de vícios construtivos.

garantia ao comprador, com cláusulas que exorbitam a proteção do consumidor. Entretanto, paira a dúvida acerca de quem deveria ser o responsável por tais falhas no programa, debate este levantado judicialmente, cabendo ao Poder Judiciário decidir, no caso concreto, sobre quem deve recair a responsabilidade pelos vícios apresentados nas obras financiadas e geridas pelo Programa Minha Casa Minha Vida.

Importante destacar, entretanto, que esse estudo tomou por base os casos em que a Caixa Econômica Federal – CEF – atua não apenas como agente financiador, mas também dentro do âmbito do SFH e enquanto operador do programa, do empreendimento como um todo, quando contrata diretamente a construtora e segue as delimitações específicas do programa de habitação popular, onde tem o dever de elaborar o projeto e de fiscalizar o mesmo.

Isso porque a responsabilidade da instituição financeira depende exatamente o tipo de atuação no âmbito do SFH. A instituição pode atuar, de fato, apenas como agente financiador, onde a sua responsabilidade se detém apenas à liberação dos recursos, ou pode atuar como executor das políticas públicas federais, buscando a promoção de políticas públicas de moradias populares. Nesses casos, conforme será demonstrado a seguir, o entendimento majoritário jurisprudencial é no sentido de que deve haver uma responsabilização maior, mais abrangente das instituições, sendo responsável pelo controle e fiscalização das obras, em razão do fim ao qual perseguem³¹⁹.

É exatamente nesse último seguimento que se enquadra o Programa Minha Casa Minha Vida aqui estudado, em que a CEF, de acordo com o aqui já abordado, apresenta um papel que vai além do financiamento em si das obras, sendo fundamental para que essa política pública de promoção à habitação concretize-se³²⁰.

Para ilustrar essa diferenciação, há julgamentos no sentido de que a Caixa Econômica Federal, na condição de mero agente financiador da compra do imóvel sinistrado, não seria responsável pelos vícios construtivos apresentados na obra, conforme o entendimento do Tribunal Regional da 4ª Região, na apelação cível de nº 2000.71.00.032280-9/RS, que teve como relatora a Desembargadora Federal Silvia Goraieb, julgado em 18/05/2011³²¹.

³¹⁹ CASTRO, Fabio Leite de. **Responsabilidade das instituições financeiras em mútuos concedidos no âmbito do SFH Segundo a hermenêutica do Superior Tribunal de Justiça**. Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.santossilveiro.com.br>>. Acesso em agosto de 2018.

³²⁰ Situação que se enquadra na Faixa 1 do PMCMV.

³²¹ “EMENTA ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. PERÍCIA. DANOS. IMÓVEL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Ausentes documentos que comprovem a data em que se operou a ciência do indeferimento do pedido de cobertura do seguro, é afastada a preliminar de prescrição. A CEF é parte legítima para figurar no pólo passivo da lide apenas quanto à inexecução contratual, **não podendo ser responsabilizada pelos vícios de construção, pois participou do feito somente como agente financeiro**. A responsabilidade objetiva independe da comprovação de culpa ou dolo, ou seja, basta estar configurada a existência do dano, da ação e do nexo de causalidade entre ambos (art. 37, §6º da CF/88). Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. Apelação improvida.” (TRF. Ação Cível nº 2000.71.00.032280-9/RS, Relatora: Silvia Goraieb, julgado: 18/05/2011).

No julgado supra, mesmo entendendo pela possível aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor com a devida responsabilidade solidária dos agentes, defendeu-se que a CEF atuou apenas no financiamento do imóvel, em que, no caso concreto, o contrato foi firmado diretamente com o vendedor e a construtora e não teve interferência da CEF, não existindo qualquer cláusula contratual pertinente ao acompanhamento ou fiscalização da obra por parte da Empresa Pública em apreço.

Destaca a relatora que, em relação à questão da natureza do contrato misto aqui já relatado, entendeu-se que nesse caso pode haver a dissociação dos elementos estruturais do contrato de compra e venda e do financiamento, separando seus atos contratuais, uma vez que a construção do imóvel residencial não envolveu recursos do SFH, e não se enquadra nos fins de política pública de promoção à moradia populacional, não havendo qualquer vinculação maior entre a construtora e o financiador.

Seria hipótese de responsabilização apenas se houvesse previsão contratual expressa para tal, como não foi o caso. Entendeu que a CEF apenas liberou os recursos para que o mutuário comprasse seu imóvel, sendo o agente financeiro estranho à construção do empreendimento, não detendo o dever legal de fiscalizar, muito menos de assumir eventuais responsabilizações³²².

Nesse mesmo sentido, incorreu o Ministro Aldir Passarinho Junior, no voto do julgamento do REsp. 950.522/PR, de 18.08.2009, que, apesar de não ter sido reconhecida a responsabilização da CEF pelos vícios construtivos apresentados no caso em questão, como no julgado anterior, entendeu-se que, dependendo da natureza do empreendimento, a Caixa Econômica Federal também pode atuar como agente promotor, além de mero financiador, tendo, nesses casos, uma maior responsabilidade, em razão do caráter social dos empreendimentos de baixa renda, diferentemente de outros casos em que a corresponsabilidade da CEF levaria à consequências maiores à instituição, se dando de forma equivocada³²³.

³²² “Tudo indica, portanto, que a responsabilidade da CEF está limitada aos aspectos do financiamento. Concluir-se de forma diversa, ao meu sentir, seria, praticamente, erigir o Agente Financeiro como espécie de “segurador universal” a garantir que todas as expectativas dos mutuários sempre se concretizassem. Esta crítica é válida, principalmente, em virtude de que a mutuária contratou livremente a compra de imóvel. Compra, diga-se, não do SFH, operado pela CEF, mas sim junto ao mercado. Dissabores ou danos maiores, claramente, são imputáveis àquele que praticou o ato ilícito ficando obrigado a repará-lo, nos termos da Lei Civil”. (TRF. Ação Cível nº 2000.71.00.032280-9/RS,. Relatora: Silvia Goraieb, julgado: 18/05/2011).

³²³ “O que me preocupa é que, efetivamente, haja responsabilidade da CEF em relação a unidades que podem ter sido quitadas. Ela até exerce fiscalização da obra para efeito de liberação, mas a corresponsabilidade solidária da CEF como ré é que tenho como injustificada, apesar da jurisprudência até aqui consolidada. V. Exa. lembrou um aspecto importante. É que, de acordo com a nossa jurisprudência, se houver liberação dos valores, e a construtora atrasar ou não adimplir, a fiscalização que a Caixa Econômica Federal deveria exercer, se for falha, vai em seu próprio prejuízo, porque a hipoteca dela, como lembrou o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, não vincula o adquirente da unidade. Além disso, ela tem a hipoteca sobre as unidades restantes ou não vendidas diminuída em seu valor, em função do vício existente na construção. Com base nisso, em vez de interveniente - que eu admitiria, mas para estar ao lado do mutuário, a fim de exigir o cumprimento da obra pela construtora -, ela vira ré, e com isso termina por, em seu próprio desfavor, dar cobertura para a grande inadimplente, que é a construtora. Esta é a consequência de se atribuir a corresponsabilidade à CEF, o que

A Ministra Maria Isabel Gallotti, no julgamento do Recurso Especial 1102539/PE, destacou essa necessidade da delimitação da atuação do agente financeiro, que vincula diretamente a legitimidade da CEF e sua eventual responsabilização pelos problemas apresentados nos programas que financia com base no SFH, fazendo a distinção da sua atuação enquanto agente financeiro estritamente falando, e agente das políticas públicas de promoção à moradia³²⁴.

A partir desses apontamentos, o entendimento jurisprudencial construído é no sentido de que, nos empreendimentos de natureza popular, destinados à população de baixa renda, como é o caso do Programa Minha Casa Minha Vida, o agente financeiro é responsável pela segurança, solidez e concretude do imóvel cuja obra tenha financiado³²⁵.

Assim, a argumentação da Caixa Econômica Federal de que não celebrou contrato que possa dar base à sua responsabilização por eventuais danos físicos ocorridos no imóvel se mostra falha³²⁶, uma vez que não há como dissociar a responsabilidade contratual da construtora e do financiador, por se tratar de um negócio jurídico único e de finalidade comum.

Ademais, incumbe destacar que, além desse caráter supra mencionado, as instituições financeiras, nesses projetos advindos do SFH, possuem o dever de fiscalizar o andamento e a qualidade das mesmas que foram por elas financiadas em razão da própria lei, a exemplo das normas emitidas pelos órgãos reguladores, como é o caso da Resolução 31, de 28 de novembro de 1968, do Conselho de Administração do BNH, que estabelecia as normas gerais e específicas no que diz respeito à atuação dos órgãos que compõem o Sistema Financeiro Habitacional, dos quais agora a CEF faz parte, para que exatamente possa existir uma maior segurança quanto às aplicações e às pessoas que vão adquirir as habitações provenientes do sistema.

tenho por equivocado. (...) Sr. Presidente, gostaria de acrescentar que faço a ressalva e acompanho o voto do Sr. Ministro Fernando Gonçalves, tendo em vista, especificamente, a natureza do empreendimento, porque há certos casos em que a CEF também atua como agente promotor, além de meramente financeiro, e, aí, ela terá uma responsabilidade maior, notadamente em empreendimentos de baixa renda, de caráter social". (Cf. REsp 950.522/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4a Turma do STJ, julgado em 18/08/2009, publicado em 08/02/2010. Embora o Relator tenha adotado entendimento diverso, a 4a Turma sustentou o posicionamento de que a CEF não seria parte legítima em demandas redibitórias).

³²⁴ "A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda" (Cf. REsp 1102539 / PE; 4a Turma; Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Relatora p/ Acórdão: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI; julgado em 09/08/2011, DJe 06/02/2012).

³²⁵ Esse foi o entendimento dos votos dos Ministros Ari Pargendler e Carlos Alberto Menezes Direito, no julgamento do REsp. n.º 51.169/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, 3ª Turma do STJ.

³²⁶ No recurso especial em estudo a "CEF recorreu, alegando violação aos artigos 3º e 267, VI, do Código de Processo Civil; 896, do Código Civil, ao argumento de que não tem responsabilidade solidária pelos vícios de construção existentes no imóvel adquirido por intermédio de contrato de financiamento habitacional; e 1.245, do Código Civil, dizendo que a responsabilidade pelos vícios de construção é somente da construtora. Aponta, ainda, divergência jurisprudencial".

Segundo a citada resolução, é papel do agente financeiro designar um engenheiro ou arquiteto com capacidade para efetuar a verificação das obras financiadas, se estão de acordo com o projeto, se estão dentro do orçamento, se a execução está de acordo com o proposto, bem como o devido andamento das obras³²⁷.

O circular de nº 22/84 do já extinto Banco Nacional de Habitação, dispõe que, quanto aos vícios construtivos de imóveis financiados pelo SFH, há um comprometimento tanto dessa garantia das operações do Sistema, bem como do patrimônio adquirido pelo mutuário. Destacando que os vícios de construção de imóvel do SFH que resulte de omissão dos seus agentes financeiros, gera a esta obrigação de responsabilização pelos mesmos, bem como de uma eventual penalização em decorrência das normas regulamentares do BNH, então gestor do SFH³²⁸.

Percebe-se, portanto, que o Poder Judiciário definiu a clara relação de solidariedade existente entre os participantes do empreendimento, em razão do comprometimento da liberação do financiamento para apenas unidades residenciais com solidez e segurança atestados pelo próprio agente financiador. Assim, caso haja alguma irregularidade, a responsabilidade deve recair também sobre aquele que atestou tais requisitos como forma de garantia.

Desse modo, seria incoerente o agente financeiro, no caso a CEF, não ser corresponsável nos casos de eventuais vícios construtivos, uma vez que seu poder de fiscalização e controle da construção do empreendimento é uma forma de garantia que o SFH possui, para que ele possa atingir a sua finalidade de facilitação de aquisição da casa própria.

Ressalte-se, ainda, que essa fiscalização fortalece o sistema tanto em prol do mutuário como também da construtora, pelo fato de que não seria justo o mutuário incorrer

³²⁷ No sentido de acompanhar a execução do projeto ou dos projetos, em cada um dos financiamentos ou refinanciamentos, zelando e fiscalizando a aplicação do capital mutuado, o agente financeiro designará um Engenheiro ou Arquiteto (ou firma de Engenheiro ou Arquiteto), a quem caberá: (...) c) verificar se as obras, então financiadas, obedecem ao projeto ou projetos, memorial descritivo, orçamentos e demais documentos apresentados com sua proposta de financiamento, inclusive pela aplicação de materiais inferiores aos descritos; d) verificar o andamento das obras, de acordo com os cronogramas, e visar os cheques emitidos para liberação das parcelas do financiamento ou refinanciamento, podendo recusar o seu visto quando a quantia a ser levantada não corresponder ao valor das obras executadas de acordo com os respectivos projetos; (...) (Item 20 da Resolução número 31, de 28.11.68 do Conselho Administrativo do BNH).

³²⁸ “A ocorrência de vícios de construção de imóveis financiados pelo SFH vem, não somente comprometendo a garantia das operações do Sistema, constituída pelo próprio bem produzido, mas ainda afetando o patrimônio do mutuário final. Considerando a responsabilidade dos Agentes Financeiros do SBPE de zelar pela correta aplicação dos recursos sob sua gestão, vimos lembrar que a ocorrência de vício de construção em imóvel objeto de aplicação de recursos do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) quando resultar de ação ou omissão de Sociedade de Crédito Imobiliário (SCI), Associação de Poupança e Empréstimo (APE) ou Caixa Econômica (CE) na análise dos projetos ou documentos complementares e/ou na fiscalização das obras e serviços respectivos, constitui infração prevista no art. 8º, alínea "a" da R/BNH - 51-80, e, como tal, sujeita o infrator às penalidades cominadas na mesma Resolução, além de poder vir a gerar para o mesmo a obrigação de, em prazo determinado pelo BNH, promover, às suas próprias expensas, os reparos necessários à regularização da situação do imóvel afetado, cabendo-lhe o direito de agir regressivamente contra o construtor responsável pela obra". (Trecho do Circular nº 22/84 do BNH, extraído do voto do Ministro Relator Luiz Felipe Salomão no REsp. 738.071-SC, 4ª Turma do STJ).

sozinho por eventual prejuízo, se o agente financeiro tem a incumbência de escolher a construtora e fiscalizar a obra e não o fez como deveria. Se não houvesse a possibilidade de responsabilização da instituição financiadora, o sistema seria falho, pois não haveria respaldo algum para o mutuário que deseja ter seu acesso à casa própria, como um reflexo do seu Direito à Moradia.

Além desse caráter normativo que vincula a atuação da instituição financeira a uma política de fiscalização, incorrendo na solidariedade da responsabilização dos atuantes no PMCMV, há uma característica relação de consumo desenvolvida. Quanto a isso, o Código de Defesa do Consumidor difunde a ideia de solidariedade entre todos aqueles que participam do processo de produção ou da prestação do serviço, corroborando com o posicionamento constitucional aqui defendido da proteção do consumidor, enquanto hipossuficiente na relação³²⁹.

Vê-se que há, pelo CDC, uma imposição de solidariedade em razão do fim comum, do fornecimento do produto do serviço, fato esse que confere uma maior garantia ao consumidor, e se aplica perfeitamente às situações aqui abordadas³³⁰. Ademais, pela ótica do consumidor, celebrar um contrato com participação do agente financeiro, como a Caixa Econômica Federal, uma empresa consolidada, traz uma maior segurança e credibilidade ao negócio firmado, o que confere uma certa garantia pela relação de parceria formada entre a construtora e o a financiadora, aumentando a confiança pelo comprador de que o imóvel presente, de fato, as características desejáveis do programa.

Nesse sentido, Orlando Gomes destaca que há uma tutela da aparência, quando se configura a relação por boa-fé, como se pode observar, no caso, em razão da hipossuficiência do comprador, e da solidez que confere a CEF aos programas que participa, com a aparência da garantia de um empreendimento de sucesso³³¹, não havendo como o

³²⁹ “Art. 7. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

Art. 25. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores

Art. 38. § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

Art. 34. O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos. (BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em agosto de 2018.).

³³⁰ O CDC “inova ao visualizar uma cadeia de fornecimento solidariamente responsável (todos e cada um por todos) entre o preposto (com vínculo trabalhista) ou o representante autônomo (sem vínculo trabalhista) e o fornecedor principal de produtos e serviço, ou organizador da cadeia de fornecimento de produtos e serviços. O CDC impõe a solidariedade mesmo àqueles que teoricamente são independentes, tendo em vista o fim comum, que é fornecer o produto e o serviço”. (MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 510).

³³¹ Em todos esses casos, aparece como verdadeiro um fenômeno que não é real. O parecer sem ser põe em jogo relevantes interesses que a lei não pode ignorar. (...) O reconhecimento de efeitos jurídicos a situações aparentes pode justificar-se doutrinariamente pela aplicação do princípio que protege a boa-fé, ou mediante

consumidor, no ato da firmação do negócio, supor que o agente financeiro poderia se esquivar de se responsabilizar por eventuais vícios decorrentes do negócio, sem receber a devida reparação pelos mesmos.

Em conformidade com o exposto, diversas são as decisões que corroboram com tal entendimento³³². A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela

construções jurídicas particulares com a teoria da tutela de expectativa ou da posse de direitos. (...) Importa, por outras palavras, que o cumprimento desse ato seja normal em relação à atividade exercida pelo procurador, nessa qualidade. A boa-fé do terceiro precisa estar respaldada pela normalidade do ato, aferida pela prática da atividade profissional que exerce. Se é, por exemplo, um agente distribuidor e o comitente limita os poderes geralmente concedidos a tais profissionais, a prática de um ato proibido, mas geralmente aceito como próprio da atividade desses comerciantes não despertará em terceiros desconfiança, podendo, por sua normalidade, levá-lo a uma relação jurídica que, devido à aparência, deve produzir os seus devidos efeitos sem embargo do excesso cometido pelo agente. (GOMES, Orlando. **As transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967. p. 93-108). No mesmo sentido:

³³² CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL NO ÂMBITO DO PROGRAMA "MINHA CASA, MINHA VIDA". VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. ILEGITIMIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DO MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS. RESPONSABILIDADE DA CEF E DA CONSTRUTORA. 1. Trata-se de apelação contra sentença que condenou a CEF a sanar os vícios de construção em unidade habitacional inserida no Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, bem como sua condenação, solidariamente à Construtora, a indenizarem a apelada, a título de danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 2. A legitimidade da Caixa Econômica Federal para responder por ato ilícito relativo ao contrato de financiamento ocorre apenas quando atua como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou renda, quando tenha escolhido a construtora ou tenha qualquer responsabilidade relativa à elaboração do projeto. (Precedente: STJ, REsp 1102539, Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Galotti, 4ª Turma). Com fundamento nos art. 1º, § 1º e art. 2º, § 8º, ambos da Lei nº 10.188/2001 e do artigo 9º da Lei n. 11.977/09, a CEF é o agente gestor e operacional do Fundo de Arrendamento Residencial que subvenciona o programa do governo federal, sendo de responsabilidade da CEF a aprovação dos projetos de construção executados pelas construtoras. Segundo inteligência do artigo 618 do CC/02, a construtora responde pelas falhas no projeto e vícios de construção. 3. Evidente a ilegitimidade passiva ad causam do Estado do Rio de Janeiro e do Município de Duque de Caxias, eis que a fiscalização das obras do Programa Minha Casa, Minha Vida e a elaboração do projeto de construção são de responsabilidade da Caixa Econômica Federal. 4. Laudo pericial que comprova as falhas técnicas de projeto e constata a existência de danos na unidade habitacional da autora no condomínio Santa Lúcia. Nexó de causalidade configurado, eis que previsíveis as chuvas no 1 Município de Duque de Caxias. Ensinaamentos clássicos, mas ainda de contemporânea aplicação, de Agostinho Alvim acerca do caso fortuito e força maior. 5. Considerando que a CEF contratou diretamente a construtora, cuja falência foi decretada judicialmente, deve custear os reparos decorrentes de vícios de construção, para recuperação do imóvel, já que a falência inviabiliza a solidariedade quanto ao cumprimento da obrigação específica de fazer. 6. Presentes todos os elementos da responsabilidade civil é devida a obrigação solidária de indenizar. O dano moral fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) pelo juízo sentenciante deve ser mantido, por conciliar a pretensão compensatória com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa. Descabida, no entanto, a condenação em danos materiais, eis que não comprovados os alegados danos emergentes. 7. Manutenção dos honorários advocatícios em percentual de 10% sobre o valor da condenação, eis que adequado à complexidade da causa, bem como suficiente para remunerar o empenho, o desgaste e o tempo despendido na execução do serviço, nos termos da art. 20, § 3º do CPC/73, lei vigente à data da prolação da sentença. 9. Desprovimentos da apelação da autora e da CEF. (TRF-2 - AC: 00015530820134025118 RJ 0001553-08.2013.4.02.5118, Relator: LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, Data de Julgamento: 29/03/2017, 7ª TURMA ESPECIALIZADA)

Ainda sobre o assunto, vide também:

ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO - SFH. CEF. REPARAÇÃO DE DANO MATERIL E MORAL. RESPONSABILIDADE DA CEF E DA CONSTRUTORA. SOLIDARIEDADE. 1. Constatados vícios e atrasos na obra, há nexó de imputação de responsabilidade das Caixa Econômica Federal e da Construtora. 2. A construção do empreendimento está alicerçada sobre uma profusão de relações jurídicas e, dentre elas, a cooperação existente entre a empresa pública federal e a entidade organizadora antecede a celebração do contrato por instrumento particular de compra e venda de terreno e mútuo para construção de unidade habitacional. 3. O que ressalta da contratação é a solidariedade das rés na responsabilização da entrega da unidade habitacional, uma vez que à Construtora cabe a efetivação das

responsabilização da Caixa Econômica Federal nos casos em que exerce o papel de executor das obras de políticas federais, deixando bem claro que deve ser definido o papel da instituição dentro do empreendimento. No Agravo em Recurso Especial número 1.326.227, publicado em 09 de agosto de 2018, o Relator Ministro Sérgio Kukina manifestou entendimento de que a CEF tem o dever de fiscalizar as obras, atuando não apenas como agente financiador, fiscalizando o cumprimento do cronograma das obras bem como a sua execução técnica³³³.

obras no prazo contratado, na forma mais direta, e à CEF a fiscalização do cumprimento do referido prazo. (TRF-4 - AC: 50523808320124047100 RS 5052380-83.2012.404.7100, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 24/02/2015, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 26/02/2015)

³³³ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.326.227 - RJ (2018/0172970-9) RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE: ESTADO DO RIO DE JANEIRO PROCURADOR : PEDRO GONÇALVES DA ROCHA SLAWINSKI E OUTRO (S) - RJ063494 AGRAVADO : CAIXA ECONÔMICA FEDERAL ADVOGADO : DANIELLE DE ALEXANDRE LOURENÇO E OUTRO (S) - RJ116610 AGRAVADO : MUNICIPIO DE DUQUE DE CAXIAS PROCURADORES : JORGE DAVID FERNANDES DA FONSECA E OUTRO (S) - RJ143927 CLÁUDIO FELIX FERREIRA - RJ119533 THIAGO SOBREIRA GIANNINI DA CUNHA - RJ187587 BEATRIZ DE SOUSA GONÇALVES - RJ199232 AGRAVADO : ENGEPAÇOS CONSTRUTORA LTDA - MASSA FALIDA REPR. POR : MANDEL ADVOCACIA - ADMINISTRADOR ADVOGADO : JULIO KAHAN MANDEL - MG136217 AGRAVADO : ROSELUCIA DA CONCEIÇÃO ADVOGADO : AILTON MARCELO THOMAZ DO NASCIMENTO E OUTRO (S) - RJ135027 DECISÃO Trata-se de agravo manejado pelo Estado do Rio de Janeiro contra decisão que não admitiu recurso especial, este interposto com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fls. 535/536): CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL NO ÂMBITO DO PROGRAMA "MINHA CASA, MINHA VIDA" - COM RECURSOS DO PAR. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. CONDOMÍNIO MARGENS DE RIO. INUNDAÇÃO. IMÓVEL SEM CONDIÇÕES DE HABITABILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DA CEF, DA CONSTRUTORA E DOS ENTES PÚBLICOS MUNICIPAL E ESTADUAL. RESPONSABILIDADE SOLIDARIA. DANOS MATERIAIS E MORAL CONFIGURADO. 1. Ação ajuizada contra a CEF, o Município de Duque de Caxias e o Estado do Rio de Janeiro objetivando a condenação das requeridas em obrigação de fazer para sanar os vícios de construção existentes na sua unidade habitacional ou, a rescisão do contrato com a devolução das quantias pagas, o recebimento do seguro, bem como a isenção das parcelas do contrato de parcelamento, o pagamento de verba mensal locatícia e a indenização por danos materiais e morais. 2. Contrato por instrumento particular de compra e venda imóvel residencial com parcelamento e alienação fiduciária no programa minha casa minha vida - PMCMV - com recursos PAR. O Programa de Arrendamento Residencial (PAR) instituído pela Lei nº 10.188/2001, tem por objeto propiciar moradia à população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial, com opção de compra. 3. A CEF atua como gestora operacional e financeira dos recursos do FAR (Fundo de Arrendamento Residencial), que lhe são dirigidos para o empreendimento, conforme determinação constante no artigo 9º da Lei nº 11.977/09. O agente financeiro tem o dever jurídico de zelar e fiscalizar pela aplicação do fundo, como gestor de recursos alheios. 4. A Caixa Econômica Federal responde solidariamente, com a construtora, por eventuais vícios na construção, uma vez que lhe caberia negligenciar para que o negócio jurídico não fosse cumprido de forma deficiente. Entendimento consolidado no âmbito do STJ. 5. Das provas anexadas, a responsabilidade das rés fica claramente evidenciada, ante a existência de falhas técnicas de projeto, tanto na fiscalização da implementação (escolha de local adequado e autorização - uma vez que o poder de polícia inerente à regulamentação urbana cabe aos municípios (art. 30, inciso VIII, da CF), quanto no acompanhamento da execução do empreendimento, e na inexistência de obras públicas necessárias a evitar inundações e monitoramento constante (desassoreamento, drenagem, contenção de encostas). 6. Inexistência do direito ao recebimento do seguro residencial, uma vez que o laudo pericial concluiu que o imóvel e as áreas coletivas do condomínio são passíveis de recuperação com a correção dos vícios constatados. O pedido de pagamento de verba locatícia não se justifica, uma vez que o valor da exoneração da parcela do financiamento pode ser revertido para tal fim. 7. Configurada a responsabilidade das rés, e demonstrada a ocorrência de dano material e moral, cumpre efetivar a sua reparação, da maneira mais completa possível, de forma a restabelecer o equilíbrio rompido. 8. In casu, uma vez que o serviço de desassoreamento e de estabilização

Nesse sentir, a Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ainda se percebe a recorrência de problemas como os apontados aqui na boa persecução de programas habitacionais, e ainda a discussão quanto à responsabilização por tais problemas³³⁴.

Assim, em razão do caráter social das obras dos empreendimentos do Programa Minha Casa Minha Vida, conclui-se que a CEF possui plena vinculação com o construtor

do solo, nas margens do rio, já foi executado pelo Estado, e considerando que a falência da construtora ENGEPASSOS impossibilita a solidariedade na obrigação de fazer, mantenho a condenação da CEF, no sentido de que promova, às suas expensas (resguardado o direito de regresso), as intervenções necessárias para sanar os vícios de construção da unidade habitacional da parte autora, conforme verificado em laudo pericial. 9. Ofensa moral, consubstanciada por todos os transtornos acarretados, considerando que a autora perdeu todos os seus pertences (móveis, eletrodomésticos e roupas), ficando privada do uso de sua residência, vendo-se obrigada a se alojar em locais públicos. 10. Apelação da CEF não provida e apelação da autora parcialmente provida para condenar as rés - CEF, a construtora ENGEPASSOS, o município de Duque de Caxias e o Estado do Rio de Janeiro - a pagar à autora a quantia de R\$ 6.000,00, a título de dano material e o valor de R\$ 10.000,00, a título de dano moral, pro rata (devendo a CEF arcar com a parte da construtora), acrescidos tais valores de correção monetária, pelos índices da tabela de atualização de precatórios da Justiça Federal, e juros de mora de 1% ao mês, a contar do evento danoso. Condene as rés ao pagamento de honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor da condenação. (...). (STJ - AREsp: 1326227 RJ 2018/0172970-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Publicação: DJ 09/08/2018)

³³⁴ CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL NO ÂMBITO DO PROGRAMA "MINHA CASA, MINHA VIDA". VÍCIOS D E CONSTRUÇÃO. RESPONSABILIDADE DA CEF E DA CONSTRUTORA. 1. Trata-se de apelação interposta pela CEF e de recurso adesivo, pela autora, contra sentença que condenou a CEF a sanar os vícios de construção em unidade habitacional inserida no Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV, bem como sua condenação, solidariamente à Construtora, a indenizar a autora, a título de danos morais, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pro rata. 2. A legitimidade da Caixa Econômica Federal para responder por ato ilícito relativo ao contrato de financiamento ocorre apenas quando atua como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou renda, quando tenha escolhido a construtora ou tenha qualquer responsabilidade relativa à elaboração ao projeto. (Precedente: STJ, REsp 1102539, 4ª Turma). Com fundamento nos artigos 1º, § 1º e 2º, § 8º, ambos da Lei nº 10.188/2001, e do artigo 9º da Lei nº 11.977/09, a CEF é o agente gestor e operacional do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) que subvenciona o programa do governo federal, sendo de responsabilidade da empresa federal a aprovação dos projetos de construção executados pelas construtoras. A teor do art. 618 do CC, a construtora responde pelas falhas no projeto e vícios de construção. 3. Laudo pericial que comprova falhas técnicas de projeto e constata existência de danos na unidade habitacional da autora, no condomínio Santa Helena. Nexos de causalidade configurado, eis que previsíveis as chuvas no Município de Duque de Caxias. Ensinaamentos clássicos, mas ainda de contemporânea aplicação, de Agostinho Alvim acerca do caso fortuito e força maior. 4. Considerando que a CEF contratou diretamente a construtora, cuja falência foi decretada judicialmente, deve custear os reparos decorrentes de vícios de construção, para recuperação do imóvel, já que a falência inviabiliza a solidariedade quanto ao cumprimento da obrigação específica de fazer. 5. Presentes todos os elementos da responsabilidade civil é devida a obrigação solidária de indenizar. O dano moral fixado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), pro rata, pelo juízo sentenciante deve ser mantido, por conciliar a pretensão compensatória com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa. 6. Manutenção dos honorários advocatícios de sucumbência em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), pro rata, eis que adequados à complexidade da causa, bem como suficientes para remunerar o empenho, o desgaste e o tempo despendido na execução do serviço. 7. Não procede a alegação da CEF no que se refere à reciprocidade da sucumbência, uma vez que, como visto, a autora sucumbiu em parte ínfima do pedido (danos materiais). 8. Quanto à ENGEPASSOS CONSTRUTORA, embora falida, a massa pode arcar com a 1ª condenação pecuniária, que poderá ser habilitada no juízo falimentar, conforme ressaltado pelo juízo a quo. 9. Apelação da CEF e recurso adesivo da autora desprovidos. (TRF-2 - AC: 01114341720134025118 RJ 0111434-17.2013.4.02.5118, Relator: FLAVIO OLIVEIRA LUCAS, Data de Julgamento: 11/05/2018, 7ª TURMA ESPECIALIZADA)

diante do mutuário contratante. Isso porque, enquanto agente garantidor das políticas públicas habitacionais tem o dever legal de fiscalizar as obras para que as mesmas se executem de acordo com os propósitos e finalidades aos quais foram dispostas, dentro dos pilares do Sistema Financeiro Habitacional.

Essa responsabilização leva, ainda, a patamares maiores no que diz respeito à promoção, pelo Estado, das políticas públicas habitacionais, pelo fato de que a sua mera possibilidade faz com que o ente estatal empregue melhor a verba pública demandada. Pode levar, no caso em específico, a CEF à tomar precauções maiores no que diz respeito à execução do Programa, para que seja, desde o início, executado de forma ótima, sem que haja o dispêndio oneroso dos recursos por ela geridos. Fato este que enaltece ainda mais a importância da atuação do Judiciário no tocante à prestação das políticas públicas para promoção do Direito à Moradia.

A possibilidade de responsabilização funciona como uma forma de controle dos gastos da verba pública, trazendo mais ganhos ainda para a promoção das políticas públicas habitacionais, de maneira a tentar minimizar, ou até mesmo, de forma otimista, erradicar os problemas recorrentes aqui apresentados em razão da má execução desse programa. Funciona, portanto, como uma espécie de sanção preventiva, de modo a criar uma consciência da importância da boa consecução dos atos praticados para a promoção do Programa, para que se evitem os futuros problemas, que hoje ainda são bastante recorrentes.

Nessa perspectiva, a responsabilidade do agente financeiro, que também atua como agente operador, nos casos de vícios construtivos no Programa Minha Casa Minha Vida, aqui apresentados, vai além da garantia de indenização do mutuário que incorreu em prejuízo, ou da relação contratual firmada, que, conforme largamente explicitado, vincula a CEF, bem como o seu caráter público, de responsabilização objetiva. Abarca o caráter social do Direito à Moradia como um todo, por representar uma garantia da efetivação e da eficácia das políticas públicas habitacionais, observando o Princípio da Eficiência Administrativa, ao fazer com que os investimentos e os gastos despendidos sejam efetuados com precaução, com responsabilidade e prudência, para evitar que existam problemas futuros que onerem ainda mais a atividade administrativa e o orçamento público.

Vê-se que ainda há muito o que ser feito no que diz respeito à habitação nacional. A marginalização habitacional, as moradias irregulares, o crescimento desordenado e sem planejamento das cidades, o aumento considerável das favelas ainda é uma realidade muito viva no país. Toda a construção histórica do Brasil levou a essa conjuntura que se tem hoje, pela cultura de concentração de terras, latifúndios, de pouca distribuição de renda e grande desigualdade social.

Todavia, essas políticas públicas buscam exatamente mudar essa realidade. Tentam diminuir esse déficit, fazendo valer de forma efetiva os Direitos Sociais, no caso o da moradia, que foi amplamente resguardado pelo ordenamento jurídico interno e externo, por

se reconhecer que é um elemento fundamental para uma existência digna, intimamente ligado aos princípios fundamentais de existência do indivíduo.

Permeia aí, a importância da execução plena dessas políticas, para que o Estado atue de forma efetiva e eficiente nas prestações positivas que resguardam esse direito. E é nesse ponto onde entra a atuação do Judiciário brasileiro, que acabou se tornando uma ferramenta de suma importância para dar efetividade a essas políticas públicas habitacionais, ante os graves problemas de uma execução plena e eficaz, a exemplo dos casos de vícios construtivos aqui mencionados – como os exemplos aqui trazidos de decisões envolvendo a persecução de políticas públicas habitacionais, mais precisamente o Programa Minha Casa Minha Vida, demonstrando uma clara necessidade de intervenção do Judiciário para que os pormenores pertinentes ao programa sejam resolvidos e concretizados, de fato.

As decisões judiciais passaram não apenas a garantir os direitos individuais pleiteados, de plena efetividade de uma política pública. Mas também a ter um caráter sancionatório, fiscalizatório e educativo, uma vez que visam coibir condutas num plano que vai além do interesse individual da demanda, de forma a otimizar os gastos públicos e concentrá-los para que sejam gastos da melhor forma possível para a persecução de um Direito Social de eficácia plena. Representa, portanto, um bem social de interesse a todos.

4 A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À MORADIA

Construiu-se até aqui, a ideia de que, apesar de serem os Direitos Sociais exigíveis por si só, necessitam de uma atuação positiva do Estado para que sejam efetivos. E é essa necessidade prestacional que acaba levando a diversos problemas práticos de efetividade, seja pela atuação administrativa do Poder Executivo – pelos problemas de efetividade prática das políticas públicas habitacionais, conforme exposto –, ou pela própria omissão do Poder Legislativo em garantir que tais direitos sejam de fato aplicados à realidade social.

O indivíduo, portanto, vê-se em um problema onde mesmo se reconhecendo como sujeito de direitos, não tem a garantia da aplicabilidade dos mesmos. É titular do direito subjetivo ao mínimo existencial para uma vida digna, mas a inoperabilidade de políticas públicas acabam por deixar cair por terra esse direito. Processo esse que resulta em um problema social grave, pois a não efetivação de Direitos Sociais influi em todos os setores da vida em comunidade e, conseqüentemente, de desenvolvimento da sociedade.

Ante essa problemática prática da operabilidade dos Direitos Sociais e da ressaltada inoperabilidade das políticas públicas habitacionais por meio da Administração Pública – a exemplo dos casos de vícios construtivos apresentados nas obras do referido programa –, faz-se necessário avaliar a função que a jurisdição acaba por exercer para a persecução desses direitos que demandam uma prestação positiva por parte do Estado.

4.1 A NOVA CONCEPÇÃO DE JURISDIÇÃO A PARTIR DO ESTADO CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS

A jurisdição é exercida através do processo. Sob esta perspectiva, pode-se conceituar o processo como um ato jurídico de suporte fático complexo, pela ocasião da jurisdição tutelar situações circunstanciais e jurídicas que estão deduzidas no próprio processo – que formam seu mérito. Assim, o processo deve ser analisado a partir de um paralelo entre o direito material e o processual, por uma ótica instrumentalista, ou seja, pela situação jurídica material a que vai servir como instrumento de tutela³³⁵.

Assim, em decorrência das transformações da concepção e percepção de direito advindas da instituição do Estado Constitucional de Direito – resultando também em uma

³³⁵ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 26.

nova percepção do processo e do Direito Processual –, não se sustentam mais as antigas teorias da jurisdição que tinham por fundamento a supremacia da lei.

Estas tinham por escopo um positivismo desprovido de senso crítico, que ignorava uma perspectiva ampliadora do direito que considerasse o ordenamento jurídico como um todo, constituído por fundamentos e princípios constitucionais. Tais teorias reduziam o direito à lei, à norma geral a ser aplicada ao caso concreto, e o juiz a mero aplicador da norma, a partir da função de declarar o direito ou de criar a norma individual³³⁶.

A concepção contemporânea de jurisdição deu uma guinada nessa relação entre lei e Constituição. O Estado constitucional consagrou o princípio da supremacia da Constituição, por meio da qual a legislação deve ser compreendida e interpretada a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais³³⁷.

Nessa perspectiva, a função do juiz não é mais apenas a de construir a norma jurídica, mas também de tutelar concretamente o direito material, através dos princípios constitucionais – expressos ou não –, conferindo, assim, um sentido constitucional às leis e, quando necessário, também suprimindo as próprias omissões legislativas que impeçam a consecução de um direito fundamental.

A jurisdição – na sua nova concepção – tem a finalidade de tutelar direitos, principalmente os fundamentais. Ela se figura como uma consequência do próprio dever estatal de tutela, de proteção aos direitos consagrados constitucionalmente – pilares do Estado contemporâneo.

Distancia-se, portanto, das concepções do século XIX quanto ao conceito de direito subjetivo, que tinham forte influência do princípio da autonomia da vontade, marcando um sistema individualista, característico da época.

O Estado constitucional traz uma nova concepção de direito subjetivo, que vai além da autonomia da vontade do Estado Liberal, conferindo ao próprio Estado o dever de tutela dos direitos fundamentais, pela sua relevância social e jurídica, bem como de proteger jurisdicionalmente esses direitos, a partir da supressão de omissões normativas, do dever de tutela jurisdicional ou qualquer espécie de direito que sirva para conferir efetividade às normas constitucionais³³⁸.

Assim, o processo, para a tutela dos direitos, é um instrumento que possibilita a consecução da tutela já autorizada, protegida e prometida pelo direito material. Daí o seu

³³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 138.

³³⁷ *Idem*

³³⁸ *Ibidem*, p. 139-141

caráter instrumental, diretamente ligado ao direito material. Nessa perspectiva, as tutelas do direito não derivam diretamente do processo em si, mas sim das posições jurídicas do ordenamento.

Isso permite que, na ausência de uma técnica processual, o juiz possa suprir a omissão para que o direito fundamental seja devidamente efetivado. Essa ideia vai de encontro à teoria clássica de Chiovenda, que resume a tutela do direito aos meios executórios deste, dando um maior valor à técnica processual que ao próprio direito material.

Portanto, a ausência de lei negaria ao Estado a tutela de um direito³³⁹. Dessa forma, a jurisdição, na perspectiva contemporânea, deve aplicar a lei a partir das dimensões dos direitos fundamentais – este é o seu dever de tutela, mediante os seus valores substanciais e constitucionais.

Assim, tutelar direitos é aplicar a lei através das normas constitucionais e seus valores fundamentais, não se reduzindo à aplicação de normas processuais. A jurisdição se figura como um meio de viabilizar a tutela de direitos, bem como as próprias garantias prometidas ou protegidas pelo direito material e pela própria Constituição³⁴⁰.

Há uma verdadeira constitucionalização do Direito Processual – fala-se em um novo processualismo –³⁴¹ onde evita-se que, porventura, uma inidoneidade técnica do processo ou constitucional do juiz, prejudique a proteção e garantia efetiva dos direitos fundamentais reclamados no direito material. Amarra-se tanto o direito processual, como o material, às diretrizes delineadas na Constituição e nos direitos fundamentais – e é a jurisdição que tem esse papel de integrar a seara processual e material³⁴².

Essa jurisdição é resguardada, na prática, pelo direito de ação derivado do direito ao devido processo legal que, no Estado Liberal, era visto como um mero direito formal de propor uma ação. Recebia influência, inclusive, de uma perspectiva prática do ato da proposição em si e econômica da sociedade, uma vez que quem não detinha condições de arcar com os custos processuais estaria excluído, automaticamente, desse direito.

E isso não gerava uma preocupação ao Estado, pois este à época era indiferente às distintas necessidades sociais. Com a instituição do Estado Social, esse direito passou a ser visto como indispensável para a proteção dos demais direitos como um todo, inclusive dos

³³⁹ *Ibidem*, p. 143

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 144.

³⁴¹ DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 33.

³⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 144.

fundamentais individuais, passando a ser necessário, para tanto, levar em consideração as diversas questões sociais anteriormente ignoradas³⁴³.

Foi com a transição do Estado Liberal para o Social, pelas novas redações das Constituições do século XX, que o direito de ação – que resguardaria o acesso à jurisdição – passou a ser pensado sob uma perspectiva de acesso à justiça, perdendo a característica de instituto indiferente à realidade social. Viu-se que, para solucionar o problema da efetividade do direito de ação, era imprescindível o próprio acesso à justiça.

Eram necessários mecanismos que tornassem os Direitos Sociais e econômicos efetivos, para que não fossem reduzidos a meras declarações políticas de direitos³⁴⁴. O processo civil deveria, agora, cuidar-se também de questões sociais, e não apenas de procedimentos técnicos da justiça civil.

Dito isso, o direito de ação passou a ser visto como aquele garantidor de um novo tipo de sociedade trazido pelas Constituições modernas, que se efetivaria apenas a partir do devido acesso à justiça³⁴⁵. Sob essa nova perspectiva do Estado Social, o acesso à justiça, configurou-se como a ponte de ligação do processo civil – que tinha por base apenas e exclusivamente sua dimensão técnica – com a justiça social.

Vê-se que a própria realização do Estado está vinculada à ideia de acesso à justiça, pois é este direito, assegurado pelo princípio constitucional do devido processo legal, que possibilita que todos os cidadãos tenham acesso ao Poder Judiciário, e não há como se pensar em um Estado se não for possível esse acesso à tutela jurisdicional.

O exercício do direito de ação não pode, portanto, ser prejudicado, pois é ele que confere a tutela dos direitos garantidos e porventura violados. Há uma mudança do problema da garantia e declaração de direitos, para o problema da efetivação destes. E este está ligado diretamente ao direito de ação e ao acesso à justiça social, determinantes da participação do cidadão na sociedade de forma igualitária³⁴⁶.

Assim, o direito de ação vai além do direito de invocar a jurisdição ou ao direito de se afirmar um direito material em juízo. Isso porque, em razão destes seus desdobramentos concretos, representa um complexo de situações, posições jurídicas e de técnicas processuais, que possuem por objetivo uma tutela jurisdicional definitiva, resultando, abstratamente, no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva³⁴⁷.

³⁴³ *Ibidem*, p. 187-188.

³⁴⁴ *Ibidem* p. 188.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 187-189.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 189.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 217-225.

É um direito fundamental – resultado da incidência das normas constitucionais no Direito Processual Civil – que garante ao seu titular um conjunto de elementos que proporcionam o seu efetivo acesso à justiça³⁴⁸, para tutela de seus direitos. A partir dessa ideia de direito de ação, defere-se que a questão do acesso à justiça diz respeito a uma problematização do próprio direito de ir a juízo, tanto para pedir a tutela de um direito como a defesa deste.

Logo, também não pode ser prejudicado por questões econômicas ou sociais, pois retrataria a negação de um direito indispensável à vida em sociedade de forma harmônica e igualitária³⁴⁹. A ideia de acesso à justiça veio exatamente dessa nova concepção constitucional do direito de ação e do próprio Processo Civil, onde há uma integração das liberdades clássicas, como as de natureza processual e com os próprios Direitos Sociais.

O acesso à justiça representa um direito de prestação estatal para garantir a efetiva participação na vida social, configurando, nessa ótica, tanto um direito formal como um direito abstrato³⁵⁰. Há necessidade de efetiva e adequada atuação dos sujeitos no processo para que o poder jurisdicional seja, de fato, legítimo. E é o direito de ação proporcionado através dos mecanismos de acesso à justiça que possibilita essa adequada jurisdição constitucional.

Nessa ótica, o acesso à justiça deve ser visto não como acesso ao Judiciário em si, mas como uma ordem de valores que tem como última função a pacificação social. Devem ser avaliados todos os níveis de acesso à justiça, uma vez que, primeiro, existem os direitos consagrados, que, em seguida, precisam ser devidamente efetivados.

No campo da efetivação, os Direitos Sociais vêm sofrendo um grande problema, uma vez que dependem de atuação positiva do Estado para a sua consecução, tanto por medidas legislativas como administrativas, através de políticas públicas. A omissão estatal acaba fazendo com tais direitos sejam levados ao Judiciário como uma forma de garantia de acesso, conforme já aqui discutido.

Assim, ante as violações de direitos e a realidade de pessoas que vivem em situações de vulnerabilidade social, o acesso à justiça significa, muitas vezes, o próprio acesso aos direitos constitucionalmente garantidos. Hoje, não se busca mais a titularidade de direitos, mas sim a efetividade destes, seja através de políticas públicas, medidas legais ou por vias judiciais.

³⁴⁸ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 215.

³⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 314.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 314.

A partir do proposto, o direito de ação configura-se como uma prestação constitutiva do Direito Social³⁵¹. Isso porque a atividade jurisdicional colabora com a atividade prestacional do Estado, necessária para a firmação dos Direitos Sociais – quando o legislador e a jurisdição viabilizam esses direitos³⁵². As ações judiciais configuram-se como outros meios de participação ativa do cidadão, para a persecução dos seus direitos garantidos constitucionalmente.

A exemplo da ação coletiva, para tutelar direitos difusos e coletivos violados, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, ações de inconstitucionalidade (com rol taxativo de legitimados). Assim, quanto maior a legitimidade para a propositura dessas ações, maior será a participação popular na vida social e, conseqüentemente, alarga-se o sentido do acesso à justiça e do direito de ação³⁵³.

Assim, a ação configura-se como um importante elemento de proteção aos direitos fundamentais, por conferir ao juiz a possibilidade de suprir omissões legislativas ou evitar lesões e violações concretas do Estado a esses direitos, ante o problema da eficácia direta dos direitos fundamentais entre os particulares³⁵⁴. E esse direito de ação pressupõe uma atuação ativa do Estado, para que tenha plena efetividade³⁵⁵.

Destaca Artur Cortez Bonifácio que o direito de petição é estimulado a partir da participação ativa da sociedade na vida política, por ser um instrumento possível de postulação para perquirir direitos consagrados pelos próprios Direitos Sociais, visando à melhoria da qualidade de vida e, conseqüentemente, da dignidade humana das pessoas³⁵⁶. Possui, portanto, uma clara função de garantia.

O direito de petição, nessa perspectiva, abarca tanto a dimensão subjetiva como a objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que vai além da tutela subjetiva individual, servindo também como uma forma de legitimação do próprio Estado de Direito Democrático, por garantir que se possam ser perquiridos os fins e valores do Estado³⁵⁷. Esse direito representa, portanto, uma garantia de proteção dos direitos fundamentais contra o próprio arbítrio do legislador³⁵⁸.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198

³⁵² *Ibidem*, p. 199

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 199-203

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 207

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 209

³⁵⁶ BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição: garantia constitucional**. São Paulo: Método, 2004. p. 72

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 73

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 72

A proteção a esse direito de petição e o direito de ação, efetivado pelo acesso à justiça, representam uma garantia ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, expressado através dos direitos fundamentais, pois a partir deles, pode-se ter a efetivação concreta de direitos violados – seja pela omissão ou arbítrio Legislativo, ou pela inefetividade prestacional da Administração Pública nos direitos que exigem essa demanda, como é o caso dos Direitos Sociais.

O direito de petição representa exatamente a possibilidade de interação entre o indivíduo – enquanto coletividade ou não –, e o Estado, o Poder Público. É o meio de se buscar dar efetividade a direitos consagrados constitucionalmente ou legalmente, reforçando o conceito de instrumentalidade aqui tratado³⁵⁹.

É, portanto, um instrumento que é facultado ao indivíduo como forma de ter seus direitos protegidos, garantidos ou, até mesmo, aplicados de forma devida. Que tem por objeto exatamente os direitos de particulares ou coletivos, sejam eles próprios ou de terceiros³⁶⁰. Representa um verdadeiro direito instrumental da cidadania, por meio do qual o cidadão pode fazer valer os seus direitos³⁶¹.

Esse direito de petição é um dos corolários do dever de tutela jurisdicional pelo Estado, que deve dar um bom andamento à Justiça, com a devida apreciação de qualquer lesão ou ameaça de direito³⁶². E o acesso à justiça é também uma garantia dessa tutela.

Todavia, como já explicitado, o acesso à justiça vai além da garantia de acesso ao juízo, de tornar viável as demandas sociais a partir da igualdade de condições materiais. Ela abrange tanto a garantia do devido processo legal³⁶³, como um sistema que garanta um processo justo e legítimo, para poder tratar sobre conflitos e violações de direitos fundamentais³⁶⁴, para que o direito de ação cumpra realmente o seu papel: de tornar efetivos esses direitos.

Assim, embora os Direitos Sociais, assim como todos os Direitos Fundamentais, possuam autoaplicabilidade, em virtude do seu caráter prestacional, que demanda uma prestação positiva estatal, carecem dessa dependência do poder público para se tornarem, de fato, efetivos.

³⁵⁹ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 81

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 85

³⁶¹ *Ibidem*, p. 99

³⁶² *Ibidem*, p. 165

³⁶³ Também garantido constitucionalmente como um direito fundamental, no art. 50, LIV, sendo o princípio fundamental base do processo, de onde advém todos os demais.

³⁶⁴ BONIFÁCIO, Artur Cortez. *Direito de petição: garantia constitucional*. São Paulo: Método, 2004, p. 167

Isso porque esses direitos pressupõem ações fáticas que seriam, a princípio, de responsabilidade do próprio titular, em havendo condições financeiras e sociais para aplicá-los. E é nesse ponto onde entra a relação estatal, pois ante a ausência de condições, cabe ao Estado garanti-los e efetivá-los. Os Direitos Sociais entrelaçaram a relação entre o cidadão e o Estado, com vistas à promoção do bem-estar social³⁶⁵.

Consequentemente, essa característica dos Direitos Sociais de condição de prestação positiva, abre espaço para essa discussão acerca da atuação do Poder Judiciário para a sua concretização, através da judicialização de questões políticas e sociais. Em virtude do crescimento tanto da Justiça Constitucional como a ascensão do Poder Judiciário³⁶⁶ e do próprio acesso à justiça.

Todavia, questiona-se na doutrina a possibilidade desses Direitos Sociais consagrarem direitos subjetivos individuais de tutela a serem exigidos pelo Estado, por terem uma estrutura diferenciada dos direitos de liberdade, por exemplo³⁶⁷. Entretanto, como já discutido, os Direitos Sociais são uma forma de expressão e consagração dos próprios direitos de liberdade, sendo estes também efetivados por meio daqueles.

Ademais, a realidade social e política do Brasil acentuou esse problema da inefetividade dos Direitos Sociais pela prestação estatal, o que fez com que se encontrasse no Judiciário³⁶⁸ a ponte para se chegar à solução dos problemas na sua concretização, tendo o acesso à justiça e o direito de ação como direitos que garantem esses Direitos Sociais – em especial o Direito à Moradia –violados pela inoperabilidade ou omissão estatal (administrativa e legislativa).

Dessa forma, não há uma usurpação de competências, uma vez que num sistema democrático abarca um complexo de legitimidades e funções entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Este, apesar de não dotar de legitimidade pelo sufrágio universal, detém a legitimidade argumentativa, da força do argumento jurídico constitucional³⁶⁹, fazendo valer sempre a vontade constitucional.

A judicialização dos Direitos Sociais surge em razão, principalmente, de um sistema deficitário que não tornou efetiva a prestação social a toda a população, de modo a intervir para dar efetividade às políticas públicas, que não foi alcançada pelos demais Poderes – o Legislativo e o Executivo.

³⁶⁵ BARROS, Felipe Maciel Pinheiro. **Regularização fundiária e Direito à Moradia:** instrumentos jurídicos e o papel dos municípios. Curitiba: Juruá, 2014. p. 73

³⁶⁶ *Idem*

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 74

³⁶⁸ *Idem*

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 75

Cabe ao Judiciário, portanto, quando reclamado, garantir que o mínimo existencial seja efetivado, para que os Direitos Sociais possam ser concretizados, levando em consideração as necessidades da realidade da sociedade naquele momento, com as diretrizes constitucionais.³⁷⁰

4.2 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS À LUZ DE DECISÕES ESTRUTURANTES A PARTIR DA ADPF 45

Essa maior atuação do Poder Judiciário não é um fenômeno isolado brasileiro. Desde o final da Segunda Guerra Mundial houve um avanço da justiça constitucional no campo da política majoritária – a que ocorre no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo. Verifica-se uma certa fluidez entre as fronteiras política e de justiça no mundo contemporâneo³⁷¹.

Segundo Barroso, “judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”³⁷². Abrange, portanto, o intercâmbio de poder para os juízes e os tribunais, influenciando diretamente no modo de participação da sociedade.

Corresponde, assim, ao processo de transferência para o Poder Judiciário de decisões que deveriam ter sido tomadas pelo Poder Executivo e o Poder Legislativo, colocando sob análise do Judiciário questões que versam sobre o reconhecimento e a concretização de direitos³⁷³.

Esse processo de maior atuação do Judiciário se deu por diversos motivos. Leal, Alves e Meotti trazem a judicialização como uma decorrência do modelo do Estado Democrático de Direito, advindo de um processo típico do constitucionalismo democrático, onde se tem por foco a centralidade da Constituição, e da sua força normativa, mas que atribui o protagonismo ao Poder Judiciário³⁷⁴.

E, conseqüentemente, o processo de redemocratização do Brasil foi uma das principais causas para o crescimento da judicialização, com a promulgação da Constituição

³⁷⁰ *Ibidem*, p. 79

³⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 1. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em julho de 2018.

³⁷² *Ibidem*. p. 2.

³⁷³ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (Org). **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 258

³⁷⁴ LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. **A jurisdição constitucional brasileira: perspectivas e desafios**. São Paulo: Editora Jurídicas, 2015. p. 125.

de 1988³⁷⁵. A partir de então, o Judiciário não corresponde mais a apenas um órgão técnico, mas também a um poder político, constituindo a tríade dos Poderes. Tem capacidade, portanto, não só de interpretar e aplicar o texto constitucional, mas de garanti-lo e fazer com que seja respeitado, inclusive podendo colocar-se em confronto com os demais Poderes³⁷⁶.

Além disso, com a instituição do processo democrático, a cidadania passou a ser exercida de forma mais ampla, onde o indivíduo passou a ter mais consciência de seus direitos e, conseqüentemente, respaldo jurídico e constitucional para exigí-los, buscando sua proteção judicialmente. Atrelado a isso, houve a expansão dos poderes do Ministério Público – não mais adstrito à seara penal – e da firmação da Defensoria Pública, o que fortaleceu a estrutura judiciária e aumentou a demanda na justiça brasileira³⁷⁷.

Outro fator que contribuiu para o processo da judicialização no Brasil foi também decorrente da Constituição de 1988, que é caracterizada como abrangente, trazendo inúmeras matérias que antes não eram incorporadas ao texto constitucional³⁷⁸. E, segundo Barroso, “constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito”³⁷⁹, porque a partir da previsão constitucional, uma questão se torna potencialmente uma matéria de pretensão jurídica – que pode vir a ser formalizada por meio de uma ação judicial.

Por fim, como última justificativa para a judicialização, destaca-se o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que é um dos mais abrangentes do mundo, sendo caracterizado como um sistema híbrido e eclético, trazendo elementos do controle de normas constitucionais americano e europeu – com o modelo americano incidental e difuso, e o modelo europeu com o controle de ação direta³⁸⁰.

Barroso sintetiza três fatores que denotaram a ocorrência do fenômeno da judicialização:

A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na

³⁷⁵ *Ibidem*. p. 126

³⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 3. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em julho de 2018.

³⁷⁷ *Idem*.

³⁷⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, **Revista de Direito do Estado** 12, 2008.

³⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 3. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em julho de 2018.

³⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, 2005. p. 146.

deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas³⁸¹.

A essa ideia, acrescenta-se que Karl Klare desenvolveu a ideia do *constitucionalismo transformador*, que retrata a Constituição implementada e interpretada de modo a transformar as relações sociais e as instituições políticas de um país, almejando sempre uma sociedade estruturada de forma igualitária, democrática e, também, participativa. A partir da condução pelo direito de uma emancipação social³⁸².

Esse constitucionalismo pressupõe um tipo específico de Constituição, que traga elementos favoráveis a esse caráter de transformação social. É uma espécie de constituição diretiva ou pragmática, que estabelece os objetivos que precisam ser perquiridos pelo Estado e pela sociedade, além de diretrizes e programas que serão o caminho para se alcançar os objetivos traçados³⁸³. Uma constituição transformadora abrange não apenas questões de Estado, tendo por objetivo também a sociedade.

É uma constituição democrática, fundada numa concepção substantiva de igualdade, trazendo obrigações estatais e com grande previsão dos Direitos Sociais – características essas todas presentes na Constituição brasileira de 1988³⁸⁴.

E, além da constituição específica, o judicialismo transformador é um instrumento de extrema importância para que se torne concreto o projeto político de transformação social, almejado constitucionalmente. Assim, a mudança da realidade social não ocorre apenas pelo meio político, mas também pelo Judiciário³⁸⁵. Nesse contexto, Karl Klare defende que o Poder Judiciário, nas sociedades democráticas, é um espaço potencial de criação do Direito³⁸⁶.

Vê-se, portanto, o Judiciário como um colaborador com a instituição e a afirmação democrática dos Direitos Sociais, seja através do instituto da judicialização ou do próprio ativismo judicial. Isso porque, pela natureza prestacional dos Direitos Sociais – como é o

³⁸¹ BARROSO, L. R. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: julho de 2018. p. 07.

³⁸² KLARE, K. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*. 1998. p. 150.

³⁸³ GRAU, E. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 67.

³⁸⁴ KLARE, K. **Legal culture and transformative constitutionalism**. *South African Journal on Human Rights*. 1998. p. 153.

³⁸⁵ *Ibidem*. p. 157

³⁸⁶ *Ibidem*. p. 146

caso do Direito à Moradia –, se as políticas públicas a serem aplicadas pelo Poder Executivo não forem eficientes, cabe a intervenção do Poder Judiciário para reverter essa situação³⁸⁷.

Não há que se falar em intervenção no Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que é legítima a atuação do Poder Judiciário, por ter como objeto o núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ademais, não está o Judiciário autorizado a criar políticas públicas, mas apenas implementar as que já foram devidamente constituídas pelos Poderes pertinentes³⁸⁸.

O Ministro Celso de Mello, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, corroborou com esse entendimento ao afirmar que:

[...] os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, [...] ³⁸⁹.

Todavia, os Direitos Sociais, para se tornarem aplicáveis através das políticas públicas, necessitam de uma prestação material por parte do Estado, acarretando na problemática do objeto de satisfação do direito. Questiona-se, portanto, sobre a exigibilidade judicial dos Direitos Sociais, já que uma decisão para garantir um Direito Social pode exigir do Estado gastos públicos que não estavam anteriormente previstos³⁹⁰.

Entretanto, o Estado não pode se valer da premissa da reserva do possível para se eximir do dever de assegurar os Direitos Sociais garantidos constitucionalmente. Deve fazê-lo de forma razoável e proporcional, conforme melhor será discorrido no próximo tópico.

Segundo Wang,

Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um Direito Social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro desse ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único³⁹¹.

³⁸⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (Org). **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 259

³⁸⁸ *Idem*.

³⁸⁹ ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em julho de 2018.

³⁹⁰ WANG, Daniel Wei Ling. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV, São Paulo. Jul-Dez 2008. p. 539-568. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: julho de 2018. p. 540.

³⁹¹ *Ibidem*. p. 541.

Uma das causas para esse aumento das demandas judiciais de causas sociais se dá também em razão do distanciamento existente entre o texto constitucional e a realidade da população brasileira. Ou seja, entre os Direitos Sociais resguardados constitucionalmente e os que, de fato, possuem acesso a tais direitos. Em razão disso, que o Judiciário vem sendo cada vez mais acionado, para exigir uma atuação mais efetiva do Executivo e do Legislativo, no intuito de tentar minimizar esse abismo entre direito garantido e direito concretizado, por meio da promoção – efetiva – das políticas públicas.

A ADPF 45, aqui já citada, teve grande importância para essa nova percepção em relação ao Judiciário e a implementação das políticas públicas sociais. Na decisão de relatoria do Ministro Celso de Mello, houve o destaque para a falha do Estado, e a necessidade de intervenção do Judiciário para que fossem salvaguardados os direitos constitucionais. Em suas palavras, destacou que:

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. (RTJ 185/794-796, Rel. Ministro. Celso de Mello, Pleno)³⁹².

Acrescenta ainda que, indo ao encontro do que já fora discutido sobre a reserva do possível, não pode o Poder Público valer-se da manipulação de sua atividade financeira, político-administrativa, para conferir barreiras com a intenção de [...] fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência³⁹³. Acrescentando ainda:

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] ³⁹⁴

Estabelece, portanto, um binômio para a aferição do cabimento da reserva do possível, pelos critérios da razoabilidade e da pretensão de disponibilidade financeira do

³⁹² ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em julho de 2018.

³⁹³ *Idem*.

³⁹⁴ *Idem*.

Estado. Caracterizando a obrigação estatal em efetivar o direito caso ambos os critérios sejam cumulados. Quanto à atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas, destaca-se o citado Ministro, afirmando a possibilidade de controle daquelas pelo Judiciário de forma excepcional:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas [...], pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. [...] É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos Direitos Sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de **uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário**, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado³⁹⁵. (grifo nosso).

Acrescenta Ricardo Lobo Torres que, a partir desse tipo de decisão, tem-se a ampliação da competência da jurisdição constitucional, uma vez que agora é competente para controlar as políticas públicas que guardem relação com os Direitos Sociais³⁹⁶. Assim, abriu precedente para a atuação do Poder Judiciário sempre que houver inércia ou falha na atuação estatal, de modo a comprometer a efetividade e a eficácia dos Direitos Sociais e, consequentemente, do mínimo existencial.

Reafirmando esse entendimento, a Ministra Ellen Grace entende que não se pode invocar a ingerência do Poder Judiciário quando se tratar de uma questão que envolva o poder discricionário do Executivo, uma vez que é possível ao Judiciário determinar a

³⁹⁵ *Idem*.

³⁹⁶ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 73.

implementação, por parte do Estado – quando este encontrar-se omissos ou inadimplente com suas obrigações –, das políticas públicas que restam-se constitucionalmente previstas³⁹⁷.

É consoante no Supremo Tribunal Federal, portanto, que quando uma política pública for prevista constitucionalmente e não for adimplida pelo Poder Público, é perfeitamente cabível a intervenção do Poder Judiciário para que seja compelida essa efetivação por parte do Estado. Esse comportamento ativo do Judiciário, pelo entendimento da jurisprudência do STF, é tido como uma necessidade para que se faça valer a Constituição Federal, e não como uma usurpação de competência ou interferência ilegítima.

Percebe-se, portanto, que essa tendência à judicialização não é um acontecimento novo e o ativismo judicial acaba sendo uma decorrência, uma resposta a essa maior procura do Poder Judiciário. Para que, assim, restem-se solucionados os problemas que não encontraram respaldo ou efetividade com as medidas dos demais Poderes (Executivo e Legislativo). Todavia, apesar dessa ligação, a judicialização e o ativismo judicial não são gerados, a princípio, pelas mesmas causas imediatas³⁹⁸.

A judicialização é uma consequência do modelo constitucional brasileiro e não de um deliberado exercício de vontade política. Nessa perspectiva, o Judiciário promoveu decisões não por alternativa, mas por ter sido acionado. Quando se tem uma pretensão subjetiva ou objetiva, o juiz deve conhecer e decidir a matéria. Já o ativismo judicial, por sua vez, diz respeito a uma ação, uma escolha política de atuação.

Nesta, tem-se uma atitude proativa em interpretar a Constituição de modo a expandir seu conceito e, inclusive, seu alcance, indo além dos ditames perquiridos pelo Legislador ou pela Administração Pública, em casos de omissão ou de inefetividade de atuação³⁹⁹.

O ativismo judicial se traduz, portanto, em uma concepção de atuação do Judiciário de forma mais incisiva para que sejam concretizados valores e fins constitucionais, interferindo de forma mais contundente nas demais esferas do Poder Público. O ativismo pode manifestar-se a exemplo das seguintes maneiras:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

³⁹⁷ RE 482751/SC – Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Ministra Ellen Gracie, Julgamento: 23/6/2010. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22880262/recurso-extraordinario-re-450446-sc-stf>>. Acesso em julho de 2018.

³⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 5. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em julho de 2018.

³⁹⁹ *Idem*.

Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁴⁰⁰.

Assim, o ativismo judicial acaba sendo um mecanismo para que Direitos Sociais sejam efetivados, determinando a imposição de condutas ou abstenção do Poder Público nas matérias de políticas públicas. Todavia, o juiz só deve atuar em nome da Constituição e para resguardá-la, nunca por vontade própria.

Diz-se, portanto, que a judicialização não advém da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte, que garante a pretensão subjetiva ou objetiva. Já o ativismo relaciona-se a uma conduta proativa do intérprete da Constituição, que promove a leitura de forma mais expansiva, “potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário”⁴⁰¹.

A judicialização é uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo, intensificada principalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Consiste em uma reação do Poder Judiciário à omissão dos demais Poderes, que deixaram de responder aos anseios sociais. A partir dessa baixa produtividade do Executivo e Legislativo, os órgãos jurisdicionais passam a prolatar decisões em questões relevantes, fundamentadas direta e imediatamente na Constituição. [...] O ativismo judicial, por sua vez, decorre da ação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, voltados à ampla interpretação das normas constitucionais, com expansão de seu alcance e sentido. Em busca da máxima extensão da normatividade constitucional, amplia-se o poder conferido ao Judiciário, tornando-se possível a concretização dos valores e fins constitucionais. No ativismo, há exercício deliberado de vontade política [...]⁴⁰²

Na concepção do ativismo judicial, há a incorporação de uma nova informação ao sistema do direito, na judicialização, por sua vez, há uma interpretação dos fatos, mas ambos de acordo com a Constituição. O ativismo judicial surgiu a partir dessa concepção do constitucionalismo do Estado Social Democrático de Direito, que fez com que o Judiciário assumisse essa nova postura frente à Constituição, em decorrência do cenário aqui traçado, que também resultou no processo de judicialização dos direitos.

Entretanto, importante ressaltar que uma decisão judiciária não se restringe, apenas, ao âmbito Judiciário.

Na perspectiva de Niklas Luhmann (...) uma decisão jurídica não é apenas a decisão tomada por quem trabalha com o direito, nem são apenas as decisões do

⁴⁰⁰ *Idem*.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁰² RAMOS, Adriana Monteiro. **Reflexões sobre a judicialização e o ativismo judicial nas ações coletivas**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/edicao10/5-judicializacaoacoescoletivas-adriana.pdf>>. Acesso em: junho de 2018. p. 8-9.

Judiciário ou do Governo. As decisões jurídicas são todas aquelas que são decididas a partir do código da diferença entre direito e não direito, independentemente do lugar onde elas acontecem. O endereço da decisão jurídica, portanto, não está marcado nas instituições legais, tampouco nas organizações que fazem parte do sistema jurídico (tribunais, advocacia, procuradorias, polícia etc.). As decisões jurídicas acontecem em qualquer lugar, em qualquer instância e em qualquer contexto de comunicação da sociedade que usa o código da diferença entre direito e não direito como estrutura de produção de sentido normativo. Até mesmo no âmbito da política, se um governo toma uma decisão não com base na diferença entre governo e oposição, mas com base na diferença entre direito e não direito, a decisão do governo já é uma decisão primariamente jurídica, e não política⁴⁰³.

Configura-se o ativismo judicial quando as decisões jurídicas do âmbito interno decidem com base em outros subsistemas, promovendo a interpretação da Constituição a par da dinâmica da vida em sociedade. Proporciona uma inter-relação entre o direito e a sociedade, podendo aquele acompanhar a evolução e a dinamicidade deste, frente à sociedade complexa e seus conflitos⁴⁰⁴.

Entretanto, não se trata de um poder, adquirido pelo Judiciário, esvaziado de limites. O limite encontra-se exatamente no propósito dessa ampliação de poderes: a guarda da Constituição. Deve, portanto, o magistrado atuar frente aos princípios constitucionais, respeitando-os e resguardando para que de fato sejam aplicados em todas as esferas não só do Poder Público, mas também dos particulares.

Princípios como a Separação dos Poderes, devem continuar salvaguardados, atuando cada Poder dentro de suas funções – o que não exclui a ingerência de um sobre o outro, inclusive depois de instituído o sistema de freios e contrapesos. Os princípios fundamentais devem, também, ser elevados à sua máxima – afinal, são eles o motivo principal dessa necessidade de atuação mais ativa judicial.

4.3 LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETUDE DOS DIREITOS SOCIAIS

Assim, para que se possa aprofundar um pouco mais quanto ao ativismo judicial e suas consequências, importante tratar da construção da ideia e do conceito do Princípio da Separação dos Poderes. Para que assim, possa ser aferido como o Judiciário irá promover a

⁴⁰³ PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão judicial em Niklas Luhman:** operação, diferença e abertura. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf> Acesso em: julho de 2018. p. 6.501-6.502

⁴⁰⁴ RAMOS, Adriana Monteiro. **Reflexões sobre a judicialização e o ativismo judicial nas ações coletivas.** Disponível em: < <http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/edicao10/5-judicializacaoacoescoletivas-adriana.pdf>>. Acesso em: junho de 2018. p. 10.

concretude das políticas públicas como forma de efetivação dos Direitos Sociais, sem que seja desrespeitado esse princípio da Triade Repartição de Poder, e nem prejudique o planejamento público orçamentário.

A base histórica da Separação dos Poderes vem da Inglaterra no século XVII⁴⁰⁵, mas a influência de Aristóteles em sua obra *A Política*, inaugurou ideias que se propagaram para o Estado constitucional moderno. A doutrina clássica da Separação dos Poderes instituiu a autonomia material entre as funções Legislativa e Executiva, firmando a supremacia da legislação⁴⁰⁶.

Para Montesquieu, o que realmente importava era garantir a separação da edição das leis e da sua execução, para que fosse evitado o abuso de poder⁴⁰⁷. Assim, o Poder Legislativo seria resumido à edição de leis. O Executivo o de executá-las, de tratar de questões internacionais e de paz e guerra. E o julgador, a punição pelo descumprimento da lei⁴⁰⁸. Nessa perspectiva, o Poder Judiciário seria “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que lhe não podem moderar nem a força nem o rigor”⁴⁰⁹.

Nas constituições liberais, o Princípio da Separação dos Poderes assumiu um papel importante, como uma forma de garantir a firmação do indivíduo e a autonomia deste perante o Estado⁴¹⁰. Assim, não se tratava apenas de um elemento de organização estatal, mas passou a retratar a defesa dos direitos fundamentais de liberdade⁴¹¹. O modelo do Estado Liberal rompeu, portanto, com o que havia sido anteriormente construído – do Estado absolutista e do sistema feudal, trazendo no Princípio da Separação dos Poderes a garantia do exercício das liberdades individuais⁴¹².

Segundo Montesquieu, a liberdade do Estado Liberal não seria alcançada se “o mesmo homem, ou mesmo corpo dos principais, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as relações públicas e o de julgar os crimes ou divergências dos indivíduos”.⁴¹³ Esse modelo configurava-se, portanto, como a única forma

⁴⁰⁵ Importante frisar a obra *A política* de Aristóteles, que classificou as funções do Estado em deliberativa, executiva e judicial. (ARISTÓTELES. **A política**, Tradução de Nestor Silveira Chaves, Bauru: Edipro, 1995. P. 221).

⁴⁰⁶ MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.85.

⁴⁰⁷ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Brasília: Ed. UnB, 1995. p. 123.

⁴⁰⁸ FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 163.

⁴⁰⁹ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Brasília: Ed. UnB, 1995. p. 123.

⁴¹⁰ PIRRAÇA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. p. 143.

⁴¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 142.

⁴¹² MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.89.

⁴¹³ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Brasília: Ed. UnB, 1995. p. 119.

de se instituir uma ordem político-social que fosse capaz de quebrar os paradigmas do antigo regime⁴¹⁴.

O Princípio da Separação dos Poderes surgiu, portanto, como forma de restabelece o equilíbrio político no cenário revolucionário do Estado Liberal e garantir as liberdades, instituindo as três esferas do poder, de forma autônomas: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Pontua Dallari a respeito desse contexto que:

É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos⁴¹⁵.

Kelsen, entretanto, não fala em separação, mas sim em distribuição de poderes:

A aparência de tal separação existe porque apenas as normas gerais criadas pelo “órgão” Legislativo são designadas como “leis” (leges). Mesmo quando a constituição sustenta expressamente o Princípio da Separação dos Poderes, a função legislativa – uma mesma função, e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas um deles é dado o nome de órgão “Legislativo”. Esse órgão nunca tem um monopólio da criação de normas gerais, mas, quando muito, uma determinada posição favorecida, tal como a previamente caracterizada. A sua designação como órgão Legislativo é tão mais justificada quanto maior for a parte que ele possui na criação de normas gerais⁴¹⁶.

Todavia, esse conceito de Separação do Poderes foi contraindo novos contornos com o passar do tempo, de acordo com as demandas e clamores sociais e políticos de cada época. No Estado Liberal, predominava-se a atuação do Poder Legislativo, de modo a resguardar a garantia dos direitos a serem positivados, evitando assim o arbítrio estatal – estando o Executivo e o Legislativo adstritos à estrita legalidade à época.

Hoje, o Princípio da Separação dos Poderes passa a ser visto pela ótica do Estado Democrático de Direito, influenciados pela presença ativa de mecanismos como o controle de constitucionalidade e da instituição do Poder Judiciário como Guarda da Constituição, podendo-se falar que, agora, há uma prevalência deste sobre os demais, pois fica a seu cargo a avaliação da constitucionalidade dos atos e omissões do Poder Executivo e Legislativo,

⁴¹⁴ PIRRAÇA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989. P.147.

⁴¹⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 24a ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 215.

⁴¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390.

tendo a liberdade – limitada – de suplantar tais medidas por uma atuação positiva de implementação por forçadas suas decisões judiciais⁴¹⁷.

Acrescenta Cezar Saldanha Souza Júnior:

O processo evolutivo foi acompanhado pela geração e sofisticação de doutrinas políticas, às vezes um passo à frente, outras vezes um passo atrás, mas sempre próximas, dos eventos decisivos do rumo da História. Entre especialização institucional e pensamento político, abriu-se um diálogo de causação circular cumulativa, que tem varado os séculos⁴¹⁸.

Deve-se, assim, observar o Princípio da Separação dos Poderes a partir de uma conjuntura mais geral. Uma vez que, pela perspectiva histórica, como ressaltado, teve o intuito de quebrar uma política estatal de intervenção, de modo a garantir os direitos de liberdade⁴¹⁹.

Agora, o Poder Judiciário não mais se resume a simplesmente aplicar a lei, agregando a incumbência de fiscalização dos outros dois poderes, garantindo a persecução constitucional e dos deveres e garantias fundamentais⁴²⁰. O sistema de controle de constitucionalidade reforça ainda mais esse poder de proteção do ordenamento jurídico, hoje desempenhado pelo Judiciário.

Todavia, a grande questão paira justamente nos limites desse ativismo judicial e na aplicação pelo Judiciário dos princípios que fundamentem suas decisões, para se chegar à conclusão de que seria uma superação do Princípio da Separação dos Poderes ou uma atividade nele respaldado. Dworkin, velendo-se da ideia de Hércules, preceitua que: “O juiz continua tendo o dever de, mesmo nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos da parte e não de inventar novos direitos retroativamente”⁴²¹.

O juiz não se traduz mais como um aplicador da lei, sendo apto a concretizar os fins políticos perquiridos constitucionalmente. Entretanto, não se pode passar por cima dessas premissas, para ir além da separação dos poderes e dos princípios constitucionais. Essa relação do Judiciário guarda limites, para que se garanta o bom funcionamento do ordenamento jurídico como um todo – o que não afasta, entretanto, seu poder de concretização, apenas regulamente e legítima.

⁴¹⁷ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. A atividade legiferante da justiça constitucional e os elementos fundamentais das decisões jurídico-políticas. *Revista Pesquisas Jurídicas*. V. 4, n. 3. Ago/dez. 2015. p. 10.

⁴¹⁸ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002. p. 129-130.

⁴¹⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 216.

⁴²⁰ *Ibidem*. p. 217.

⁴²¹ DWORKIN, Ronald. *O imério do direito*. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275-276.

Nesse intento, não pode o Poder Judiciário atuar como legislador positivo, pois assim romperia com a democracia, indo de encontro ao ordenamento constitucional vigente e o Princípio da Separação dos Poderes. A atuação positiva do Judiciário, aqui tratada, diz respeito a casos excepcionais onde houver omissão, inércia dos demais poderes, justificada dentro dos limites constitucionais impostos, para que seja resguardado o mínimo existencial a uma vida digna.

Sob a égide do Ativismo Judicial, o Judiciário encontra respaldo para apresentar norma aplicável ao caso concreto ou dar efetividade às políticas públicas negligenciadas, compelindo a eficácia até que o poder responsável cumpra as determinações conforme suas incumbências e obrigações constitucionais⁴²².

Entendeu o Supremo Tribunal Federal na ADI nº. 183, Rel. Min. Sepúlveda Pertence:

(...)

O princípio da separação e independência dos Poderes não possui uma fórmula universal e apriorística e completa: por isso, quando erigido, no ordenamento brasileiro, em dogma constitucional de observância compulsória pelos Estados-membros, o que a estes se há de impor como padrão não são concepções abstratas ou experiências concretas de outros países, mas sim o modelo brasileiro vigente de separação e independência dos Poderes, como concebido e desenvolvido na Constituição da República⁴²³.

Nessa perspectiva, além da limitação encontrada no Princípio da Separação dos Poderes – autorizando apenas a fiscalização e a implementação de políticas públicas –, o Poder Judiciário deve respeitar e atuar em conformidade com o ideal de justiça da sociedade em comento. Como já tratado, Rawls desenvolveu a concepção de justiça a partir do ideal de igualdade material e da necessidade de preservação do mínimo para que se garanta uma vida digna⁴²⁴.

Quanto ao tema, destaca Rawls que “em geral, tudo o que se pode dizer é que a força das pretensões de justiça formal, de obediência ao sistema, depende claramente da justiça substantiva das instituições e das possibilidade de reformá-las”⁴²⁵.

Deve, portanto, o magistrado estruturar suas decisões não apenas no princípio da igualdade, mas, principalmente, pela ideia de mínimo existencial, centro dessa concepção de justiça da sociedade. De modo a observar, nas decisões, a justiça substancialmente instituída

⁴²² PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. A atividade legiferante da justiça constitucional e os elementos fundamentais das decisões jurídico-políticas. *Revista Pesquisas Jurídicas*. V. 4, n. 3. Ago/dez. 2015. p. 13.

⁴²³ ADI N. 183-3. Mato Grosso. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Requerente: Procurador-geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. 07/08/97. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266240>>. Acesso em julho de 2018.

⁴²⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 3 – 7

⁴²⁵ *Ibidem*. p. 107.

pela Constituição, que é o suporte base para a persecução e afirmação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Sob essa perspectiva, aplica-se também a atuação do Judiciário frente às políticas públicas, onde deve proferir decisões proporcionalmente justificadas pelo aparato constitucional, servindo de suporte ao Poder Executivo, como forma de suprir eventuais lacunas por ele deixadas. Assim, sua atuação suplementar visa alinhar os valores políticos e sociais com os valores constitucionais⁴²⁶.

Assume a característica de guardião da Constituição, que, de acordo com Hans Kelsen, imprime ao Judiciário o dever de resguardar os limites jurídicos inerentes ao exercício do poder, para que não sejam ultrapassados⁴²⁷. Além da conformação e adequação do texto constitucional com a realidade fática a qual se ordena, como destacou Konrad Hesse⁴²⁸.

Essa limitação do poder estatal busca, portanto, garantir a efetivação dos direitos de liberdade da dignidade da pessoa humana, protegendo, assim, tanto a autonomia do sujeito como a liberdade individual⁴²⁹. E, inclusive, também influi no próprio Poder Judiciário, norteando suas ações.

Além das decisões norteadas pelos princípios constitucionais e a ideia de mínimo existencial, pode o Judiciário valer-se do pluralismo reflexo da argumentação ofertada pela sociedade⁴³⁰. Posner ressalta, entretanto, que tais argumentos devem ser filtrados e tomados como informações adicionais, complementares à estrutura legislativa, jurisprudencial e psicológica⁴³¹, orientando o julgador no momento de conferir suas decisões.

De tal sorte, é possível manter a correlação com a constituição real, conferindo a máxima efetivação aos ditames constitucionais⁴³². Jürgen Habermas propõe essa abertura procedimental, para que o Hércules de Ronald Dworkin – até então caracterizado pela figura do juiz isolado – passa a observar o direito como um meio de integração social,

⁴²⁶ ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. et al. **Aspectos processuais do acesso à justiça no Brasil**. Salvador: Motres. 2018. p. 56.

⁴²⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 240.

⁴²⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 15 – 18

⁴²⁹ *Ibidem*. p. 44 – 46

⁴³⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 163 - 165

⁴³¹ POSNER, Richard Allen. **A problemática de teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 382

⁴³² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 24

através do agir comunicativo – fazendo com que haja um diálogo sobre as perspectivas intersubjetivas do direito⁴³³.

Leia-se, “a crítica à teoria de Dworking tem que situar-se no mesmo nível e fundamentar os princípios do processo na figura de uma teoria da argumentação jurídica, que assume o fardo das exigências ideais até agora atribuídas a Hércules”⁴³⁴. Häberle agrega a ideia de que esse processo interpretativo deve, inclusive, ir além dos sujeitos do processo, incluindo “potências públicas participantes materiais do processo social”⁴³⁵. E acrescenta:

Experts e “pessoas interessadas” da sociedade pluralista também se convertem em intérpretes do direito estatal. Isto significa que não apenas o processo de formação, mas também o desenvolvimento posterior revela-se pluralista: a teoria da ciência, da democracia, uma teoria da Constituição e da hermenêutica propiciam aqui uma mediação específica entre Estado e sociedade.⁴³⁶

Deve, portanto, a atividade jurisdicional ampliar a concretização dos Direitos Sociais, abrindo o aparato hermenêutico, incorporando o diálogo com a realidade social e com a própria população⁴³⁷. Nesse sentir, a legitimidade das decisões, além de encontrarem baila nos princípios constitucionais e da justificativa proporcional e razoável, devem respeitar e levar em consideração o diálogo⁴³⁸.

A importância dessa relação dialogal está exatamente no fato de que ela conferirá maior legitimidade às decisões⁴³⁹, principalmente no que diz respeito à atuação positiva do Judiciário para a persecução das políticas públicas. Por proporcionar a possibilidade de o magistrado pedir consultoria a peritos, órgãos estatais, ou até mesmo nomear um perito para o caso⁴⁴⁰, para melhor analisar o caso, de forma técnica, e assim auferir o justo quanto às implementações necessárias. Ou até mesmo através da ideia do *amicus curiae*, conforme institui o art. 138 do Novo Código de Processo Civil⁴⁴¹, possibilitando esse auxílio ao juiz,

⁴³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 278-279.

⁴³⁴ *Ibidem*. p. 280.

⁴³⁵ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

⁴³⁶ *Ibidem*. p. 18.

⁴³⁷ ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. et al. **Aspectos processuais do acesso à justiça no Brasil**. Salvador: Motres. 2018. p. 59.

⁴³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 116

⁴³⁹ GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013. p. 183

⁴⁴⁰ Fundamentados pelo princípio da cooperação instituído no art. 6º do CPC. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁴⁴¹ Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica,

de forma a conferir “informações que fogem a sua formação padrão, além de conta com uma faceta de a participação ativa de possíveis interessados no processo”⁴⁴².

O processo judicial deve, por conseguinte, não guardar relação apenas com o íntimo do magistrado, mas com todos os atores processuais e, inclusive, sociais que com ele guardem pertinência. O princípio da cooperação a ser observado legitima a decisão para que ela sirva também de precedente para casos futuros, uma vez que dessa participação popular surge uma garantia maior de fiscalização, legitimando a atuação da jurisdição, corroborando com os ideais propostos pelo Estado Democrático e Constitucional de Direito. Assim, o efeito pragmático da decisão judicial não se esgota no processo em comento⁴⁴³.

Nessa perspectiva, segundo Carlos André Maciel Pinheiro Pereira, “a verdadeira cognição significa que o juiz validará normativamente o melhor argumento, na construção intersubjetiva processual, com a fundamentação na adequação plausível das expectativas normativas e dos interesses plurais que colidem no processo judicial”⁴⁴⁴.

4.4 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À MORADIA E SEUS LIMITES

A inefetividade do Direito à Moradia – e dos demais Direitos Sociais – acaba demandando uma tutela judicial para que possa ser diminuído o déficit habitacional no país. Todavia, existem três argumentos que acabam por contestar essa efetividade por meio da judicialização aqui discutida: “a) ausência de previsão orçamentária; b) ofensa à separação de poderes; e c) reserva do possível”.⁴⁴⁵

Entretanto, tais premissas não podem ser usadas como máximas irrefutáveis, como barreiras intransponíveis a esse deferimento de prestações positivas de promoção ao Direito à Moradia pelo Poder Judiciário. Isso porque, os próprios comandos constitucionais já trazem mecanismos para combatê-lo.

órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

⁴⁴² ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. et al. **Aspectos processuais do acesso à justiça no Brasil**. Salvador: Motres. 2018. p. 62.

⁴⁴³ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p.155-156.

⁴⁴⁴ PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental**: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae*. Curitiba: Juruá, 2018. p.155-156.

⁴⁴⁵ CARMONA, Paulo Afonso. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista brasileira de políticas públicas**. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 22. Disponível em: <

A exemplo da destacada insuficiência orçamentária, que impediria a persecução das políticas públicas habitacionais, o próprio texto constitucional confere uma saída através da consagração do princípio solidarista, onde a competência para promoção aos programas de moradia é comum aos Entes Federados (art. 23, IX, CF/88)⁴⁴⁶. Assim, caso o Município não tenha orçamento, a responsabilidade passa para o Estado, chegando até a União. Deve, portanto, ser feita primeiro uma grande análise orçamentária⁴⁴⁷.

Ademais, como já ressaltado, não há afronte algum ao Princípio da Separação dos Poderes, uma vez que não se pode tal princípio ser usado para contradizer a Constituição, fazendo com que direitos fundamentais lá resguardados não sejam postos em prática, para acesso a todos os cidadãos.

Não há que se falar aqui, em ativismo judicial propriamente dito, quando a própria Constituição Federal de 1988 preceituou, em seu art. 5º, parágrafo 1º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Assim, o Poder Judiciário está apenas dando vasão ao que está previsto constitucionalmente⁴⁴⁸.

Nesse sentir, não é papel apenas dos Poderes Executivo e Legislativo concretizar o texto constitucional. O que confere legitimidade para a atuação do Poder Judiciário em casos de omissão ou insuficiência injustificadas dos demais Poderes, de modo a garantir o cumprimento do dever constitucional, conforme entendimento do STF na ADPF 45⁴⁴⁹.

Por essa mesma perspectiva, não pode ser usada a reserva do possível como obstáculo à persecução do direito fundamental à moradia digna, principalmente se tal fato ocorrer por inefetividade da prestação estatal. Não podendo, assim, ser reduzida a eficácia dos direitos fundamentais à questão da reserva do possível⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ A CF/88 foi a primeira constituição brasileira a consagrar o princípio solidarista, fundamento da decisão do STF que autorizou a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510).

⁴⁴⁷ CARMONA, Paulo Afonso. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista brasileira de políticas públicas**. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 22. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEw icvue767vcAhULg5AKHXokBCAQFghYMAY&url=https%3A%2F%2Fwww.publicacoesacademicas.uniceu b.br%2FRBPP%2Farticle%2Fdownload%2F3075%2Fpdf&usg=AOvVaw1OthxGS4Y1l-X386aQ_qi4>. Acesso em julho de 2018.

⁴⁴⁸ *Idem*.

⁴⁴⁹ ADPF 45-MC, rel. Min. Celso de Mello, 2004

⁴⁵⁰ A reserva do possível foi posta em discussão pelo Tribunal Federal alemão, nos anos 70, no julgado *leading case*, chamada de *numerus clausus*, que discutiu a limitação de vagas nas Universidades. Na decisão, o Tribunal Constitucional alemão travou o entendimento de que o direito à prestação positiva – de garantir a todos o direito de escolher livremente a profissão, o local de trabalho e o centro de formação – restar-se-ia sujeito à reserva do que seria razoável do indivíduo poder exigir do Estado e da sociedade. (CARMONA, Paulo Afonso. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista brasileira de políticas públicas**. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 23. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEw icvue767vcAhULg5AKHXokBCAQFghYMAY&url=https%3A%2F%2Fwww.publicacoesacademicas.uniceu b.br%2FRBPP%2Farticle%2Fdownload%2F3075%2Fpdf&usg=AOvVaw1OthxGS4Y1l-X386aQ_qi4>).

Ingo Wolfgang Sarlet delimitou a teoria da reserva do possível, destacando:

1. à efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais sociais;
2. à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que conserva correlação com a definição das prioridades na distribuição das receitas públicas;
3. à proporcionalidade e à razoabilidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade⁴⁵¹.

O Ministro Ayres Brito também não entende cabível o argumento da reserva do possível, não cabendo o discurso da impossibilidade orçamentária para a efetivação de políticas públicas, por tratarem-se de garantias constitucionais absolutas, devendo o Estado implementar políticas que garantam a efetividade à proteção integral determinada constitucionalmente⁴⁵².

Por fim, a argumentação da disponibilidade fática dos recursos merece uma atenção um pouco maior, uma vez que as demandas sociais no Brasil são grandes e os recursos públicos como um todo não são abundantes. Assim, para que tais demandas tenham viabilidade e atendam também aos requisitos de igualdade estabelecidos pelo ideal de justiça aqui discutidos, deve-se atender apenas aos que comprovarem necessidade pertinente, por não possuírem condições e nem recursos para usufruírem de tais garantias sociais. Deve-se, portanto, averiguar a razoabilidade do que se exige como prestação, a partir dos recursos disponíveis e da isonomia material almejada⁴⁵³.

Tem-se, portanto, duas dimensões do mesmo problema: a perspectiva do indivíduo que irá receber a prestação, que deve encontrar razoabilidade ante a igualdade material; e a dos sujeitos competentes para criar e efetivar tais políticas públicas. Estes, por sua vez, são os responsáveis pela determinação e firmação das prioridades nessa distribuição das verbas públicas⁴⁵⁴.

b.br%2FRBPP%2Farticle%2Fdownload%2F3075%2Fpdf&usg=AOvVaw1OthxGS4Y1l-X386aQ_qi4>.
Acesso em julho de 2018)

⁴⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia horizontal dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

⁴⁵² RE 572717/SC – Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgamento: 21/6/2010; RE 573690/SC – Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgamento: 21/6/2010; RE 574506/SC – Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgamento: 21/6/2010. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22880262/recurso-extraordinario-re-450446-sc-stf>>. Acesso em julho de 2018.

⁴⁵³ SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 200.

⁴⁵⁴ CARMONA, Paulo Afonso. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista brasileira de políticas públicas**. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 23. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEw icvue767vcAhULg5AKHXokBCAQFghYMA&url=https%3A%2F%2Fwww.publicacoesacademicas.uniceub.br%2FRBPP%2Farticle%2Fdownload%2F3075%2Fpdf&usg=AOvVaw1OthxGS4Y1l-X386aQ_qi4>. Acesso em julho de 2018

Aqui, encontramos uma outra questão, que remete à tutela judicial: a possibilidade, ou não, da intervenção do Judiciário de modo a promover um controle quanto à negação ou à ineficiência das políticas públicas sociais, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo.

Entende Dirley Cunha Júnior que

as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaria do Legislativo para o Judiciário⁴⁵⁵.

Assim, tem-se que também é dever do Poder Judiciário a determinação de implementação das políticas públicas que são previstas constitucionalmente, quando há falha na prestação por quem lhes devia. Além disso, não pode o Estado se valer do argumento da reserva do possível para inviabilizar a implementação de políticas públicas que são tidas por obrigatórias pela própria Constituição – como é o caso das políticas habitacionais que promovem o Direito à Moradia. Deve vir respaldado, por tanto, por um motivo justo e necessário. Complementa Jorge Reis Novais:

Assim, quando se aprecia a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem protegido de direito fundamental que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado. Por sua vez, a observância ou violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo justa, adequada, razoável, proporcionada ou, noutra perspectiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controle, da medida em que ela não é excessiva, desproporcionada, desrazoável⁴⁵⁶.

Existem diversos precedentes jurisprudenciais que corroboram com esse entendimento, trazendo a efetividade dos Direitos Sociais a partir da tutela judicial. Abaixo, segue trecho destacado no julgado do STJ, com relatoria do Ministro Luiz Fux – destacando trechos do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 - retratando essa necessidade da tutela judicial para que se efetivem os direitos fundamentais sociais:

[...] A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de

⁴⁵⁵ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 785.

⁴⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 752-753.

relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. [...]

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

[...]

(REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314)⁴⁵⁷.

Nesse sentir, depreende-se que o caráter de eficácia imediata dos direitos fundamentais conferiu aos cidadãos o direitos subjetivos exigíveis, dando o amparo necessário para que se obtenha, juridicamente, a sua efetividade – concretizando a prescrição constitucional⁴⁵⁸.

Ademais, deve o administrador atuar de forma a conferir a máxima consecução da promessa constitucional, especialmente aos direitos e garantias fundamentais – pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição. E, por isso, deve o intérprete atentar para o grau de aplicabilidade desses direitos para que tenham a máxima efetividade possível⁴⁵⁹.

Percebe-se, do aferido até aqui, uma forte ligação do Direito à Moradia, assim como todos os Direitos Sociais, culturais e econômicos, com o princípio da igualdade, uma vez que não se prima apenas pela igual proteção, mas também por iguais oportunidades de restarem tais direitos alcançados e também efetivados para todos.

O ativismo judicial diz respeito exatamente a essa maior atuação do Poder Judiciário no que diz respeito à aplicação concreta dos valores consagrados constitucionalmente, conjugando sua participação com a dos demais poderes, interferindo e atuando ativamente nos casos de omissões. Luís Roberto Barroso preconiza que:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do Poder

⁴⁵⁷ Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18219281/ag-1369068?ref=amp>>. Acesso em julho de 2018.

⁴⁵⁸ O princípio da aplicabilidade imediata e da eficácia plena dos direitos fundamentais está no art. 5º, parágrafo 1º, da CF/88. Foi superado o entendimento de que seriam regras de conteúdo programático a serem concretizadas por meio da intervenção legislativa ordinária. Possuem, portanto, eficácia *tout court*. (REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18219281/ag-1369068?ref=amp>>. Acesso em julho de 2018.)

⁴⁵⁹ REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18219281/ag-1369068?ref=amp>>. Acesso em julho de 2018.

Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a autocontenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos⁴⁶⁰.

Assim, a tutela judicial surge como corolário da tutela do mínimo existencial, a partir de uma situação de emergência. E o Direito à Moradia, conforme largamente explorado, encontra fundamento na concepção do mínimo existencial, sendo fundamental para a persecução de uma vida digna. Dever-se-ia, portanto, falar em um *mínimo social*, que surge como uma forma de garantia para a preservação do conteúdo essencial dos próprios Direitos Sociais⁴⁶¹.

Quanto a essa ideia, desenvolveu Jorge Reis Novais que o conteúdo do mínimo social não se limita ao conceito de sobrevivência, não tendo sua garantia esgotada no conteúdo normativo dos Direitos Sociais. Vai além e leva em consideração o núcleo que se resta indisponível pelo legislador, sendo este imune aos constrangimentos da reserva do possível, traduzindo-se no núcleo essencial de cada Direito Social⁴⁶².

O Judiciário deve, portanto, partir da “efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação do direito fundamental social à moradia digna”⁴⁶³. Assim, o ativismo judicial não é uma atividade ilimitada perante a premissa de efetivação de direitos resguardados constitucionalmente a qualquer custo. Encontra limitação exatamente na proposta do mínimo existencial. Preceitua Gilmar Ferreira Mendes:

Não cabe, em princípio, ao Judiciário extrair direitos subjetivos das normas constitucionais que cogitam de direitos não originários a prestação. O direito

⁴⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 246-247.x

⁴⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 200.

⁴⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 200.

⁴⁶³ CARMONA, Paulo Afonso. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista brasileira de políticas públicas**. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 31. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEw icvue767vcAhULg5AKHXokBCAQFghYMAY&url=https%3A%2F%2Fwww.publicacoesacademicas.uniceub.br%2FRBPP%2Farticle%2Fdownload%2F3075%2Fpdf&usg=AOvVaw1OthxGS4Y1l-X386aQ_qi4>. Acesso em julho de 2018

subjetivo pressupõe que as prestações materiais já hajam sido precisadas e delimitadas – tarefa própria de órgão político, e não judicial⁴⁶⁴.

Não pode, portanto, serem criados direitos subjetivos pelo Judiciário, o que não afasta, em contrapartida, a determinação de que em um determinado caso concreto, o Estado cumpra seus comandos, respeitando proporcionalidade. O mínimo existencial passa a ser visto como um parâmetro jurídico a ser aferido em cada caso concreto, uma vez que o Judiciário, na sua atuação positiva, passaria a obrigar o Estado a observar esse mínimo existencial – a partir da imposição de políticas públicas.

Principalmente quando houver a participação de entidades estatais e da sociedade, caso trate-se de um processo coletivo. Mas, em caso de processo individual, também vale a mesma máxima, uma vez que o Estado pode valer-se do princípio da cooperação através de consultorias, conforme já explicitado.

Parafraseando Wittgenstein, onde “os limites de minha linguagem denotam os limites do meu mundo”⁴⁶⁵, pode-se inferir que o conteúdo semântico do limite pragmático do mínimo existencial, deve ser aferido dentro do processo. Ou seja, o limite do mínimo existencial, conferido à atuação judicial, denota os limites do próprio processo.

Por todo o exposto, apesar dos riscos provenientes desse ativismo judicial, quando usada de má fé ou de forma banal, sem observar os critérios da proporcionalidade e necessidade, os limites constitucionalmente impostos – de respeito aos seus princípios –, o diálogo do processo com a sociedade e a observância do mínimo existencial conferem uma maior concretude e, inclusive, legitimidade a tais decisões.

No que diz respeito às políticas públicas habitacionais, a situação do déficit habitacional no Brasil está cada vez pior e as políticas públicas habitacionais, como visto, não estão conseguindo cumprir seu papel em reduzir esse déficit de forma significativa. Em consequência disso, não se pode deixar a situação habitacional do Brasil – que coloca em risco a consecução do Direito à Moradia de forma isonômica – a cargo da boa vontade da Administração Pública ou do legislador em tornar tais medidas de fato efetivas. Assim, resta-se a judicialização e o ativismo como mecanismos concretos para que tal direito tenha aplicabilidade (como já vem ocorrendo com o direito à saúde), e talvez consiga-se alterar a

⁴⁶⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

⁴⁶⁵ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus logico-philosophicus**, Trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1968. p. 111.

situação de milhares de pessoas que vivem marginalizadas em moradias precárias, salvaguardando o direito da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial pleno⁴⁶⁶.

Mas, apesar de a judicialização e o ativismo judicial serem aqui tratados como a solução ao problema da efetivação dos Direitos Sociais, em especial do Direito à Moradia, essa “expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo”⁴⁶⁷ e essa mudança política não pode ser feita pelos juízes.

⁴⁶⁶ CARMONA, Paulo Afonso. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista brasileira de políticas públicas**. Volume 5. Número Especial. 2015. p. 31. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEw icvue767vcAhULg5AKHXokBCAQFghYMAY&url=https%3A%2F%2Fwww.publicacoesacademicas.uniceub.br%2FRBPP%2Farticle%2Fdownload%2F3075%2Fpdf&usg=AOvVaw1OthxGS4Y1l-X386aQ_qi4>.

Acesso em julho de 2018.

⁴⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. p. 15. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em julho de 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mudança das exigências sociais acabou transformando também o papel da Justiça no novo ordenamento jurídico constitucional, que passou a atuar de forma mais ativa para que juntos, os três Poderes, possam garantir e efetivar os direitos e garantias constitucionalmente resguardados a todos os cidadãos.

No tocante ao Direito à Moradia e à problemática da sua efetividade, o indivíduo se encontra em uma situação na qual é visto enquanto um sujeito titular do direito subjetivo ao mínimo existencial, para que possa ter uma vida digna, mas a inoperabilidade das políticas públicas resulta no esvaimento desse direito. O que leva a um problema social grave, pois a não efetivação de Direitos Sociais influi em todos os setores da vida em comunidade e, consequentemente, do desenvolvimento da própria sociedade.

Nesse ponto permeia a importância da atuação do Poder Judiciário nesse novo escopo do Estado Constitucional de Direito. Ele agora não apenas garante o direito, mas acaba sendo um mecanismo de efetivação do mesmo. As decisões judiciais no campo das políticas públicas habitacionais vão muito além do caso concreto discutido. Ao interferir na conduta do ente gestor e operador de um programa habitacional, acaba inferindo o programa como um todo, pois condiciona a conduta de maneira a que se torne a mais eficiente possível.

Além do caráter sancionatório de uma decisão, vislumbra-se, agora, o caráter ativo de prevenção e educação, não mais apenas do indivíduo infrator, mas também do próprio Estado. A exemplo das decisões aqui tratadas, construiu-se uma ideia jurisprudencial de que a Caixa Econômica Federal – CEF –, enquanto ente público federal, agente executor e fiscalizador do Programa Minha Casa Minha Vida, vê-se que o Judiciário travou um novo paradigma de tratamento para todas as políticas públicas habitacionais.

Isso porque, com essa grande quantidade de ações judiciais envolvendo programas habitacionais, resta-se claro que o dever estatal de promoção dessas políticas não está sendo devidamente cumprido e que não pode sua persecução ideal ficar apenas no papel. A política pública só tem razão de ser se for posta em prática e se der resultados. O Poder Judiciário agora está garantindo que existam esses resultados, não ficando apenas na alçada do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

Ao conferir a responsabilidade solidária à CEF – nos casos em que não atua apenas como agente financiador, mas como gestor e concretizador, utilizando recursos públicos como forma de implementação da moradia, ou seja, atuando como verdadeiro agente estatal

–, faz com que esta instituição passe a tomar medidas preventivas no momento de atuação e execução desses programas, com um maior resguardo para que, de fato, as construções sejam evitadas de vícios ou quaisquer outros problemas que levem a uma possível judicialização e futura sanção.

A judicialização acaba, portanto, inferindo no processo de execução das políticas públicas, indo além do caso concreto vislumbrando, tomando alcances inimagináveis e, diante da atual situação, fundamentais para que direitos mínimos sejam resguardados, através da boa implementação desses programas habitacionais.

Assim, a partir do momento em que passou a ser entendido no campo jurisdicional, como nos casos destacados, que a CEF – leia-se, o Ente Público –, teria responsabilidade perante a execução dos programas por ela implementados, passa a valer a premissa da eficiência da Administração, da necessidade de se bem empregar a verba pública que será investida.

E é justamente em razão da natureza e do caráter dos recursos disponibilizados pela Caixa Econômica Federal para a execução do Programa que ela deve se responsabilizar pelas consequências dele advinda. Isso porque o Estado deve trabalhar de forma a garantir o melhor emprego dos fundos e dos recursos públicos que utiliza. Não pode simplesmente empregar tais verbas de forma negligente e portar-se como mera gerenciadora das mesmas. Esse raciocínio aplica-se para todo Ente Público que lide com verbas públicas para a implementação de qualquer política de promoção de direitos fundamentais.

A possibilidade de responsabilização funcionaria como uma forma de controle desses gastos, trazendo mais ganhos ainda para a promoção das políticas públicas habitacionais, de maneira a tentar minimizar, ou até mesmo, de forma otimista, erradicar os problemas recorrentes aqui apresentados em razão da má execução desses programas. Representa, dessa forma, uma espécie de sanção preventiva, de modo a criar uma consciência da importância da boa consecução dos atos praticados para a promoção de políticas públicas, para que se evitem os futuros problemas, que hoje ainda são bastante recorrentes.

A ideia central da própria existência das políticas públicas habitacionais é a de fazer com que o Direito à Moradia seja, de fato, efetivado. Se essas políticas públicas não estão sendo bem empregadas, o Judiciário tem o dever de entrar como um suporte para garantir seu bom funcionamento. Para que assim o direito fim – o social à moradia – a seja alcançado.

Os casos aqui tratados poderiam ser inúmeros outros, mas tiveram a finalidade apenas de ressaltar como o Judiciário assume um importante papel, para que as políticas públicas persigam sua finalidade, caso contrário estariam sendo apenas projetadas no campo ideal, cumpridas para apenas mostrar algum – ou qualquer – tipo de serviço por parte do

Estado, como se estivesse efetivamente cumprindo seu dever – mas que na prática não está e o reflexo disso está no crescente déficit habitacional do país.

Vê-se que ainda há muito o que ser feito no que diz respeito à habitação nacional. A marginalização habitacional, as moradias irregulares, o crescimento desordenado e sem planejamento das cidades, o aumento considerável das favelas ainda é uma realidade muito viva no país. Toda a construção histórica do Brasil levou a essa conjuntura que se tem hoje, pela cultura de concentração de terras, latifúndios, de pouca distribuição de renda e grande desigualdade social.

Todavia, essas políticas públicas buscam exatamente mudar essa realidade. Tentam diminuir esse déficit, fazendo valer de forma efetiva os Direitos Sociais, no caso o da moradia, que foi amplamente resguardado pelo ordenamento jurídico interno e externo, por se reconhecer que é um elemento fundamental para uma existência digna, intimamente ligado aos princípios fundamentais de existência do indivíduo.

Permeia aí, a importância da execução plena dessas políticas, para que o Estado atue de forma efetiva e eficiente nas prestações positivas que resguardam esse direito. E é nesse ponto onde entra a atuação do Judiciário brasileiro, que acabou se tornando uma ferramenta de suma importância para dar efetividade a essas políticas públicas habitacionais, ante os graves problemas de uma execução plena e eficaz.

Assim, as decisões do Judiciário transcendem o campo individual, do caso concreto judicializado, interferindo no modo de promoção das próprias políticas públicas, na sua estruturação, assumindo um viés político-social. Visam coibir condutas num plano que vai além do interesse individual da demanda, de forma a otimizar os gastos públicos e concentrá-los para que sejam gastos da melhor forma possível para a persecução de um Direito Social de eficácia plena. Representa, portanto, um bem social de interesse a todos.

Tal consequência advém desse processo de judicialização dos direitos sociais, o que pode levar, inclusive, à instalação de um ativismo judicial nesse campo, uma vez que devem primeiro existir as demandas para que se possa atuar ativamente.

Dessa premissa, abre-se aqui um questionamento: seria possível uma atuação ativa do Judiciário, no sentido de influir diretamente – e não indiretamente como nos casos aqui vislumbrados – na persecução e concretude de políticas públicas? Qual seria seu limite para esse tipo de atuação? Teria o poder de influir nessa gestão de alçada dos outros Poderes da Federação?

Pela linha de pensamento desenvolvida até aqui, o limite de atuação do Judiciário estaria na preservação da própria Constituição e do mínimo existencial por ela resguardado. Mas poderia o Judiciário atuar, a qualquer custo, para que tal ordem seja estabelecida? Essa é uma discussão que nos leva a refletir a dicotomia entre prevalência dos princípios constitucionais da Federação e de Separação dos Poderes, e da ordem constitucional dos direitos fundamentais essenciais.

Pode-se chegar à reflexão de que, se para manter essa ordem Constitucional, está sendo necessária a intervenção ativa do Judiciário, talvez deva ser repensado o papel dos demais Poderes para a persecução desses direitos. Só não pode o indivíduo, titular de um direito de eficácia plena, ser tolhido do seu direito, de forma injusta e injustificada.

Para se restabelecer o ideal de justiça, pautado na equidade material, conforme ideal trazido por John Rawls, devem os três Poderes atuarem juntos. Se um ou dois estão falhos, os outros têm o dever de, sim, interferir, dentro das limitações constitucionais resguardadas. No fim, o que deve prevalecer é o direito garantido – esse é indiscutível. E não pode o Estado se valer da própria falha, para justificar o contrário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ALEXY, Robert. **Dignidade humana, Direitos Sociais e não-positivismo inclusivo**. 1. ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

ALFONSIN, Betânia (coords.). **Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ALVES, Maria Magdalena. **Homes de rua: aqueles que não moram**. Rio de Janeiro: Tempo e Presença, 1993.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil Introdução**. 6a ed. São Paulo: Renovar. 2006,

AMICO, Fabiano d. **O programa Minha Casa, Minha Vida e a Caixa Econômica Federal**. Paraná, 2011. Disponível em: < http://centrocelsofurtado.com.br/arquivos/image/201109261251530.LivroCAIXA_T_0_033.pdf>. Acesso em maio de 2018.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, 3ª ed. Cap. I e II, ps. 15/71, Almedina, Coimbra, 2004.

ANDRADE, José Carlos Viera de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.

ANDRADE, Luís Aureliano G. de. **Habitação e poder** – da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1982

ARISTÓTELES. **A política**, Tradução de Nestor Silveira Chaves, Bauru: Edipro, 1995.

AZEVEDO, S. **O desempenho do poder público na área habitacional: um breve retrospecto**. In: **Déficit habitacional no Brasil** — Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro, 1995.

BARROS, Felipe Maciel Pinheiro. **Regularização fundiária e Direito à Moradia: instrumentos jurídicos e o papel dos municípios**. Curitiba: Juruá, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Disponível em http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: julho de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: < http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf>. Acesso em julho de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BELO HORIZONTE. Déficit habitacional no Brasil 2015/ **Fundação João Pinheiro, Diretoria de Estatística e Informações**. – Belo Horizonte : FJP, 2018. – Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/direi-2018/estatistica-e-informacoes/797-6-serie-estatistica-e-informacoes-deficit-habitacional-no-brasil-2015/file>. Acesso em maio de 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2007.

BONDUKI, Nabil. Avanços, limitações e desafios da política habitacional do governo Lula - Direito à habitação em oposição ao direito à cidade. In: FERNANDES, Edésio; BONIFÁCIO, Artur Cortez. **Direito de petição: garantia constitucional**. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL, **ADI N. 183-3**. Mato Grosso. Relator Min. Sepúlveda Pertence. Requerente: Procurador-geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso. 07/08/97. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266240>>. Acesso em julho de 2018.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em agosto de 2018.).
BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 17 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o34.htm>. Acesso em junho de 2018.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o37.htm>. Acesso em junho de 2018.

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). **Diário Oficial**. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em junho de 2018.

BRASIL, Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. **Diário Oficial**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: maio de 2018.

BRASIL, **Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Habitação**. Política Nacional de Habitação, Brasília, 2004. Disponível em: < <http://www.cidades.gov.br>>. Acesso em: maio de 2018.

BRASIL. ADPF 45 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em julho de 2018.

BRASIL. Cf. REsp 1102539 / PE; 4a Turma; Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; Relatora p/ Acórdão: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI; julgado em 09/08/2011, DJe 06/02/2012.

BRASIL. Cf. REsp 950.522/PR, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 4a Turma do STJ, julgado em 18/08/2009, publicado em 08/02/2010.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992. p. 813. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acesso em junho de 2018.

BRASIL. Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 de setembro de 1964. P. 8.089. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm>. Acesso em junho de 2018.

BRASIL. Ministério das Cidades. **Secretaria Nacional de Desenvolvimento Urbano**. Departamento de Assuntos Fundiários Urbanos. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/ministerio_das_cidades_1503095675.pdf>. Acesso em agosto de 2018.

BRASIL. RE 572717/SC – Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgamento: 21/6/2010; RE 573690/SC – Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgamento: 21/6/2010; RE 574506/SC – Santa Catarina, Recurso Extraordinário, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgamento: 21/6/2010. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22880262/recurso-extraordinario-re-450446-sc-stf>>. Acesso em julho de 2018.

BRASIL. REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18219281/ag-1369068?ref=amp>>. Acesso em julho de 2018.

BRASIL. STJ - AREsp: 1326227 RJ 2018/0172970-9, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Publicação: DJ 09/08/2018.

BRASIL. TRF-2 - AC: 00015530820134025118 RJ 0001553-08.2013.4.02.5118, Relator: LUIZ PAULO DA SILVA ARAUJO FILHO, Data de Julgamento: 29/03/2017, 7ª TURMA ESPECIALIZADA.

BRASIL. TRF-2 - AC: 01114341720134025118 RJ 0111434-17.2013.4.02.5118, Relator: FLAVIO OLIVEIRA LUCAS, Data de Julgamento: 11/05/2018, 7ª TURMA ESPECIALIZADA

BRASIL. TRF-4 - AC: 50523808320124047100 RS 5052380-83.2012.404.7100, Relator: VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Data de Julgamento: 24/02/2015, QUARTA TURMA, Data de Publicação: D.E. 26/02/2015.

BRASIL. TRF. Ação Cível nº 2000.71.00.032280-9/RS,. Relatora: Silvia Goraieb, julgado: 18/05/2011.

BRASIL. TRF. Ação Cível nº 2000.71.00.032280-9/RS,. Relatora: Silvia Goraieb, julgado: 18/05/2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARDOSO, Adauto Lúcio et al. **Quando um direito vira produto**: impactos do programa minha casa minha vida na cidade do Rio de Janeiro. XIII Simpósio Nacional de Geografia Urbana, Rio de Janeiro, ¹⁸ nov. 2013. Disponível em: <http://www.simpurb2013.com.br/wp-content/uploads/2013/11/1485_GT02.pdf>. Acesso em: maio de 2018.

CARMONA, Paulo Afonso. A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial. **Revista brasileira de políticas públicas**. Volume 5. Número Especial. 2015. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwicvue767vcAhULg5AKHXokBCAQFghYMAY&url=https%3A%2F%2Fwww.publicacoesacademicas.uniceub.br%2FRBPP%2Farticle%2Fdownload%2F3075%2Fpdf&usq=AOvVaw1OthxGS4Y1l-X386aQ_qi4>. Acesso em julho de 2018.

CASTRO, Fabio Leite de. **Responsabilidade das instituições financeiras em mútuos concedidos no âmbito do SFH Segundo a hermenêutica do Superior Tribunal de Justiça**. Porto Alegre. Disponível em: < <http://www.santossilveiro.com.br>>. Acesso em agosto de 2018.

CIRNE. João Rober Melo. **Direito à Moradia**. Porto Alegre: 2011. Disponível em: < <http://lume.ufrgs.br>> . Acesso em: maio de 2018.

CORDEIRO, Carlos José. **Usucapião especial urbano coletivo**: abordagem sobre o Estatuto da Cidade - Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DANTAS, Marciano. Blog do Professor. **Migrações internas**. Publicado em Jan. 2013. Disponível em: <<http://professormarcianodantas.blogspot.com.br/2013/01/migracoes-internas.html>>. Acesso em: junho de 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: junho de 2018.

DENALDI, Rosana. **Políticas de urbanização de favelas: evolução e impasses**. 2003. Tese de Doutorado (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, 2003.

DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 16ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

DIREITO À MORADIA – UNESCO – disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002254/225430POR.pdf>>.

DOYAL, L.; GOUGH, I. **A theory of human need**. New York: The Guilfor Press, 1991.

DWORKIN, Ronald. **O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. **O imério do direito**. Trad. De Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERNANDES, Edésio. “Do código civil ao Estatuto da Cidade: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil”. In VALENÇA, Marcio (org.). **Cidade (i)legal**. Rio de Janeiro, Mauad X, 2008.

FERRAZ, Camila de Araújo. **Crédito, exclusão financeira e acesso à moradia: um estudo sobre financiamento habitacional no brasil e o Programa Minha Casa Minha Vida**. 2011. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economia, Departamento de Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011. Cap. 1. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/images/pos-graduacao/ppge/Camila_Araujo_Ferraz.pdf>. Acesso em: junho de 2018.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FIX, Mariana; ARANTES, Pedro Fioro. **Minha Casa, Minha Vida**: uma análise muito interessante. 2009. Disponível em: <<http://turcoluis.blogspot.com/2009/08/minha-casa-minha-vida-analise-muito.html>> Acesso em junho de 2018.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2. ed. São Paulo, Forense.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 2004.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (Org). **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA, Luciana Díaz de. Justiciabilidad de los derechos enconomicos, sociales y culturales. **Anuário Argentino de Derecho Internacional**, n. IX, Córdoba, 1999.

GARGARELLA, Roberto. **Teoria da Justiça depois de Rawls**. Um breve manual de filosofia política. São Paulo: Saraiva, 2014.

GAZOLA, Patrícia Marques. Concretização do Direito à Moradia digna: teoria e prática. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GIVISIEZ, Gustavo Henrique Naves (Org.). OLIVEIRA, Elzira Lúcia de. (Org.). **Demanda futura por moradias**: demografia, habitação e mercado. Ministério das Cidades. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense. 1a ed. 2018.

GÓES, Ricardo Tinoco de. **Democracia deliberativa e jurisdição**: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além de J. Habermas. Curitiba: Juruá, 2013.

GOMES, Orlando. **As transformações gerais do direito das obrigações**. São Paulo: RT, 1967.

GRAU, E. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malhieros. 2002.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 13.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 280.

HABERMAS, Jürgen. **The future of human nature**. Maladen: Blackwell Publishing Inc., 2003.

HÄRBELE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

HELENA, Eber Zoehler Santa. Justiça distributiva na Teoria da Justiça como Equidade de John Rawls. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 178, n. 45, p.337-346, 13 ago. 2008. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176536/000842803.pdf?seque>>.

Acesso em: 01 maio 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **The Elements of law**. Nova York: Ferdinand Tönnies, 1969.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. de Luís Carlos Borges. 3a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 390.

KLARE, K. Legal culture and transformative constitutionalism. **South African Journal on Human Rights**. 1998.

KLUMB, Pedro. Retrospectiva: do BNH à securitização. **Revista Construção Mercado - Negócios de Incorporação e Construção**. Edição 79, 2008.

KOTLINSKI, A. M. B. . **O novo Paradigma de Políticas Públicas**: estado e sociedade, uma esfera ampliada. *Revista de Direito (Itatiba)* , v. 14, 2011.

LAGO, Luciana Corrêa do; RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. **A casa própria em tempo de crise: os novos padrões de provisão de moradias nas grandes cidades**. In. AZEVEDO, Sérgio de; ANDRADE, Luís Aureliano G. de (orgs.). *A crise da moradia nas grandes cidades – da questão da habitação à reforma urbana*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ.1996.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig; ALVES, Felipe dalenogare; MEOTTI, Francieli Freitas. **A jurisdição constitucional brasileira**: perspectivas e desafios. São Paulo: Editora Jurídicas, 2015.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed. 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Cidadania e propriedade: perspectiva histórica do Direito à Moradia. **Revista de direito alternativo**, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARTINS, Ivez Gandra da Silva. MENDES, Gilmar Ferreira. NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão**. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. **Revista de direito público** 57/58: 242, 1981.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**, 2005.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Brasília: Ed. UnB, 1995.

MORAIS, Maria da Piedade. **Breve histórico sobre o quadro atual da habitação no Brasil**. in Políticas sociais. São Paulo, 2002.

MOTTA, Luana Dias. **A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade**. Disponível em: <http://conflitosambientaisimg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf>. Acesso em maio de 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Comentário-Geral nº 4 a respeito de um Direito à Moradia adequada editado pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU**. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0ahUKEwjcl66ZvJrcAhUBvFkKHV2IDj4QFghnMAG&url=http%3A%2F%2Fwww.dnit.gov.br%2Fdownload%2Fbalanco-do-dnit%2Fdia-14.05-11-rodrigo-faria-onu.ppsx&usg=AOvVaw2nrqBwui4b1zH0wS7aFIzq>> Acesso em maio de 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **O Comité dos Direitos Económicos Sociais e Culturais**. Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995/2004. Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos n. 16. rev. 1, out. 2008. Trad. Gabinete de Documentação e Direito Comparado. Edição original impressa nas Nações Unidas, Genebra jul. 1991. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_16.pdf> Acesso em: junho de 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Fichas Informativas sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Ficha Informativa número 21, ***O Direito Humano a uma Habitação Condigna***. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Ficha_Informativa_21.pdf>. Acesso em junho de 2018.

NAÇÕES UNIDAS. Raquel Rolnik. A/HRC/22/46. Distr. General. 24 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://direitoamoradia.org/wp-content/uploads/2013/02/A.HRC_.22.46_sp.pdf>. Acesso em maio de 2018.

NASCIMENTO, Marilza Ferreira do. **Memória e História: a constitucionalização dos Direitos Sociais no Brasil**. Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Ciências Sociais Aplicadas (NEPAAD). Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Bahia, ano 7, n. 9, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.uesb.br/index.php/cadernosdeciencias/article/viewFile/878/885>> Acesso em: junho de 2018.

NEDEL, José. **A teoria etico-política de John Rawls: uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

NETO, Claudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. **Direitos Sociais**. Fundamento, judicialização e Direitos Sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010,

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio jurisdição constitucional. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, nº 19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm>. Acesso em maio de 2018.

NOGUEIRA, Joelma Sampaio. **Políticas públicas de habitação no Brasil: uma análise do Programa de Urbanização e Regularização de Assentamentos Precários no município de Santo Antonio de Jesus/BA**. Cachoeira: 2010. Disponível em: <<http://www.adventista.edu.br/>>. Acesso em: maio de 2018.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais**. Lisboa: Coimbra, 2010.

PAGANI, Eliane Adelina. **O direito de propriedade e o Direito à Moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o Direito à Moradia**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Orçamento e políticas públicas infanto-juvenis**. Fixação de planos ideais d atuação para os atores do Sistema de Garantia de Direitos das Crianças e Adolescentes (SGC). Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. A atividade legiferante da justiça constitucional e os elementos fundamentais das decisões jurídico-políticas. **Revista Pesquisas Jurídicas**. V. 4, n. 3. Ago/dez. 2015. p. 10.

PEREIRA, Carlos André Maciel Pinheiro. **Jurisdição procedimental: o agir comunicativo da opinião pública através do *amicus curiae***. Curitiba: Juruá, 2018.

PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **A decisão judicial em Niklas Luhman: operação, diferença e abertura**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2261.pdf> Acesso em: julho de 2018.

PIANA, Maria Cristina. **As políticas sociais no contexto brasileiro: natureza e desenvolvimento**. In: A construção do perfil do assistente social no cenário educacional [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/vwc8g/pdf/piana-9788579830389-02.pdf>> Acesso em: junho de 2018.

PINHEIRO, Augusto Ivan de Freitas. **Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro**. Secretaria Municipal de Urbanismo. Instituto Municipal de Urbanismo Pereira Passos. Políticas públicas urbanas na Prefeitura do Rio de Janeiro. 2008.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. **A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917**. Revista de Informação Legislativa. Biblioteca Digital do Senado. Brasília, v. 43, n. 169 jan./mar. 2006.

Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92449/Pinheiro%20Maria.pdf?sequence=2>> Acesso em: junho de 2018.

PINHEIRO, Regis Gonçalves. A teoria da justiça de John Rawls e a constitucionalidade das ações afirmativas no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 100-108. jan/abr. 2013.

PIRRAÇA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**. Coimbra: Coimbra Ed., 1989.

Portal Brasil. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2014/04/entenda-como-funciona-o-minha-casa-minha-vida>>. Acesso em maio de 2018

POSNER, Richard Allen. **A problemática de teoria moral e jurídica**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RAMOS, Adriana Monteiro. **Reflexões sobre a judicialização e o ativismo judicial nas ações coletivas**. Disponível em: <<http://www.faimi.edu.br/v8/RevistaJuridica/edicao10/5-judicializacaoacoescoletivas-adriana.pdf>>. Acesso em: junho de 2018

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RIZOTTI, Maria Luiza Amaral. **A construção do sistema de proteção social no Brasil: avanços e retrocessos na legislação social**. Revista Doutrinas Jurídicas, v. 25, p. 11, 2006. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/construcao.pdf>> Acesso em: 21 junho de 2018.

ROIG, María José Añón. **Necesidades y Derechos**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

ROSÁRIO, José Orlando Ribeiro. et al. **Aspectos processuais do acesso à justiça no Brasil**. Salvador: Motres. 2018.

SANDEL, Michael J. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Cláudio Hamilton M. **Políticas federais de habitação no Brasil: 1964/1998**. Brasília: IPEA, jul. 1999. (Texto para Discussão, n.654).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A constituição concretizada: construindo pontes para o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direitos Sociais**. Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOARES, Christiane Júlia Ferreira. **Direito à moradia e políticas públicas habitacionais: uma crítica da atuação do Estado na efetivação do direito fundamental**. Belo Horizonte, 2016.

SOUSA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação**. 2. ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TORRES, Ricardo L. **Justiça distributiva: social, política e fiscal**. In: Revista de Direito Renovar (RDR). n. 1. Rio de Janeiro, Jan./Abr, 1995b.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 73.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre ética**. 4. ed. Tradução de Ernildo Stein e Ronai Rocha (org.). Petrópolis: Vozes, 2000. p. 391-392.

UEMURA, Margareth Matiko; SAULE JÚNIOR, Nelson; UMM, **União dos Movimentos de Moradia**. Agenda Habitat: Resultados da Conferência de Istambul em junho de 1996. Nossos direitos e propostas. PESSINA, Leonardo; SAULE JUNIOR, Nelson; ROLNIK, Raquel; Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional - FASE – SP, Instituto Pólis, (orgs.) 1997. Disponível em: <<http://polis.org.br/publicacoes/agenda-habitat-resultados-da-conferencia-de-istambul-em-junho-de-1996-nossos-direitos-e-propostas/>> Acesso em: junho de 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Direito à Moradia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 95, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia, **Revista de Direito do Estado** 12, 2008.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 2.

WANG, Daniel Wei Ling. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV, São Paulo. Jul-Dez 2008. p. 539-568. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: julho de 2018.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WILHEIM, Jorge. **O substantivo e o adjetivo**. São Paulo: Perspectiva, 1976.