

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO

Ana Paula Araújo Carbonari

DIREITO À MORADIA E SUA EFETIVAÇÃO À LUZ DA  
GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA  
CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Passo Fundo

2017

Ana Paula Araújo Carbonari

DIREITO À MORADIA E SUA EFETIVAÇÃO À LUZ DA  
GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA  
CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Esp. Dalmir Franklin de Oliveira Júnior.

Passo Fundo

2017

À minha família, pelo apoio, pela paciência, pelo cuidado, pelo incentivo, pelas contribuições e por acreditar em mim.

## RESUMO

O presente estudo visa apontar o reconhecimento do direito à moradia no plano internacional, como direito humano, e no plano nacional, como direito fundamental. Ademais, busca refletir acerca da efetivação desse direito na realidade brasileira, sob as perspectivas da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível. Utiliza-se da revisão de bibliografia sobre Direitos Humanos e Direito Constitucional, a pesquisa de Atos internacionais de Direitos Humanos, da Constituição Federal e de leis infraconstitucionais que tratam do tema em questão. Esta pesquisa justifica-se por sua relevância social: dado que a moradia adequada é um direito humano reconhecido por tratados internacionais de direitos humanos, e um direito fundamental social acolhido na Constituição Federal de 1988; que, no entanto, o acesso à moradia adequada para todos ainda não é efetivamente garantido, o que é facilmente percebido ao olhar a realidade das periferias brasileiras. A efetivação desse direito é analisada sob as perspectivas da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível, tendo em vista o compromisso do Estado com o princípio da dignidade humana. O estudo mostra que o direito à moradia, por ser essencial à garantia da dignidade humana, ou seja, por integrar o mínimo existencial, não pode ser limitado pela escassez de recursos estatais, sobretudo sob justificativas genéricas, podendo somente ocorrer, se for o caso, após a demonstração pelo Estado de que se empenhou progressivamente e ao máximo dos recursos que lhe são disponíveis para satisfazer esse direito, e desde que seja respeitado seu núcleo essencial.

**Palavras-chave:** Dignidade Humana. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos. Mínimo Existencial. Moradia Adequada. Reserva do Possível.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>5</b>  |
| <b>2 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO E SUA PREVISÃO NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS .....</b>                                       | <b>8</b>  |
| 2.1. A criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos .....   | 8         |
| 2.2 O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.....  | 15        |
| 2.3 A ONU Habitat – da Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos à Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio..... | 20        |
| <b>3 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL .....</b>                          | <b>23</b> |
| 3.1 Análise histórica do direito à moradia nas Constituições brasileiras pré 1988 ....  | 23        |
| 3.2 O direito à moradia como direito fundamental na Constituição Federal de 1988  | 24        |
| 3.3 O direito à moradia como direito fundamental e seu conteúdo .....   | 28        |
| 3.4 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais.....  | 31        |
| 3.5 O direito à moradia na legislação infraconstitucional .....   | 36        |
| <b>4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E AS PERSPECTIVAS DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL .....</b>                       | <b>40</b> |
| 4.1 O problema da garantia do direito à moradia no Brasil .....   | 40        |
| 4.2 A garantia do mínimo existencial.....   | 43        |
| 4.3 A cláusula da reserva do possível.....  | 47        |
| 4.4 A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais.....   | 51        |
| <b>5 CONCLUSÃO .....</b>  | <b>63</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>   | <b>66</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo que ora é apresentado visa apontar o reconhecimento do direito à moradia no plano internacional, como direito humano, e no plano nacional, como direito fundamental. Além disso, busca refletir acerca da efetivação desse direito na realidade brasileira, sob as perspectivas da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível. Para tanto, utiliza-se a revisão de bibliografia em Direitos Humanos e Direito Constitucional, a pesquisa de instrumentos e Atos internacionais de Direitos Humanos, da Constituição Federal brasileira e de leis infraconstitucionais que tratam do tema em questão, e a coleta de dados em pesquisas estatísticas, notícias e jurisprudência.

A moradia adequada é um direito humano reconhecido por Atos Internacionais de Direitos Humanos, em especial no artigo XXV, § 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e no artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado pelo Brasil em 1992. Trata-se, ainda, de direito fundamental social incorporado ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que alterou o artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

A partir da ratificação do PIDESC, junto à inclusão expressa do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais constitucionais, o Estado brasileiro passa a reconhecer a moradia como direito de todo cidadão, deixando evidente seu compromisso com a garantia e a realização desse direito. Contudo, ainda que a referida incorporação tenha suma relevância político-jurídica, é essencial que se converta o direito fundamental positivado em direito concretizado, efetivo. Aqui se poderá encontrar *gaps* que identificam que ainda há muito a fazer.

A crescente urbanização brasileira mostra que é cada vez mais preocupante a questão da moradia, dado que a população mais pobre vai, paulatinamente, sendo “empurrada” para as periferias das cidades, onde passa a residir em moradias precárias, sem o mínimo de condições dignas de habitação. Ainda que a comunidade internacional reafirme frequentemente a importância de que o direito à moradia adequada seja respeitado, persiste uma distância significativa entre o que está nas normas e o que se vê na realidade das cidades brasileiras.

O presente trabalho se insere neste debate, buscando enfrentar a questão apontando os instrumentos internacionais e nacionais em que há o reconhecimento do direito à moradia, pesquisando os documentos e relatórios de análise de casos e da realidade, sempre para mostrar a importância do enfrentamento da questão do *gap* entre o proposto no plano normativo e a realidade social. Neste sentido, analisa-se a importância da garantia do mínimo existencial no qual se insere o direito à moradia adequada, em contraste com a cláusula da reserva do possível, para saber em que medida se poderia avançar concretamente na efetivação deste direito humano.

O trabalho é desenvolvido em três capítulos. O primeiro capítulo trata de apresentar a previsão do direito à moradia nos instrumentos jurídicos internacionais, a fim de estabelecer subsídios para a compreensão do conteúdo desse direito e de seu *status* como um dos direitos humanos. Optou-se por fazer referência expressa à Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, à Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, à Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos e à Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio. Com isso não se esgota o rol dos atos internacionais que tratam, de forma expressa ou implícita, do direito à moradia adequada, mas se indica os que a ela fazem referência direta.

O segundo capítulo aborda a presença do direito à moradia no plano nacional. Para tal, faz-se um breve apanhado histórico deste direito nas Constituições brasileiras; trata-se da inclusão do direito à moradia na Constituição Federal de 1988, de seu reconhecimento como direito fundamental social e das implicações disso, por meio de reflexões acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, do conteúdo do direito à moradia e da multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Por fim, são apresentadas legislações infraconstitucionais que versam, em diferentes medidas, acerca do direito à moradia.

O terceiro capítulo, por sua vez, é destinado, num primeiro momento, a situar o problema da garantia do direito à moradia no contexto brasileiro, mediante análise do processo de urbanização ocorrido e de dados estatísticos, com a finalidade de indicar que, em realidade, ainda não está efetivado. Posteriormente, passa-se à análise desse direito sob as perspectivas da garantia do mínimo existencial e da

cláusula da reserva do possível, tendo em vista o compromisso do Estado Social de Direito com o princípio da dignidade humana. Por fim, trata-se brevemente da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, com referência a alguns julgados a título de ilustração.

## **2 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO HUMANO E SUA PREVISÃO NOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS**

O presente capítulo trata da previsão do direito à moradia nos instrumentos jurídicos internacionais, perspectiva imprescindível à compreensão do conteúdo desse direito e de seu estabelecimento como direito humano e direito fundamental social. Não se faz, neste estudo, referência a todos os tratados, convenções e declarações internacionais que mencionam o direito à moradia de forma direta ou indireta, optando-se por destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos e a Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio.

### **2.1. A criação da Organização das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos**

Os direitos humanos nasceram da luta e da insurgência dos cidadãos desprezados pela ordem social. Eles não têm um sentido único, sendo objeto de debate contínuo e abrangem questões de influência fundamental na vida de todos os indivíduos. Flavia Piovesan defende a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, em constante processo de construção e reconstrução pelos indivíduos, representando um espaço de luta e ação social, na busca por dignidade humana (2008, p. 109-110).

Na lição de Fabio Konder Comparato

Se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias (2004, p. 60).

Norberto Bobbio assevera que

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (1992, p. 5).

O maior compromisso dos direitos humanos é com a efetivação e a proteção da dignidade de cada pessoa. Fruto disso, tem-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que nasce no sentido de resguardar o valor da dignidade humana, fundamento dos direitos humanos.

Em atenção à urgência da necessidade de reconstrução dos direitos humanos após a Segunda Guerra Mundial, houve, neste período, o surgimento de organizações internacionais com o escopo de promover a cooperação internacional. Entre elas, destaca-se como a de maior relevância a Organização das Nações Unidas (ONU), criada em 1945, pela Carta das Nações Unidas.

Flávia Piovesan, nesse sentido, leciona que a internacionalização dos direitos humanos é um processo recente na história, surgido no período pós-guerra, na tentativa de responder às atrocidades e horrores praticados durante o nazismo, afirmando

Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea. Se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução. Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve reduzir o âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional (2008, p. 118).

A autora refere, ainda, que o processo de internacionalização dos direitos humanos, marco de delimitação da soberania estatal, torna-se uma resposta de suma relevância na busca da reconstrução de um novo paradigma, frente ao repúdio internacional às atrocidades ocorridas no holocausto (2008, p. 119).

Sobre o processo de internacionalização dos direitos humanos, Celso Lafer observa

Configurou-se como a primeira resposta jurídica da comunidade internacional ao fato de que o direito *ex parte Populi* de todo ser humano à hospitalidade universal só começaria a viabilizar-se se o “direito a ter direitos”, para falar com Hannah Arendt, tivesse uma tutela internacional, homologadora do ponto de vista da humanidade. Foi assim que começou efetivamente a ser delimitada a “razão do estado” e corroída a competência reservada da soberania dos governantes, em matéria de direitos humano, encetando-se a sua vinculação aos temas da democracia e da paz (1986, p. 217, apud PIOVESAN, 2008, p. 109).

Assinada em São Francisco, em 1945, a Carta das Nações Unidas foi o documento fundante da ONU, sendo o primeiro instrumento normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A criação da ONU, com suas agências especializadas, representa o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modo de conduta nas relações internacionais, primando pela manutenção da paz e da segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a cooperação internacional nos planos econômico, social e cultural e a proteção e garantia internacional dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

A Carta das Nações Unidas possibilitou o desenvolvimento contínuo dos direitos humanos em escala mundial, provocando nos Estados-parte o reconhecimento de que a proteção e a promoção dos direitos humanos não são questões de interesse exclusivamente interno, mas sim de toda a comunidade internacional.

Em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução 217 A (III), adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com aprovação de 48 Estados e com 8 abstenções. A Declaração configura marco inicial do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da tutela universal dos direitos humanos. A partir do advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, originou-se, portanto, um novo ramo do direito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A motivação para a elaboração desse documento universal é a criação de uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, por consagrar valores básicos universais. No preâmbulo da Declaração, lê-se

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão; Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla; Considerando que os Estados membros se comprometeram a promover, em cooperação com a Organização das Nações Unidas, o respeito universal e efetivo dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais; Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição (ONU, 1948).

A pretensão, naquele momento, era formular um rol dos direitos humanos que criasse obrigações para os Estados em decorrência da normativa internacional, ensejando uma redefinição do conceito tradicional de soberania estatal, eis que houve o reconhecimento de que o indivíduo, e não só o Estado, também é sujeito de direitos internacionais e passou-se a admitir intervenções internacionais em casos de violação aos direitos humanos no âmbito interno dos Estados.

Cançado Trindade afirma que o movimento em prol dos direitos humanos desencadeado pela Declaração permitiu o reconhecimento de “todas as criaturas humanas” como sujeitos de direito, membros de uma “sociedade universal”. Ainda, diz que “o próprio direito internacional, ao reconhecer direitos inerentes a todo ser

humano, desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos “concedidos” pelo Estado” (2002, p. 6). Além disso, ele afirma que

[...] o Direito Internacional dos Direitos Humanos afirma-se em nossos dias, com inegável vigor, como um ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea, dotado de especificidade própria. Trata-se essencialmente de um direito de proteção, marcado por uma lógica-própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados (1997, p. 20).

A partir da Declaração, a dignidade humana como fundamento da proteção aos direitos humanos é observada em todos os instrumentos internacionais de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse norte, Norberto Bobbio diz

Essa Declaração se caracteriza, primeiramente, por sua amplitude. Compreende um conjunto de direitos e faculdades sem os quais o ser humano não pode desenvolver sua personalidade física, moral e intelectual. Sua segunda característica é a universalidade: é aplicável a todas as pessoas de todos os países, raças, religiões e sexos, seja qual for o regime político dos territórios nos quais incide (1992, p. 28).

A Declaração consagra os direitos humanos como universais, indivisíveis e interdependentes, o que foi posteriormente positivado no artigo 5º da Declaração e Programa de Ação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, ocorrida em 1993, que dispõe o seguinte

Artigo 5º - Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais (ONU, 1993).

No que concerne à universalidade dos direitos humanos, Leonardo Jun Ferreira Hidaka assinala que a proteção do indivíduo se dá simplesmente pelo fato

de ser um ser humano, portanto sujeito de direito internacional, dado que dessa condição decorrem direitos protegidos em âmbito internacional, bastando ser pessoa humana para que seja titular desses direitos. Tem-se, nesse contexto, um processo de comprimento com o modo tradicional de relação Estado-cidadão, eis que ele passa a ser considerado cidadão do mundo, titular de direitos universais e internacionalmente reconhecidos (2002, p. 27).

Os direitos presentes na Declaração Universal são, portanto, de todas as pessoas, vez que derivam da dignidade da pessoa humana, e não de quaisquer particularidades sociais ou culturais de um grupo de indivíduos. No que toca às outras premissas básicas e estruturantes do sistema universal de direitos humanos, quais sejam a indivisibilidade e interdependência desses direitos, tem-se que a indivisibilidade está ligada à promoção e à garantia da dignidade do ser humano, isto é, não há meio-termo. Nesse aspecto, Paulo César Carbonari leciona

A indivisibilidade dos direitos aponta para a necessidade de superação das leituras geracionais dos direitos humanos. Todos os direitos humanos: os civis e políticos; os econômicos, sociais e culturais e; os de solidariedade, entre outros, constituem, juntos, um todo indivisível. [...] Dessa forma, o conjunto dos direitos humanos constitui um todo que exige a construção de instrumentos e mecanismos concretos e adequados à efetivação de cada direito como direito humano e de todos os direitos humanos como realização da dignidade da pessoa humana (2014, p. 67).

A interdependência, por sua vez, diz respeito aos direitos humanos considerados em espécie, dado que um direito não alcança eficácia plena sem a realização simultânea de alguns ou de todos os outros direitos humanos. Carbonari, nesse sentido, afirma

[...] não há como realizar direitos civis e políticos sem que os direitos econômicos, sociais e culturais também sejam realizados. É claro que há procedimentos e instrumentos distintos para efetivar diferentes direitos. O central, no entanto, é que todos sejam realizados paulatinamente e em processo progressivo, que não admite retrocessos. Neste sentido, os direitos humanos se constituem em base intransponível de orientação da ação do Estado e da sociedade na efetivação de políticas públicas em vista da satisfação de todos os direitos humanos (2014, p. 67).

Ademais, reconhecem-se como características dos direitos humanos: a irrenunciabilidade, tendo em vista que os direitos não são concedidos à pessoa humana por outrem e, ainda, ela não pode escolhê-los ou abrir mão deles, e não pode os ter subtraídos por terceiro ou pelo Estado, pois indisponíveis; a imprescritibilidade, baseada na compreensão de que os direitos humanos transcendem épocas e podem ser exigidos a qualquer tempo; a exigibilidade, que reconhece ser possível que o cidadão demande a realização de seu direito, cabendo ao Estado e à sociedade criar meios de efetivá-lo; e, por fim, a justiciabilidade, em atenção à possibilidade de demandas judiciais com o objetivo de realizar um direito humano (CARBONARI, 2014, p. 68-69).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, portanto, representa uma nova concepção dos direitos humanos. Esse instrumento, há que destacar, não é um tratado, mas uma resolução, sem força de lei. Contudo, ganhou relevante força no campo legal e político, sob a forma de direito costumeiro, nos âmbitos internacional e interno. Comparato defende que a Declaração tem força jurídica, uma vez que os direitos nela definidos fazem parte do costume e dos princípios jurídicos internacionais que, juntos aos tratados e convenções, formam o direito internacional (2004, p. 224).

Na Assembleia de promulgação da Declaração, o Brasil foi representado por Austregésilo de Athayde, escolhido para ser o orador responsável pela exposição do texto perante a Assembleia, em 10 de dezembro. Em sua fala, ele afirmou que o documento não era produto da imposição de “pontos de vista particulares de um povo ou de um grupo de povos, nem doutrinas políticas ou sistemas de filosofia”. Além disso, referiu que “a sua força vem precisamente da diversidade de pensamento, de cultura e de concepção de vida de cada representante. Unidos formamos a grande comunidade internacional do mundo e é exatamente dessa união que decorre a nossa autoridade moral e política” (CARBONARI, 2009, p. 158).

O direito à moradia é um direito humano reconhecido na legislação internacional dos direitos humanos, sendo que sua primeira referência na ordem internacional está no artigo XXV, § 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe o seguinte

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 (ONU, 1948, grifo nosso).

A partir desse instrumento, a moradia passou a constar em diversos outros Atos Internacionais, como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Urbanos (1976), a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996) e a Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio (2001).

## **2.2 O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**

Após a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve uma preocupação em formular tratados internacionais com força jurídica vinculante, capazes de garantir efetivamente os direitos e liberdades fundamentais elencadas na Declaração. Foi assim que, em 1966, foi aprovado o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Ele entrou em vigor 10 anos depois, em 1976, sendo ratificado pelo Brasil em 1992 e, neste mesmo ano, promulgado por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.

Os Pactos, como instrumentos jurídicos internacionais, quando ratificados pelos Estados, fazem com que este se torne Estado-parte, assumindo uma série de obrigações jurídicas, comprometendo-se a garantir os direitos e a cumprir as disposições consagradas no instrumento em questão. Assim, através da ratificação dos Pactos de direitos humanos, os Estados tornam-se responsáveis perante a comunidade internacional, perante os outros Estados que tenham ratificado o mesmo instrumento e perante os seus próprios cidadãos. Berenice Maria Giannella e Beatriz Rizzo Castanheira assinalam

Os Estados aderem aos documentos internacionais no exercício de sua soberania, ou seja, têm total liberdade para aceitar ou não o documento. Mas, após fazê-lo, assumem obrigações no plano internacional, o que equivale dizer terem aberto mão de parte desta soberania. Em relação aos tratados de direitos humanos, maior relevância tem o sistema de proteção

internacional, pois decore, em última análise, da própria natureza dos direitos protegidos. Direitos assegurados à pessoa humana independem da nacionalidade dos indivíduos e se baseia, exclusivamente, na sua posição de seres humanos (GIANELLA; CASTANHEIRA, 1998, p. 170).

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consolida e complementa o rol dos direitos econômicos, sociais e culturais elencados na Declaração Universal, entre eles o direito à moradia adequada. Os direitos econômicos, sociais e culturais são plenamente reconhecidos pela comunidade internacional e em todo o direito internacional dos direitos humanos e destinam-se a garantir a proteção da pessoa humana em sua plenitude. Cançado Trindade afirma que

Não tardou muito para que se apercebesse do fato de que, se dentre os direitos econômicos, sociais e culturais havia os que se aproximavam de “normas organizacionais”, também havia os que requeriam implementação semelhante à dos direitos civis e políticos (os direitos clássicos de liberdade), o que veio a ressaltar a unidade fundamental de concepção dos direitos humanos (1997, p. 358).

Em seu preâmbulo, o Pacto afirma a universalidade, a inalienabilidade e a indivisibilidade dos direitos humanos. Em seguida, no artigo 2º, dispõe que os direitos nele incluídos devem ser realizados de forma progressiva e a longo prazo, por meio da atuação e investimento dos Estados, inclusive com a adoção de medidas legislativas cabíveis, comprometendo-se a investir no sentido de progredir em direção à sua completa realização. Na redação do artigo 2º do Pacto, os Estados comprometem-se

A adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, **até o máximo de recursos disponíveis**, que visem a **assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto**, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas (ONU, 1966, grifo nosso).

Em termos gerais, os direitos econômicos são os direitos a um desenvolvimento autônomo, a um meio ambiente sadio, à alimentação, ao trabalho e

os direitos do trabalhador. Os direitos sociais, por sua vez, referem-se à segurança social, à família, à maternidade e infância, à moradia e à cidade e o direito à saúde. Por fim, os direitos culturais são relativos à educação, à participação da vida cultural e ao progresso científico. Esses direitos são de realização progressiva, isto é, não admitem retrocessos, com atuação fundamental do Estado, e, também impõe obrigações de efeito imediato, como a obrigação de adotar medidas (ONU, 1966).

Particularmente quanto aos direitos sociais, Bobbio assevera que “quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade, [...] quando se trata de passar à ação, [...] começam as reservas e oposições”, refere, ainda, que “o problema [...] não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político” (1992, p. 25). Afinal, tais direitos necessitam de prestações positivas por parte do Estado. Para garanti-los, o Poder Público deve intervir, progressivamente, na ordem econômica e social, através da atuação legislativa, administrativa e jurisdicional.

Em seu artigo 4º, o Pacto dispõe sobre os limites que podem ser impostos pelo Estado aos direitos nele reconhecidos, sendo somente aqueles estipulados em lei, unicamente em medida conciliável com a natureza desses direitos e por razões que visem o bem geral da sociedade democrática (ONU, 1966).

O Comentário Geral nº 3, emitido pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>1</sup>, ao item 10, destaca a necessidade de que o Estado-parte estabeleça um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos tocados pelo Pacto, sendo que, se fosse interpretado sem levar em conta tal núcleo mínimo de obrigações, seria esvaziada sua razão de ser (ONU, 1990).

Além disso, Cançado Trindade assinala que o Comentário Geral nº 3 estabelece as obrigações de efeito imediato impostas pelo Pacto, além da realização progressiva dos direitos nele consagrados. São elas: a obrigação de adotar medidas

---

<sup>1</sup> O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi instituído em 1985 pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, como a finalidade de controlar a aplicação, pelos Estados-Partes, das disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Comitê analisa os relatórios elaborados pelos Estados-parte, em que são expostas as medidas adotadas para tornar efetivo aquilo que foi disposto pelo Pacto. Após análise, os relatórios são discutidos pelo Comitê e representantes do Estado-parte em questão, seguido de emissão de observações finais, em que são apontados os aspectos positivos, bem como os problemas detectados, para os quais recomenda as soluções que lhe pareçam adequadas. Ainda, o Comitê possui competência para formular comentários gerais relativos a determinados artigos ou disposições do Pacto e organizar debates temáticos sobre matérias cobertas por ele.

logo após a entrada em vigor do Pacto; o compromisso de garantir o exercício dos direitos sem que haja discriminação; a aplicabilidade imediata de determinadas disposições por órgãos judiciais nos ordenamentos jurídicos internos; a obrigação geral de buscar sempre a realização dos direitos sem que se permitam retrocessos; o estabelecimento de obrigações mínimas em relação aos direitos que, se não cumpridas, acarretam a obrigação de provar que utilizou-se o máximo de recursos disponíveis; e a obrigação de proteger setores mais vulneráveis da sociedade em épocas de crises econômicas graves (1997, p. 377).

O Pacto, instrumento central para a proteção do direito à moradia, em seu artigo 11, faz referência ao direito a um padrão de vida adequado, incluindo alimentação, vestuário e habitação, e com a melhoria contínua das condições de vida. Dispõe, ainda, que a moradia adequada é um direito humano social que deve ser garantido pelo Estado a todos, independentemente de origem social, etnia, nacionalidade, orientação sexual, sexo, religião ou posição política e que os Estados-parte tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento (ONU, 1966).

Faz-se necessário mencionar, neste ponto, os Comentários Gerais nº 4 e 7, emitidos do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com o escopo de esclarecer definições acerca de moradia adequada e despejos forçados.

O Comentário Geral nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais define como moradia adequada aquela que contenha os elementos:

- (1) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças;
- (2) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo;
- (3) Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes;
- (4) Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde;
- (5) Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levadas em conta;

(6) Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas;

(7) Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural (ONU, 1991).

Ainda, o Comentário Geral nº 4 dispõe que

O direito à habitação não deveria ser interpretado em um sentido estreito ou restrito que o equipara com, por exemplo, o abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos, ou julga o abrigo exclusivamente como uma mercadoria. Diferentemente, isso deveria ser visto mais propriamente como um direito a viver, onde quer que seja, com segurança, paz e dignidade. Isto é apropriado por, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, o direito à habitação é integralmente vinculado a outros direitos humanos e a princípios fundamentais sobre os quais a Convenção é baseada. Esta “inerente dignidade da pessoa humana”, de que os direitos na Convenção são ditos derivar, exige que o termo “habitação” seja interpretado de forma que leve em conta uma variedade de outras considerações, fundamentalmente que o direito à habitação deveria ser assegurado a todas as pessoas independentemente da renda ou acesso a recursos econômicos. Segundamente, a referência no artigo 11 deve ser lida referindo-se não apenas à habitação, mas à habitação adequada (ONU, 1991).

O Comentário Geral nº 7 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trata, a se turno, dos despejos forçados, dispondo, no item 3, o seguinte

Conforme empregado nesse Comentário Geral, o termo “despejos forçados” se define como o ato de remoção de pessoas, famílias e/ou comunidades dos lugares e/ou terras que ocupam, de forma permanente ou temporária, sem oferecer-lhes meio apropriados de proteção legal ou de outro âmbito, nem permitir-lhes seu acesso a eles. A proibição de despejos forçados não significa, contudo, a aplicação àqueles efetuados legalmente e de acordo com as disposições dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos (ONU, 1997, tradução nossa).

E, ao item 15, indica as proteções processuais que devem ser aplicadas aos despejos forçados, sendo elas:

- (1) Uma autêntica oportunidade de consultar as pessoas afetadas;
- (2) Um prazo suficiente e razoável de notificação a todas as pessoas afetadas, antes da data prevista para o despejo;

- (3) Oferecer a todos os interessados, em um prazo razoável, informações relativas aos despejos previstos e, quando for o caso, aos fins a que se destinam as terras ou habitação;
- (4) A presença de funcionários do governo ou seus representantes durante o despejo, especialmente quando este afete a grupos de pessoas;
- (5) Identificação exata de todas as pessoas que exercem o despejo;
- (6) Não efetuar despejos em condições meteorológicas adversas ou à noite, salvo se houver consentimento dos afetados;
- (7) Oferecer recursos jurídicos;
- (8) Oferecer assistência jurídica sempre que seja possível às pessoas que necessitem de reparação judicial (ONU, 1997, tradução nossa).

### **2.3 A ONU Habitat – da Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos à Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio**

A partir da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos realizada em Vancouver, em 1976, à concepção de habitação e moradia é agregada a perspectiva dos assentamentos humanos. Como resultado desse encontro, tem-se a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos e a criação da ONU-HABITAT, agência da ONU para assentamentos humanos, responsável por coordenar e harmonizar atividades em assentamentos humanos dentro do sistema das Nações Unidas, facilitando o intercâmbio global de informação sobre moradia e desenvolvimento sustentável de assentamentos humanos, além de colaborar em países com políticas e assessoria técnica (ONU, 1976).

A Declaração de Vancouver, em suma, revela os motivos da realização da Conferência, os princípios gerais que devem ser observados, e as propostas para melhorar a qualidade de vida dos indivíduos, através da elaboração de políticas e programas de assentamentos humanos. Em termos gerais, são as condições de vida nesses assentamentos que devem ser melhoradas, destacando-se a saúde, emprego, educação, higiene, água, energia, alimentação e moradia ou abrigo. Nos termos do artigo 3º da Declaração, “Moradia e serviços urbanos adequados são um direito humano básico, o qual coloca como obrigação dos governos assegurar a sua realização para todas as pessoas” (ONU, 1976).

Em 1996, foi realizada pelas Nações Unidas a segunda conferência sobre cidades, a Habitat II, em Istambul, cujos temas principais foram moradia adequada para todos e desenvolvimento de assentamentos humanos sustentáveis

em um mundo em processo de urbanização, sendo realizada, ainda, uma avaliação das duas décadas desde a Habitat I. Como documentos políticos frutos da conferência, tem-se a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos e a Agenda Habitat, a qual refere, em seu parágrafo 26, que “[...] todos deverão ter moradia adequada, sadia, segura, protegida, acessível, e disponível e que inclui serviços básicos, facilidades e amenidades, e o gozo de liberdade frente a discriminações de moradia e segurança legal da posse” (ONU, 1996). Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, na Agenda Habitat,

[...] além de reafirmando o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, com remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização (2009, p. 11).

A Declaração de Istambul sobre os Assentamentos Humanos é uma atualização e complementação dos compromissos assumidos em Vancouver. Destacam-se: a interdependência do desenvolvimento urbano e rural; as necessidades especiais das mulheres, crianças e jovens; a moradia adequada como uma necessidade essencial a ser progressivamente realizada; a garantia do funcionamento do mercado de forma eficiente e social e ambientalmente racional, melhorando o acesso à terra e ao crédito, de sorte a tornar a moradia acessível àqueles que estão excluídos do mercado de habitação; medidas de proteção ao meio-ambiente (ONU, 1996). Ela estabelece, ainda, um Plano de Ação Mundial, que define a moradia adequada como

Uma moradia adequada significa algo mais que ter um teto sob o qual abrigar-se. Significa dispor de um lugar privado, espaço suficiente, acessibilidade física, segurança adequada, segurança da posse, estabilidade e durabilidade estruturais, iluminação, calefação e ventilação suficientes, uma infraestrutura básica adequada que inclua serviços de abastecimento de água, saneamento e eliminação de dejetos, fatores apropriados de qualidade do meio-ambiente e relacionados com a saúde, e uma localização adequada e com acesso ao trabalho e aos serviços básicos, tudo isso a um custo razoável (ONU, 1996).

A Resolução S-25/2, da Assembleia Geral das Nações Unidas, aprovou, em 2001, a Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio. Essa Declaração ratifica os compromissos arrojados na Declaração de Istambul, em 1996, confirma a Agenda Habitat como instrumento a ser observado na realização do direito à moradia adequada e sustentável, aponta os avanços ocorridos desde aquela época e os obstáculos encontrados. A Declaração, ainda, assinala as preocupações com o crescimento rápido da população urbana, não acompanhado pelo desenvolvimento econômico, refletindo na dificuldade de oferecimento de moradia adequada e satisfação das necessidades básicas dos cidadãos (ONU, 2001).

### **3 O DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL**

Este Capítulo dedica-se a fazer um apanhado histórico da moradia nas Constituições brasileiras, seguido de apontamentos acerca da inclusão do direito à moradia na Constituição Federal de 1988. Após, expõe-se uma reflexão sobre a moradia como direito fundamental social e as implicações disso, fazendo referência à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, e, por fim, são apresentadas legislações infraconstitucionais que versam sobre o direito à moradia.

#### **3.1 Análise histórica do direito à moradia nas Constituições brasileiras pré 1988**

A Constituição Imperial de 1824, assim como a Constituição Republicana de 1891, não continha previsão expressa de tutela ao direito à moradia, fazendo referência à propriedade em uma perspectiva individualista, ignorando questões ligadas à função social da propriedade. Em 1934, com uma visão mais voltada ao coletivo e não estritamente ao indivíduo, os direitos sociais passam a receber tratamento constitucional. Foi trazida, pela primeira vez, ao artigo 125, a usucapião urbana e rural em decorrência de trabalho e moradia.

Essa ideia foi mantida na Constituição de 1937 e na Constituição de 1946 que, em seu artigo 141, § 16, previa a garantia da propriedade, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou de utilidade pública, ou por interesse social. Em 1964, com o regime militar e ainda sob vigência da Constituição de 1946, há um importante avanço no que se refere à questão da função social da propriedade, com a edição da Lei nº 4504/64, o chamado Estatuto da Terra. O Estatuto, em seu artigo 2º, § 1º, traz expressamente que

Art. 2º É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente:

a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias;

- b) mantém níveis satisfatórios de produtividade;
- c) assegura a conservação dos recursos naturais;
- d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem.

Essa mudança de visão sobre a propriedade iniciada em 1964 foi bastante importante e exerceu grande influência sobre o constituinte de 1988, visto que foram estabelecidos critérios objetivos acerca da função social da propriedade. Ainda em 1964, outra lei ordinária foi importante para a garantia da moradia em nosso país, a Lei nº 4.380/1964, chamada lei do Sistema Financeiro de Habitação de Interesse Social. Em seu artigo 9º, a lei prevê

Artigo 9º - Todas as aplicações do sistema, terão por objeto, fundamentalmente a aquisição de casa para residência do adquirente, sua família e seus dependentes, vedadas quaisquer aplicações em terrenos não construídos, salvo como parte de operação financeira destinada à construção da mesma.

A Constituição de 1967 foi igualmente influenciada e trouxe, de forma clara, no artigo 157, inciso III, a função social da propriedade. Ainda, ela garante o direito de propriedade, exceto em caso de desapropriação por utilidade pública ou interesse social. A Constituição de 1969 faz menção à função social da propriedade, ao salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades do trabalhador e da sua família, e a possibilidade de desapropriação para fins de reforma agrária.

### **3.2 O direito à moradia como direito fundamental na Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal de 1988 representa um marco jurídico de transição para o regime democrático, expandindo de forma significativa o campo dos direitos e garantias fundamentais. Já em seu Preâmbulo, a Constituição revela a estruturação de um Estado democrático de direito, objetivando assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, o bem-estar, a igualdade e a justiça, como valores norteadores de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos (PIOVESAN, 2008, p. 25).

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito, dá-se destaque a cidadania e a dignidade da pessoa humana, referidos ao artigo 1º, incisos II e III, da Constituição. Assim, resta claro que os direitos fundamentais são elemento essencial para a realização da democracia (PIOVENSAN, 2008, p. 26).

José Afonso da Silva, nesse sentido, afirma

É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana (2000, p. 93).

É evidente, portanto, que a Constituição elegeu o valor da dignidade da pessoa humana como valor primordial. Os valores constitucionais, por sua vez, compõem fundamento básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico, para guiar e orientar a interpretação do texto constitucional e, por fim, para auferir a legitimidade das diversas manifestações do sistema de legalidade. Assim sendo, a dignidade humana dá unidade de sentido à Constituição. Para Paulo Bonavides, “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana” (2001, p. 233).

O direito à moradia é integrado de forma expressa ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, passando a constar no artigo 6º da Constituição Federal, junto a outros direitos fundamentais sociais, como educação, saúde, trabalho, segurança e previdência social. O referido artigo constitucional dispõe o seguinte

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

No entanto, tal inclusão não implica que, antes, o direito à moradia adequada não fosse, de certa forma, tutelado pela Constituição. Conforme exposto no capítulo anterior, o direito à moradia encontra amparo em diversos tratados internacionais de

direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. A Constituição Federal de 1988 elenca, em seu artigo 4º, inciso II, o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental a reger o Estado nas relações internacionais. Esse princípio implica o engajamento do Brasil no processo de elaboração de normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, o empenho pela plena integração dessas normas ao ordenamento jurídico interno e, também, o compromisso de contrapor-se aos Estados violadores de direitos humanos (PIOVESAN, 2008, p. 40).

Ademais, os direitos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos são, também, direitos materialmente fundamentais, em decorrência do alcance da previsão do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, que determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, o dos tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte” (FACCHINI, 2015, p. 33).

Evidencia-se, neste ponto, a existência concomitante de um conceito formal de direitos fundamentais com um conceito material. Em suma, tem-se a existência de duas espécies de direito fundamentais: os material e formalmente fundamentais e os apenas materialmente fundamentais. Os direitos formal e materialmente fundamentais são aqueles que encontram previsão no Título II do texto constitucional, enquanto que os materialmente fundamentais são aqueles não expressamente positivados, bem como os direitos constantes em outras partes da Constituição e nos tratados internacionais (SARLET, 2015, p. 143-146)<sup>2</sup>.

Pelo exposto, tendo em vista o alcance da norma contida no artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, resta clara a condição de materialmente fundamental do direito à moradia antes de sua positivação expressa no texto constitucional. Outrossim, ainda antes da Emenda Constitucional nº 26, o direito à moradia já se fazia presente, de forma não explícita, no texto constitucional, visto que ao artigo 7º, inciso V, está

---

<sup>2</sup> Cabe sinalizar, na lição de Ingo Wolfgang Sarlet, uma distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais: [...] 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 os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas 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, portanto, aspiram à validade universal, revelando um inequívoco caráter supranacional (2003, p. 2).

elencada a moradia como uma das necessidades essenciais à vida que o salário mínimo deveria suportar. Ainda, ao artigo 23, quando define as competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, indica, ao inciso IX, a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (SARLET, 2009, p. 12).

Além disso, ao artigo 183, parte do Capítulo II, chamado “Da Política Urbana”, prevê a usucapião especial urbana, em que se reconhece o domínio àquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando o espaço para sua moradia ou de sua família, e desde que não seja proprietário de outro imóvel. Há previsão em sentido semelhante, mas para os casos de área rural, ao artigo 191, destacando a necessidade de produtividade da terra. Ademais, cabe mencionar a previsão constitucional dos princípios da propriedade privada e da função social da propriedade, presentes nos artigos 170, incisos II e III, e no artigo 5º, caput, incisos XXII e XXIII, respectivamente, sendo possível afirmar a proteção do direito de propriedade é condicionado ao atendimento de sua função social (SARLET, 2009, p. 12).

De qualquer modo, o direito fundamental à moradia teria reconhecimento em decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, Ingo Sarlet realça que

No caso do direito à moradia, a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna e na medida em que a moradia cumpre esta função. Nesta perspectiva, talvez seja ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*). De fato, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida (2008, p. 67).

Nas palavras do jurista, ainda

[...] onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2015, p. 105-106).

Sendo assim, a ausência de uma habitação adequada ao indivíduo e sua família e a falta de um local que possibilite a vida saudável e o bem-estar inviabilizam uma vida plena em dignidade.

### **3.3 O direito à moradia como direito fundamental e seu conteúdo**

A inclusão expressa e formal do direito à moradia ao texto constitucional, portanto, além de encerrar qualquer questionamento acerca do reconhecimento desse direito em nível constitucional, deixa claro o compromisso do Estado brasileiro com a garantia desse direito. Em função disso, fortalece-se a exigência de uma intervenção estatal integrada e permanente. Sarlet afirma que, ainda que já houvesse menção na ordem jurídico-constitucional do direito à moradia, “a sua expressa positivação lhe imprime uma especial significação, além de colocar novas dimensões e perspectivas no que diz com sua eficácia e efetividade” (2009, p. 13).

O status de direito fundamental social conferido ao direito humano à moradia constitui um grande ganho no âmbito jurídico-político, porquanto passa a ser um forte fundamento para a reivindicação e concretização de políticas habitacionais, em especial aquelas que visam atender os indivíduos em situação de maior vulnerabilidade social. Na lição de Nelson Saule Júnior e Maria Elena Rodriguez

O direito à moradia como integrante da categoria dos sociais, para ter eficácia jurídica e social, pressupõe a ação positiva do Estado por meio de execução de políticas públicas, no caso, em especial, da promoção da política urbana e habitacional. Essa obrigação, na verdade, tem dois aspectos. Um de caráter imediato de impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificultem ou impossibilitem o exercício do direito à moradia. [...] O outro aspecto da obrigação do Estado

Brasileiro de promover e proteger o direito à moradia é de intervir e regulamentar as atividades do setor privado referente à política habitacional [...]. O Estado Brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria nas cidades brasileiras (2002, p. 112).

É necessário salientar que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade, tendo em vista que se trata de direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objetos próprios. Em casos de não cumprimento da função social da propriedade, o direito de propriedade pode ser extinto, enquanto que o direito à moradia não é passível de extinção, vez que inerente ao ser humano. Cabe, ainda, mencionar a distinção entre direito à moradia e direito à habitação. O primeiro está ligado à pessoa, aos direitos de personalidade, fundado na garantia da dignidade da pessoa humana, enquanto que o segundo é utilizado para fazer referência a questões patrimoniais ligadas ao exercício da moradia (PANSIERI, 2012, p. 26).

A Constituição Federal é silente no que toca à definição de um conteúdo para o direito à moradia. Sarlet, nesse sentido, aponta que uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição é a falta de rigor científico e de técnica legislativa adequada, principalmente no que tange a terminologia utilizada, ensejando problemas de ordem hermenêutica. A proteção do direito à moradia, constante do artigo 6º da Constituição Federal, traz em seu bojo uma moradia “genérica”, sem qualquer qualificação. Apesar dessa ausência de adjetivação do termo no texto constitucional, é lógico que disso não decorre a possibilidade de uma interpretação que considere um direito à moradia “não adequada”. De qualquer modo, a qualificação tem o poder de afastar interpretações restritivas, que possam vir a reduzir em demasia o objeto do direito à moradia (2009, p. 17).

Nesse contexto, assume lugar especial aquilo que foi disposto nos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil. Naquilo que versam sobre direitos fundamentais da pessoa humana, como anteriormente exposto, possuem hierarquia constitucional, na condição de direitos fundamentais em sentido material. Assim, na interpretação do conteúdo do direito à moradia, há que considerar os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável, no sentido de total bem-estar

físico, mental e social. Se o texto constitucional foi omissivo, deve-se fazer uso da normativa internacional (SARLET, 2009, p. 18).

Assim sendo, a concepção de moradia adequada mais completa, que indica seu conteúdo e identifica as obrigações relacionadas a sua satisfação, é aquela definida pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Comentário Geral nº 4, já referido no Capítulo anterior.

Sobre o direito à moradia, Flávio Pansieri ensina

O Direito à Moradia consolidado como Direito Fundamental e previsto expressamente como um Direito Social no artigo 6º da Constituição Brasileira, em correspondência com os demais dispositivos constitucionais, tem como núcleo básico o direito de viver com segurança, paz, dignidade e, segundo Pisarello, somente com a observância da: (i) Segurança Jurídica da Posse; (ii) Disponibilidade de Serviços e Infraestrutura; (iii) Custo de Moradia Acessível; (iv) Habitabilidade; (v) Acessibilidade; (vi) Localização e (vii) Adequação Cultural é que se pode afirmar sua plena satisfação (2012, p. 24).

Os direitos fundamentais são divididos em dimensões ou gerações: Primeira Dimensão – direitos fundamentais individuais de defesa<sup>3</sup>; Segunda Dimensão – direitos fundamentais sociais; Terceira Dimensão – direitos fundamentais difusos<sup>4</sup>.

O direito à moradia encontra-se inserido na Segunda Dimensão. Nela, os direitos nascem do antiliberalismo, vinculados ao ideal de Estado Social e intimamente ligados ao princípio da igualdade material. São definidos como direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos ou de coletividade (BONAVIDES, 2011, p. 563).

Bonavides refere que tais direitos passaram, em um primeiro momento, por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, dada sua natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais muitas vezes

---

<sup>3</sup> Os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de liberdades, os primeiros a terem previsão no instrumento normativo constitucional. Paulo Bonavides leciona que: “os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. [...] São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual” (2011, p. 564).

<sup>4</sup> Os direitos de terceira dimensão, a seu turno, são aqueles que versam, essencialmente, sobre a fraternidade. São dotados de grande teor de humanismo e universalidade. Têm por destinatário o gênero humano, não se destinando a tutelas interesses de um indivíduo ou de uma coletividade.

barradas por limitações de meios e recursos. Em seguida, foram remetidos à chamada esfera programática. Atravessaram, após, uma crise de observância e execução, encerrada, em tese, pelo preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, tornando-se tão justiciáveis quanto os de primeira dimensão (2011, p. 564).

O direito à moradia integra o rol dos limites materiais à reforma constitucional, isto é, trata-se de cláusula pétrea, nos termos do que dispõe o artigo 60, §4º, da Constituição Federal. Os direitos fundamentais sociais possuem uma vinculação íntima com a concepção de Estado social consagrada pela Constituição, assim, são autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Ainda, é dotado de aplicabilidade imediata, conforme prevê o artigo 5º, §1º, do texto constitucional (SARLET, 2009, p. 495).

### **3.4 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais**

Os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, dado que podem ser concebidos como direitos subjetivos individuais ou objetivos. A análise dessa dupla visão dos direitos fundamentais é importante para a compreensão da importância e das funções exercidas pelos direitos fundamentais (FACCHINI, 2015, p. 69).

A abordagem a partir unicamente da perspectiva subjetiva predominava durante o constitucionalismo liberal. Para essa perspectiva, importa tão somente identificar que pretensões jurídicas podem ser exigidas pelo indivíduo em face do Estado. Na expressão de Andrade, “direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular” (2004, p. 119, apud FACCHINI, 2015, p. 71). Para Canotilho, “uma norma garante um direito subjectivo quando o titular de um direito tem, face ao seu destinatário, o “direito” a um determinado acto, e este último tem o dever de, perante o primeiro, praticar esse acto” (1992, p. 543).

De maneira geral, ao fazer referência aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, deve ter clara a noção de que ao titular de um direito fundamental é facultada a imposição pela via judicial de seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário. Essa noção de exigibilidade judicial pode implicar dúvida

acerca da própria existência de um direito subjetivo quando este não puder ser exigido perante o Judiciário (SARLET, 2015, p. 177).

Em suma, a plenitude da dimensão subjetiva somente ocorre quando ao particular for outorgada a faculdade de reclamar a concretização do direito. Todavia, isso não impede que se reconheça às normas definidoras de finalidades e incumbências do Estado ou normas impositivas uma dimensão jurídico-subjetiva. Canotilho, acerca do significado jurídico como direitos subjetivos dos direitos sociais, diz que as normas consagradoras desses direitos impedem que seja atribuída às normas legais uma interpretação que as contrarie, além de darem oportunidade a um juízo de inconstitucionalidade por omissão quando o Estado não as efetivar (1992, p. 543).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais resulta, em essência, na garantia jurídica de um bem proporcionado pela imposição de deveres jurídicos objetivos ao Estado. Essa dimensão permite, ainda, o reconhecimento de que os direitos fundamentais impõem certas prestações ao Estado e consagram valores sociais. Sarlet leciona que os direitos fundamentais não mais se limitam à função precípua de defesa do indivíduo contra atos do Poder Público, mas “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico”, oferecendo, ainda, diretrizes para os três poderes estatais. Vez que exprimem valores essenciais de uma ordem jurídica democrática, os efeitos dos direitos fundamentais devem se irradiar para todo o ordenamento jurídico (2015, p. 181).

Os direitos fundamentais, vistos sob uma dupla perspectiva, exercem variadas funções na ordem jurídica, o que deriva “tanto das consequências atreladas à faceta jurídico-objetiva, quando da circunstância de existir um leque de posições jurídico-subjetivas que, em princípio, integram a assim denominada perspectiva subjetiva” (SARLET, 2015, p. 181). No mesmo sentido, a posição de Canotilho, que sustenta que não é mais possível atribuir aos direitos fundamentais uma dimensão apenas subjetiva ou, ainda, uma única função direcionada à proteção da esfera livre e individual de cada pessoa, visto que hoje se atribui aos direitos fundamentais uma multifuncionalidade (1992, p. 552).

A multifuncionalidade dos direitos fundamentais justifica-se pela análise da perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Essa teoria, no entanto,

não é nova, e tem sua origem nos estudos de Jellinek, datados do século XIX. Pansieri relata tais estudos, ensinando que Jellinek afirma que cada indivíduo está vinculado com o Estado em diferentes situações jurídicas definidas como *status*, seja como sujeito de deveres ou como titular de direito. São 4 *status*: o passivo, o negativo, o positivo e o ativo (2012, p. 72).

No *status* passivo o indivíduo encontra-se submetido ao Estado dentro de sua esfera de dever individual, sendo mero detentor de deveres e não de direitos. O *status* negativo relaciona-se à ideia de personalidade do indivíduo, consistindo numa esfera individual de liberdade na qual o Estado não pode adentrar, sendo apenas limitada pela lei. No *status* positivo são assegurados ao indivíduo as possibilidades jurídicas de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. Por fim, o *status* ativo traz o cidadão como titular de competências que lhe garantem a possibilidade de participar ativamente da formação da vontade estatal (PANSIERI, 2012, p. 73).

Para Robert Alexy, os direitos fundamentais são classificados quanto às suas diferentes funções em dois grupos: os direitos de defesa, de *status* negativo, na Teoria de Jellinek; e os direitos prestacionais em sentido amplo, de *status* positivo, na Teoria de Jellinek. Os direitos fundamentais de defesa têm o condão de assegurar a esfera de liberdade individual frente às intervenções do Estado, caracterizando-se como direitos de ações negativas do Estado. Os direitos fundamentais de ações positivas do Estado são, por sua vez, de caráter prestacional (PANSIERI, 2012, p. 74-75).

Os direitos fundamentais de defesa são direitos dos cidadãos frente ao poder público a omissões do Estado, ligados à concepção liberal clássica dos direitos fundamentais. Para Sarlet

Os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes público, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições (2015, p. 175).

Canotilho ensina que a função dos direitos de defesa tem dupla perspectiva, visto que constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa

para o Poder Público, limitando as ingerências deste na esfera individual; e implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais e exigir omissões do Estado (1992, p. 552). Sarlet adverte que a função defensiva não exige o afastamento total do Estado, mas tão somente limita a intervenção ao preenchimento de pressupostos de caráter material e procedimental (2015, p. 175).

Eles podem ser divididos em três categorias. A primeira trata do direito ao não impedimento de ações, ou seja, são os direitos dos cidadãos frente o Estado no sentido de que não haja obstáculo à determinada ação do titular do direito. A segunda remete aos direitos a não afetação de propriedades e situações. A terceira categoria, por fim, traz os direitos a não eliminação, por parte do Estado, de normas e posições jurídicas que servem de fundamento e garantia de um direito (SARLET, 2015, p. 190).

Os direitos de defesa, via de regra, tem maior identificação com os direitos fundamentais de primeira dimensão. Isso, no entanto, não impede que os direitos sociais também sejam contemplados no rol dos direitos defensivos. O direito fundamental à moradia, assim como os demais direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal, possui também uma função defensiva, o que determina que o Estado e particulares respeitem a moradia alheia, de modo que a eventual violação desse direito é passível de impugnação em juízo. O próprio reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso já constitui, por si só, uma demonstração inequívoca da dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais (PANSIERI, 2012, p. 79).

Os direitos prestacionais, a seu turno, são aqueles que exigem uma ação positiva do Estado, sendo ela fática ou normativa. Estão vinculados à concepção de que ao Estado incumbe a garantia da liberdade mediante uma postura também ativa, e não só negativa, tendo seu surgimento com a falência do modelo de Estado liberal (PANSIERI, 2012, p. 84).

Eles dividem-se em três espécies. A primeira trata dos direitos à proteção, sendo os direitos do titular frente ao Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros. Neste caso, a prestação pode ser normativa, criminalizando determinada conduta, por exemplo, ou fática, criando um sistema de monitoramento preventivo. Os direitos de proteção são direitos frente ao Estado para que este se

imponha de forma a coibir que terceiros não promovam certos atos contra o titular do direito. A segunda espécie diz dos direitos à organização e procedimento, sendo os direitos fundamentais são ao mesmo tempo dependentes da organização e do procedimento, como também serviram de parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, ademais, como diretrizes à aplicação e interpretação das normas procedimentais (PANSIERI, 2012, p. 78-80). Sarlet ressalta

O fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental; além disso, importa considerar que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação (no sentido de atuação conjunta e ordenada) por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, em regra de natureza normativa (2015, p. 203).

No âmbito dos direitos sociais, mais especificamente no que toca ao direito à moradia, Flávio Pansieri refere como exemplo a necessidade da instituição de um sistema nacional de habitação como garantia do direito à moradia, que atualmente já se encontra implantado pela Lei nº 10.840/2005 e pela Lei nº 11.124/2005 (2012, p. 82).

A terceira espécie, por fim, trata dos direitos à prestação em sentido estrito. Estes são direitos a prestações devidas ao indivíduo, nas quais o Estado deverá promover uma ação concreta, na qual, se o indivíduo possuísse recursos poderia ele próprio obtê-los dos particulares. Eles se confundem com os direitos fundamentais sociais e buscam proteger uma liberdade fática, vez que, sem essa, a liberdade jurídica resta sem significado para as liberdades formais. Os direitos fundamentais de prestação, diversamente dos de defesa, buscam a possibilidade de uma igualdade material, que possibilitará uma liberdade paritária que somente será possível por meio de medidas que possibilitem a igualdade de oportunidades expressas nos direitos sociais (PANSIERI, 2012, p. 83).

Por fim, tem-se que dentro dos direitos prestacionais, existem direitos originários e derivados. Os originários revelam sua existência nas situações de garantia constitucional de certos direitos; de reconhecimento simultâneo do dever do

Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; e de faculdade de o cidadão exigir, imediatamente, prestações constitutivas desses direitos. Eles determinam uma conduta a ser adotada pelo legislador e pelo executivo. Ao judiciário é imposta uma interpretação adequada aos dispositivos constitucionais (PANSIERI, 2012, p. 84).

Os derivados, por sua vez, estão relacionados aos direitos já colocados à disposição da sociedade, quando o Estado cumpre sua parcela de responsabilidade na realização dos direitos sociais. Além da garantia aos cidadãos a utilização adequada dos serviços públicos, também traduz a impossibilidade de retrocesso desses direitos (PANSIERI, 2012, p. 85).

O direito à moradia como direito prestacional revela que mediante a edição de medidas legislativas, o Estado promove a proteção efetiva do direito ou viabiliza a sua concretização. Além disso, pode-se garantir o acesso à uma habitação adequada mediante a implementação de políticas públicas no campo habitacional, articulando prestações normativas e fáticas por parte do Estado.

### **3.5 O direito à moradia na legislação infraconstitucional**

A Lei nº 4.380/1964 instituiu o Sistema Financeiro de Habitação e criou o Banco Nacional de Habitação como ferramenta de intervenção no setor habitacional, objetivando facilitar e promover a aquisição de moradia, principalmente pelas classes de baixa renda da população.

A Lei nº 6.766/1979 dispõe que o parcelamento do solo urbano pode ser feito por meio de loteamento ou desmembramento, formado por subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação. Em seu artigo 2º, §5º, define a estrutura básica de um terreno como equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, redes de esgoto sanitário e abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e com vias de circulação.

A Lei nº 8.009/1990 versa sobre a impenhorabilidade do bem de família, impondo limites à responsabilização patrimonial do devedor, impedindo a perda do imóvel utilizado para moradia, evidenciando a prevalência do direito à moradia em relação ao direito do credor de saldar dívida. Sendo imóvel rural, a

impenhorabilidade é da sede de moradia e móveis que guarnecem a residência, ou da pequena propriedade rural nos casos de pagamento de débitos frutos de atividade produtiva.

Na lição de Pisarello, a ligação da moradia com seu entorno e com o contexto urbanístico em geral é inevitável (2003, p. 84, apud FACCHINI, 2015, p. 35). As cidades, mesmo servindo de local de moradia para a maioria da população, não oferece condições e oportunidades equitativas aos seus habitantes. Boa parte da população urbana encontra limitações ao exercício de seu direito à moradia adequada. É nesse contexto que ganha destaque a questão do “direito à cidade”.

Para Lefebvre,

A cidade sempre teve relação com a sociedade no seu conjunto, com sua composição e seu funcionamento, com seus elementos constituintes (campo e agricultura, poder ofensivo e defensivo, poderes políticos, Estados etc.), com sua história. Portanto, ela muda quando muda a sociedade no seu conjunto (2008, p. 51).

No Brasil, o direito à cidade encontra previsão no artigo 182 da Constituição Federal, que traz como um dos objetos da política urbana o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, regulamentou o texto constitucional neste tema. No plano normativo, o Estatuto consolida e amplia a competência jurídica e a ação dos entes públicos acerca da formulação de diretrizes de planejamento urbano e da condução do processo de gestão das cidades, além de regulamentar o direito à terra urbanizada, com serviços essenciais de infraestrutura, e a segurança da posse. Essa lei traz como princípios norteadores o planejamento participativo, a gestão democrática da cidade e a função social da propriedade.

O Estatuto acolhe expressamente o direito à moradia em seu artigo 2º, inciso I, como um dos direitos elementares ao conteúdo do direito a cidades sustentáveis. Em seu inciso XIV, há disposição sobre a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, por meio do estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, levando em conta a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Nesse norte, são criados o Ministério das Cidades e a Política Nacional de Desenvolvimento Urbano (PNDU) que, para Ermínia Maricato, tinha a finalidade de

[...] construir uma nova “cultura” para ocupar um vazio de propostas práticas abrangentes, dar espaço para a emergência dos conflitos, constituir pactos em torno de conceitos, programas e linhas de ações. Buscou-se edificar um espaço público participativo que pudesse resistir à cultura de privatização da espera pública, bem como ao avanço das imposições anti-sociais da globalização. A abertura de espaços democráticos nos quais os conflitos possam se expressar não é algo banal na história do país. Trata-se de uma mudança que pode desencadear novas e sucessivas transformações (MARICATO, 2006, p. 215).

A Lei nº 11.124/2005 dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social e institui um Conselho Gestor, para os fins de, conforme prescrito em seu artigo 2º,

- I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;
- II – Implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e
- III – articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

A Lei nº 11.977/2009 dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, tendo sido posteriormente alterada em partes pela Lei nº 12.424/2011. Ela define o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) tendo como objetivo a promoção da produção ou aquisição de novas unidades habitacionais ou a qualificação de imóveis urbanos, conforme estabelece seu artigo 4º. Os empreendimentos em questão, nos termos do artigo 5º-A, devem observar os seguintes critérios

- I – localização do terreno na malha urbana ou em área de expansão que atenda aos requisitos estabelecidos pelo Poder Executivo federal, observado o respectivo Plano Diretor, quando existente;
- II – adequação ambiental do projeto;
- III – infraestrutura básica que inclua vias de acesso, iluminação pública e solução de esgotamento sanitário e de drenagem de águas pluviais e permita ligações domiciliares de abastecimento de água e energia elétrica; e
- IV – a existência ou compromisso do poder público local de instalação ou de ampliação dos equipamentos e serviços relacionados a educação, saúde, lazer e transporte público.

Por fim, o Código Civil aos artigos 1.228, 1.238 e 1240, dispõe sobre a função social da propriedade e a desapropriação. O artigo 1.228, em seu §1º, estabelece que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com seus fins econômicos e sociais e de modo que sejam observadas as questões ambientais. Aos §§ 3º e 4º, dispõe que o proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente e, além dessas situações, também poderá ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por prazo fixado, de considerável número de pessoas, que realizem obras e serviços de interesse social e econômico relevante. O artigo 1.238, por sua vez, traz a seguinte disposição

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

E o artigo 1.040, por fim, diz que aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

É perceptível o interesse do legislador na criação de instrumentos jurídicos que assegurem a oferta de habitação adequada para a população, sem descuidar de questões sociais, econômicas, urbanas e ambientais.

## **4 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA E AS PERSPECTIVAS DA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL**

Este capítulo se destina, em um primeiro momento, a situar o problema da garantia do direito à moradia no contexto brasileiro. Posteriormente, passa-se à análise desse direito sob as perspectivas da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível, tendo em vista o compromisso do Estado com o princípio da dignidade humana. Por fim, trata-se brevemente da vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, com referência a alguns julgados.

### **4.1 O problema da garantia do direito à moradia no Brasil**

O processo de urbanização brasileiro ocorreu, praticamente, somente no século XX. No entanto, a urbanização não foi capaz de suplantiar alguns traços dos períodos colonial e imperial, marcados pela concentração de terra, renda e poder, e pela aplicação da lei, por vezes, arbitrária (MARICATO, 2003, p. 151).

No início do século XX, as cidades brasileiras eram vistas como a possibilidade de avanço e modernidade em relação ao campo. Após a revolução de 1930, com as políticas estatais, dá-se início a um processo de urbanização e industrialização simultâneas, sob o lema da ordem e do progresso. Ermínia Maricato assinala que, nesse período,

[...] as mudanças políticas havidas [...], com a regulamentação do trabalho urbano (não extensiva ao campo), incentivo à industrialização, construção da infra-estrutura industrial, entre outras medidas, reforçaram o movimento migratório campo-cidade (2003, p. 152).

No entanto, ao fim do século XX, o que se percebe é que aquelas oportunidades que existiam ao início do século, como a inserção econômica e melhoria de vida, já não são mais realidade. O que se vê é a extensão das periferias urbanas, que, a partir dos anos de 1980, apresentam maior crescimento do que as

áreas centrais, ficando evidente a segregação espacial (MARICATO, 2003, p. 152-153).

Na segunda metade do século XX, é mais intenso o processo de crescimento das periferias, sobretudo em razão dos projetos de remoção das favelas centrais, que ocorreram em virtude dos planos de modernização, embelezamento e controle dos núcleos urbanos (SILVA, 2006, p. 133). Henry Lefebvre afirma que a classe operária, rejeitada dos centros para as periferias

[...] é vítima de uma segregação, estratégia de classe permitida pela explosão das antigas morfologias. A antiga miséria proletária se atenua e tende a desaparecer nos grandes centros industriais. Uma nova miséria se estende, que toca principalmente o proletariado [...]: a miséria do habitat. [...] Para aqueles que ainda duvidariam de sua existência como classe, a segregação e a miséria de seu “habitar” designam na prática a classe operária (2008, p. 138).

No início do século XXI, em que a maioria significativa da população brasileira é urbana, a imagem das cidades, especialmente das metrópoles, se apresenta marcada pela violência, enchentes, poluição do ar e das águas, favelas, e outros problemas sociais e ambientais. Ermínia Maricato ensina que

“[...] o avassalador processo de urbanização foi acompanhado da modernização no modo de vida, no ambiente construído, nas comunicações, sem deixar, entretanto, de reproduzir seu lado arcaico. Isto é, a modernização e apenas para alguns; a cidadania e os direitos, idem” (2003b, p. 78).

Nesse contexto, a segregação urbana configura-se como elemento essencial à produção de desigualdade social. À dificuldade de acesso aos serviços e infraestrutura urbanos, somam-se a menos oportunidades de emprego, sobretudo o emprego formal, e mais proximidade à violência, discriminação racial, discriminação de gênero, além da dificuldade de acesso à justiça. Nas áreas desprezadas pelo mercado imobiliário, desprovidas de segurança ambiental, é onde a população pobre se instala, como nas encostas dos morros e beira de viação férrea. Na cidade, a invasão de terras é uma regra, e não uma exceção. No entanto, esse processo não se dá pelo desapego ou afronta à lei, mas sim pela falta de alternativas (MARICATO, 2013b, p. 79).

A intervenção estatal insuficiente no campo habitacional acaba “empurrando” uma parte da população brasileira para morar em áreas afastadas dos núcleos urbanos, afinal, nessas regiões periféricas há maior disponibilidade de terras para serem adquiridas a preço acessível ou para serem ocupadas clandestinamente, sem que se leve em conta se são aptas ao fim habitacional (SILVA, 2006, p. 112).

O Censo Demográfico de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), revela dados bastante esclarecedores acerca desta problemática. No que toca ao déficit habitacional, calculado pela soma dos componentes domicílios precários, coabitação familiar, ônus excessivo com aluguel e adensamento excessivo de domicílio alugado, o Censo aponta que o Brasil tem um déficit de 6,490 milhões de unidades. Cerca de 70% está localizado nas regiões Sudeste e Nordeste.

O estudo indica que 11.425.644 de pessoas vivem em aglomerados subnormais, nome técnico dado pelo Instituto às periferias ou outros assentamentos irregulares, o que representa cerca de 6% da população. Esses aglomerados subnormais caracterizam-se como locais com, no mínimo, 51 domicílios, marcados pela carência de serviços públicos adequados e de qualidade, dispostos de forma densa e desordenada.

Além disso, é apontado que apenas 52,5% dos domicílios brasileiros têm abastecimento de água, esgoto sanitário ou fossa séptica, coleta de lixo e até dois moradores por dormitório, condições consideradas adequadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Segundo os dados do Censo Demográfico de 2010, são 30 milhões de domicílios brasileiros que possuem essas características, de um total de 57,3 milhões. O levantamento mostra que 2,3 milhões de moradias, cerca de 4,1%, não apresentam nenhuma dessas condições.

Outro dado relevante é sobre a cor e os rendimentos dos moradores. Cerca de 63% dos brancos vivem em domicílios adequados. Por outro lado, no que toca aos moradores negros e pardos, os índices caem para 45,9% e 41,2%, respectivamente. O estudo indica que, na época de sua realização, o rendimento médio do domicílio adequado era em torno de R\$ 3.537,95. O ganho das moradias semi adequadas era de R\$ 1.746,35. O das moradias inadequadas, por sua vez, era de R\$ 708,94.

Além disso, a crise econômica que atualmente atinge o Brasil contribui para o agravamento do problema da moradia. Conforme demonstra pesquisa realizada em 2016 e 2017 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o desemprego atinge 13,5 milhões de brasileiros, com taxa de 13,2%, a mais alta desde 2012. Ademais, o ajuste fiscal realizado pelo governo federal estabeleceu cortes de verba de programas sociais, como é o caso do Minha Casa, Minha Vida, importante política habitacional da atualidade.

Frente à essa realidade de problemas habitacionais e de desigualdades social e econômica, fica evidente a violação do direito humano fundamental à moradia de milhões de pessoas, que vivem em condições inadequadas e tem, diariamente, a sua dignidade atacada. Assim sendo, para que se vislumbre um modo de reverter esse processo, faz-se necessária uma reflexão acerca da efetivação dos direitos sociais.

#### **4.2 A garantia do mínimo existencial**

Na lição de Sarlet, foi o alemão Otto Bachof o primeiro jurista a suscitar a possibilidade de reconhecimento de um mínimo existencial, em 1950, ao afirmar que o princípio da dignidade humana prevê, além da garantia à liberdade, uma segurança social mínima, visto que, privado dos recursos materiais para uma existência digna, a dignidade humana seria violada, o que foi posteriormente recepcionado pelo Tribunal Federal Administrativo da Alemanha, na decisão *BVerwGE I, 159*, de 1954 (2015, p. 326).

Ana Paula de Barcellos ensina que, no início do século XX, ficou evidente que o homem idealizado pelo liberalismo, cuja única necessidade era sua liberdade, já não existia mais, posto que eram necessárias condições materiais mínimas, como educação, saúde e moradia para que fosse assegurada uma vida digna. Desde então, esses direitos fundamentais são introduzidos ao ordenamento jurídico, imperativos da dignidade humana, com o intuito de garanti-los. No entanto, o que se vê

[...] é que a mera positivação desses direitos ainda não foi capaz de dar solução real e final ao problema. Tanto assim que a sociedade contemporânea (de forma mais grave nos países em desenvolvimento e subdesenvolvidos, embora o fenômeno não seja desconhecido das grandes potências) continua a conviver com um contingente humano que dispõe de um arsenal de direitos e garantias assegurados pelo Estado, mas simplesmente não tem como colher esses frutos da civilização (2002, p. 15-16).

Não há, na legislação brasileira, um conceito de mínimo existencial e tampouco a doutrina, no que diz de uma definição do mínimo existencial, possui consenso, mas chegam a resultados bastante próximos, que, para Flavio Pansieri, se pode resumir na garantia do núcleo essencial dos direitos sociais tocados pela dignidade da pessoa humana, que não pode sofrer intervenções do Estado e que existe prestações estatais positivas (2012, p. 172).

Antônio Augusto Cançado Trindade observa que também no âmbito do Direito Internacional inexistente um consenso acerca do conteúdo concreto do mínimo existencial

É significativo que já se comece hoje a considerar o que constituiria um “núcleo fundamental” de direitos econômicos, sociais e culturais. Há os que, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, argumentam que tal núcleo seria constituído pelos direitos ao trabalho, à saúde e à educação. Em recentes reuniões internacionais de peritos também se tem referido, como possíveis componentes daquele núcleo, aos chamados “direitos de subsistência” (e.g., direito à alimentação, direito à moradia, direito aos cuidados médicos e direito à educação). Os debates apenas têm início, e certamente se prolongarão no decorrer dos próximos anos neste início do novo século (1997, p. 493, apud MATSUDA, 2011, p. 15).

Ingo Sarlet foge do termo mínimo existencial, utilizando o termo “direto à garantia a uma existência digna”. Ele parte da análise da dignidade humana como fundamento da garantia de uma existência digna de todos os indivíduos, definindo a jusfundamentalidade dos direitos fundamentais sociais prestacionais ao salário mínimo, à assistência social, ao direito à previdência social, à educação e à moradia. Ensina o autor

[...] na base dos direitos sociais aqui versados e expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo [...], mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade. Não podemos esquecer que a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, inc. III, da CF), foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, caput, da CF) (2015, p. 318).

A Constituição Federal de 1988 tem como princípio fundamental a dignidade humana, que deve pautar toda a aplicação e interpretação legal, o que confere proteção aos direitos sociais. Apesar de não trazer de forma expressa a garantia do mínimo existencial, ela encontra-se implícita em seus artigos 1º, inciso III, e 3º, inciso III, bem como em seu artigo 5º.

Especificamente quanto ao direito à moradia, Sarlet ensina que ainda antes de sua inclusão ao artigo 6º da Constituição Federal já era reconhecida a sua decorrência em face da dignidade da pessoa humana e como garantia de uma existência digna

De qualquer modo, tendo em conta a circunstância de que a moradia (como, de resto, já anunciado pelo próprio Constituinte no dispositivo versando sobre o salário-mínimo) guarda conexão direta com as necessidades vitais da pessoa humana, e, por conseguinte, também com as condições materiais básicas para uma vida com dignidade, já se poderia, a exemplo do que fez o Conselho Constitucional da França, partir da premissa de que a nossa ordem constitucional vigente já consagrava um direito fundamental implícito à moradia. Por seu caráter existencial e expressão do próprio direito à vida, o direito à moradia ocupa lugar similar ao direito à alimentação, e, portanto, integra aquilo que na esfera internacional tem sido designado de um direito a um adequado padrão de vida (2015, p. 343-344).

O mínimo existencial assume fundamental importância nas situações em que o Estado utiliza o argumento da reserva do possível para impor restrições à efetivação dos direitos fundamentais sociais, dado que mínimo existencial demarcará aquilo que não poderá ser objeto de restrições, sob pena de inviabilizar a vida digna do indivíduo titular do direito. A interpretação dos direitos sociais deve dar-se à luz do princípio da dignidade humana, que estabelece um mínimo essencial, indicando que a vida digna de um indivíduo não poderá ser violada por outros interesses do Estado. Ana Carolina Lopes Olsen, nesse ponto, assinala que

Assim, pode-se dizer que a norma de direito fundamental social pode ser restringida até o limite de suficiência da prestação material demandada, a fim de garantir a realização mínima pretendida. É justamente para garantir esta “realização mínima” que a noção de mínimo existencial assume especial importância na ponderação entre direitos fundamentais sociais e reserva do possível (2008, p. 326, apud MATUSA, 2011, p. 19).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no artigo 25, também faz referência ao mínimo existencial

Artigo 25 - Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a 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 (ONU, 1948).

O Comentário Geral nº 3 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no item 10, trata especificamente do mínimo existencial, dispondo que é incumbência de cada Estado-parte estabelecer um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais dos direitos sociais. Se o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais fosse interpretado no sentido de não estabelecer um núcleo mínimo de obrigações, não teria razão de existir. Além disso, assinala que o artigo 2º do Pacto obriga cada Estado-parte a tomar as medidas necessárias “até o máximo de seus recursos disponíveis”, sendo que, para que se possa alegar que o fracasso em atender ao núcleo mínimo de obrigações se deu por falta de recursos, o Estado deve demonstrar o esforço feito para usar todos os recursos disponíveis para a satisfação dessas obrigações mínimas (ONU, 1990).

Cabe, nesse ponto, retomar aquilo que a ONU, ao Comentário Geral nº 4, emitido pelo Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabeleceu como elementos básicos para que uma moradia seja considerada digna. São eles, em suma, a segurança da posse como que garantia da proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças; a disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura, tais como água potável, saneamento básico e iluminação; o custo razoável, que não comprometa o exercício de outros direitos dos

ocupantes; a habitabilidade, compreendida pela segurança física e estrutural e pela proteção contra eventos naturais, como o frio e a chuva; a acessibilidade; a localização próxima a oportunidades de emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais; e a adequação cultural, sendo aquela que leva em conta a expressão da identidade cultural de seus habitantes (ONU, 1991).

Tomando o direito à moradia na sua perspectiva prestacional, no Brasil, por exemplo, tem-se o fato da existência de muitas áreas de sub-habitação que são desocupadas sem nenhum projeto habitacional que trate do destino das famílias que ali residiam. Neste caso específico, o dever do executivo inicia-se na elaboração do orçamento, que deverá prever os possíveis custos para o alojamento das pessoas que vivem nestas áreas em caso de ordem judicial, tal como dispõe o artigo 5º, inciso III, da Lei Complementar nº 101/2000. Referido dispositivo exige do Executivo em última análise, ligando a ideia de orçamento com o direito à moradia, uma ação preventiva para a alocação dos habitantes das áreas invadidas em caso de desocupação (PANSIERI, 2012, p. 174).

O mínimo existencial é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todos os seres humanos têm direito, constituindo núcleo irredutível da dignidade humana. Representa, portanto, limite às interferências realizadas pelo Estado. É núcleo básico da norma programática consagradora da dignidade da pessoa humana e, enfim, não se sujeita à cláusula da reserva do possível (BARCELLOS, 2002, p. 45)

O que se observa, em suma, é que o direito à moradia, como núcleo essencial da dignidade humana, deve ser tutelado na perspectiva do mínimo existencial. Ao poder público, além da obrigação de tutelar esse direito, impõe-se a obrigação de promover ações de efetivação dele, sob a observância de que, quanto mais essencial é a prestação ligada ao direito, mais excepcional deve ser a razão para que ela não seja realizada.

### **4.3 A cláusula da reserva do possível**

A cláusula da reserva do possível é utilizada como argumento de defesa do Estado em situações em que se pleiteia a prestação positiva referente a algum

direito fundamental social. Em síntese, objetiva adequar as pretensões dos cidadãos titulares de um direito social às possibilidades financeiras do Estado.

A teoria da reserva do possível apresenta-se como uma criação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que, em 1973, ao julgar uma ação em que se impugnava a limitação de vagas no ensino superior de medicina, decidiu pela impossibilidade de garantir o acesso universal ao ensino superior, sob a justificativa de que não haveria recursos orçamentários suficientes. Este precedente foi denominado *numerus clausus I* (*BVerfGE 33, 303*, de 1973) e a teoria nele esboçada passou a ser frequentemente invocada no contexto social, político e econômico do pós Segunda Guerra Mundial, da globalização e do neoliberalismo (PANSIERI, 2012, p. 170).

Nesse precedente, a Corte Constitucional Alemã decidiu que não seria possível garantir acesso universal ao ensino superior, diante da escassez dos recursos orçamentários. Refutou, portanto, a tese de que o Estado teria a obrigação de criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a todos os candidatos. Não seria razoável assegurar esse direito caso isso demandasse do Estado esforços que implicassem prejuízo em outras áreas públicas (PANSIERI, 2012, p. 171).

Posteriormente, dois outros julgamentos do Tribunal Constitucional Federal Alemão reafirmaram o postulado da reserva do possível. São eles a “decisão das universidades” (*BverfGE 35, 79*, de 1973), na qual restou definido que o direito à participação de diversos setores em órgãos colegiados das universidades deveria ser condicionado à reserva do possível, compreendida como aquilo que se revela razoável o indivíduo esperar da sociedade; e o precedente conhecido como *numerus clausus II* (*BverfGE 43, 291*, de 1977), no qual foi decidido que o direito subjetivo de escolha da profissão e do local de formação devem estar condicionados aos requisitos de admissão previstos para cada universidade e ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (MATSUDA, 2011, p. 06).

Hoje, no Brasil, o argumento da reserva do possível é suscitado em contendas judiciais acerca da implementação de direitos fundamentais sociais, em que o Estado busca esquivar da responsabilidade pela efetivação desses direitos, ou limitá-los, sob a justificativa da insuficiência de recursos financeiros. Nessa ótica, os recursos públicos são limitados e insuficientes para que se atenda às demandas

sociais integralmente, e, por isso, o Estado poderia, no âmbito da discricionariedade administrativa, realizar escolhas, impedindo a exigibilidade do direito (MATSUDA, 2011, p. 06).

O direito à moradia como direito prestacional tem como objeto a destinação de prestações estatais para sua satisfação, criando, destinando ou distribuindo bens materiais ou serviços, surgindo aqui sua dimensão econômica. Ingo Sarlet leciona que, para grande parte da doutrina, os direitos sociais a prestações, têm o custo como foco central de tratamento, limitando sua eficácia e efetivação, “dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas”. Ademais, afirma a existência de direitos prestacionais neutros, que não impliquem aplicação de recursos, no sentido de que há prestações materiais condicionadas ao pagamento de taxas e tarifas públicas, além de outras que se restringem ao acesso aos recursos já disponíveis. Ressalva o autor que, mesmo nesse caso, há a dimensão econômica de forma indireta (2015, p. 281).

Canotilho refere-se à reserva do possível como a expressão de que só existem direitos sociais quando existir dinheiro nos cofres públicos, e se estes direitos se encontram condicionados à existência de recursos, equivale dizer que não há nenhuma vinculação jurídica. Como atenuante a esta constatação de ineficácia dos direitos sociais na perspectiva prestacional, o autor conduz a uma única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais, a garantia do mínimo social (1992, p. 481).

Na concepção de Sarlet, a reserva do possível, especialmente se compreendida em sentido amplo, apresenta uma dimensão tríplice

[...] que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (2009, p. 503).

Ana Carolina Lopes Olsen afirma que a limitação da reserva do possível não é inerente ao direito fundamental, mas é consequência das opções políticas realizadas pelo Estado. A reserva do possível deve ser considerada um elemento externo à norma de direito fundamental. Assim, não seria possível definir, de forma abstrata, as prestações abrangidas por determinado direito, vez que isso só poderia ser definido no caso concreto. Ademais, assevera que

[...] A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito (2008, p. 195, apud MATSUDA, 2011, p. 7).

O Comentário Geral nº 3 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já mencionado anteriormente, ao item 11, em complemento ao disposto no item 10 acerca da necessidade de que o Estado evidencie que, ao não conseguir satisfazer um direito social por restrições de recursos disponíveis, esforçou-se até seus limites para atender ao núcleo mínimo de suas obrigações, estabelece que, ainda que seus recursos disponíveis sejam insuficientes

[...] a obrigação do Estado-parte permanece no sentido de se esforçar para assegurar o mais amplo gozo possível de direitos relevantes de acordo com as circunstâncias predominantes. Além disso, as obrigações para monitorar a extensão da realização, ou mais especialmente da não realização, de direitos econômicos, sociais e culturais e para planejar estratégias e programas para promoção desses direitos, não são de modo algum eliminadas como resultado das restrições de recursos (ONU, 1990).

Quanto mais limitada a disponibilidade de recursos, mais necessária é a atuação responsável a respeito de sua destinação, aprimorando os mecanismos de gestão democrática do orçamento público. Além disso, cabe ao Estado o ônus de comprovar a efetiva indisponibilidade de recursos e do não desperdício daqueles existentes. Assim sendo, a teoria da reserva do possível deve ser aplicada sob a égide da razoabilidade da demanda social. Os direitos fundamentais sociais não

possuem caráter absoluto e tampouco o Estado pode estabelecer obstáculos e limites a eles de forma absoluta (SARLET, 2015, p. 370-372).

A proporcionalidade, nesse caso, deve figurar como proibição do excesso e também da insuficiência, além de atuar como parâmetro essencial de controle dos atos estatais (SARLET, 2015, p. 374). O Estado, como responsável pela efetivação dos direitos sociais, onde a insuficiência de proteção e promoção causa maior impacto, deverá observar os critérios da adequação, necessidade e da proporcionalidade, respeitando o núcleo essencial do direito, não podendo, ademais, sob a justificativa de promover algum direito, negar proteção a outro, não satisfazendo um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

#### **4.4 A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais**

Assim como os demais poderes, o Poder Judiciário também tem sua vinculação aos direitos fundamentais sociais garantida pelo artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que dispõe o seguinte

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Enquanto órgão de Estado, o Judiciário está submetido à Constituição e aos direitos fundamentais, e essa vinculação atribui ao judiciário um poder-dever de não aplicação, substituição por preceitos constitucionais e interpretação das normas inconstitucionais ou que não estejam de acordo com a Constituição (PANSIERI, 2012, p. 163).

A vinculação do Judiciário ocorre no que toca a sua função administrativa como órgão do poder público e no tocante a sua função jurisdicional. Acerca da função jurisdicional, Canotilho afirma que a vinculação dos tribunais aos direitos, liberdades e garantias efetiva-se “1) através do processo justo aplicado no exercício

da função jurisdicional ou 2) através da determinação e direção das decisões jurisdicionais pelos direitos fundamentais jurisdicionais”. A vinculação através de um processo justo está relacionada à organização e ao procedimento e quanto à determinação e direção das decisões jurisdicionais, esta não está estritamente ligada ao efeito vinculativo dos direitos fundamentais, mas sim a sua capacidade de vincular o conteúdo dos atos jurisdicionais como normas de decisão (1992, p. 446).

Referida vinculação, na lição de Ingo Sarlet, ultrapassa a simples submissão dos tribunais aos direitos fundamentais e à Constituição, mas que a estes cabe promover o controle de constitucionalidade dos atos praticados pelos demais órgãos estatais. Nesse contexto é que se tem entendido que são os próprios tribunais, “de modo especial a Jurisdição Constitucional por intermédio de seu órgão máximo, que definem, para si mesmos e para os demais órgãos estatais, o conteúdo e o sentido correto dos direitos fundamentais” (2015, p. 360).

A atividade judiciária encontra-se vinculada a institutos que configuram limites e possibilidades na implementação dos direitos sociais. Destacam-se, neste estudo, a reserva do possível e o mínimo existencial.

O Supremo Tribunal Federal, em suas decisões, tem afastado a reserva do possível, exigindo do Estado, além da alegação de insuficiência de recursos, a sua efetiva comprovação. Nesse panorama, a título de ilustração, tem-se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, de 29 de abril de 2004, com relatoria do Ministro Celso de Mello. Na ementa lê-se

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA **CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL".** VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental

promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O dispositivo vetado possui o seguinte conteúdo material: "§ 2º Para efeito do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza." O autor da presente ação constitucional sustenta que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Requisitei, ao Senhor Presidente da República, informações que por ele foram prestadas a fls. 93/144. Vale referir que o Senhor Presidente da República, logo após o veto parcial ora questionado nesta sede processual, veio a remeter, ao Congresso Nacional, projeto de lei, que, transformado na Lei nº 10.777/2003, restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto executivo. Em virtude da mencionada iniciativa presidencial, que deu causa à instauração do concernente processo legislativo, sobreveio a edição da já referida Lei nº 10.777, de 24/11/2003, cujo art. 1º - modificando a própria Lei de Diretrizes Orçamentárias (Lei nº 10.707/2003) - supriu a omissão motivadora do ajuizamento da presente ação constitucional. Com o advento da mencionada Lei nº 10.777/2003, a Lei de Diretrizes Orçamentárias, editada para reger a elaboração da lei orçamentária de 2004, passou a ter, no ponto concernente à questionada omissão normativa, o seguinte conteúdo material: "Art. 1º O art. 59 da lei nº 10.707, de 30 de julho de 2003, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos: 'Art.59 .....  
§ 3º Para os efeitos do inciso II do caput deste artigo, consideram-se ações e serviços públicos de saúde a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza. § 4º A demonstração da observância do limite mínimo previsto no § 3º deste artigo dar-se-á no encerramento do exercício financeiro de 2004.' (NR)." (grifei) Cabe registrar, por necessário, que a regra legal resultante da edição da Lei nº 10.777/2003, ora em pleno vigor, reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito, que, constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), veio a ser vetado pelo Senhor Presidente da República (fls. 23v.). Impende assinalar que a regra legal em questão - que culminou por colmatar a própria omissão normativa alegadamente descumpridora de preceito fundamental - entrou em vigor em 2003, para orientar, ainda em tempo oportuno, a elaboração da lei orçamentária anual pertinente ao exercício financeiro de 2004. Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas

instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República. Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional: **"DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.** A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.** ..... - 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. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) 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 (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), 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. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de

segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. **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. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. 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.** Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar): "Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível." (grifei) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos. 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 Estado. Extremamente pertinentes, a tal propósito, as observações de ANDREAS JOACHIM KRELL ("Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha", p. 22-23, 2002, Fabris): "A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' (...). Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (grifei) Todas as considerações que venho de fazer justificam-se, plenamente, quanto à sua pertinência, em face da própria natureza constitucional da controvérsia jurídica ora suscitada nesta sede processual, consistente na impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, de que poderia resultar grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional, consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000. Ocorre, no entanto, como

precedentemente já enfatizado no início desta decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste, ao Ministro-Relator, competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar. Cumpre acentuar, por oportuno, que o Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis, estranhos à competência desta Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175). Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante esta Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), eis que, tal como já assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal, o ordenamento positivo brasileiro "não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata (...)" (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. [...] (STF, 2004, grifo nosso).

O mínimo existencial é recepcionado na jurisprudência brasileira, principalmente nos julgados do STF, que reconhece proteção ao mínimo existencial nas dimensões de defesa e prestacional. Ainda, mesmo que não seja posição majoritária, merece destaque a manifestação dos Ministros Eros Grau, Celso de Mello e Carlos Britto no julgamento do RE 407.688-8/SP, em fevereiro de 2006, quando divergiram dos demais ministros, sustentando que a moradia é necessidade vital do trabalhador e de sua família, sendo, portanto, direito indisponível e não sujeito à expropriação por meio de penhora decorrente de contrato de fiança (SARLET, 2015, p. 333). Em seu voto, Celso de Mello exara o seguinte

O exame da controvérsia jurídica suscitada nesta sede recursal extraordinária faz instaurar instigante discussão em torno de tema impregnado do mais alto relevo constitucional. Refiro-me à questão pertinente à eficácia do direito à moradia, enquanto projeção expressiva de um dos direitos fundamentais elencados no texto da Constituição da República. A Constituição brasileira, ao positivizar a declaração de direitos, proclamou, dentre aqueles impregnados de caráter social, o direito à moradia, assim qualificado pela EC nº 26, de 14/02/2000. Cabe assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à moradia - que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 6º) - qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161). A essencialidade desse direito é também proclamada por declarações internacionais que o Brasil subscreveu ou a que o nosso País aderiu, valendo referir, dentre elas, a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana (art. 25) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), que dispõem sobre o reconhecimento do direito à moradia como expressão de um direito fundamental que assiste a toda e qualquer pessoa. Na realidade, a Constituição da República, ao conferir positividade jurídica ao direito à moradia, nada mais refletiu senão a grave preocupação já anteriormente externada pelo Estado brasileiro no plano internacional, tanto que o Brasil assumiu, nesse âmbito, compromissos inequívocos de cuja implementação depende a efetiva concretização dessa prerrogativa básica reconhecida às pessoas, tal como resulta – segundo observa SÉRGIO IGLESIAS NUNES DE SOUZA (“Direito à Moradia e de Habitação”, p. 348, item n. 8, 2004, RT) – dos “termos da Agenda Habitat estabelecida na Conferência do Habitat II de Istambul, segundo a qual os governos devem tomar apropriadas medidas para promover, proteger e assegurar a plena e progressiva realização do direito à moradia, em conformidade com o que dispõe o inciso IX do art. 23 da Constituição Federal da República, sendo da competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios tutelar o direito à moradia (...)” (grifei). Dentro do contexto pertinente ao direito à moradia, torna-se relevante observar, na linha da reflexão feita pelo eminente Professor LUIZ EDSON FACHIN (“Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo”, 2001, Renovar), que se impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional. Esse princípio fundamental, valorizado pela fiel observância da exigência ético-jurídica da solidariedade social – que traduz um dos objetivos fundamentais do Estado Social de Direito (CF, art. 3º, I) – permite legitimar interpretações que objetivem destacar, em referido contexto, o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que possam injustamente frustrar a eficácia de um direito tão essencial, como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família [...] (STF, 2006).

Na decisão do Agravo em Recurso Extraordinário nº 639337 AgR, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 23 de agosto de 2011, tem-se um caso em que conflitam as questões do mínimo existencial e da reserva do possível no tocante ao direito à educação, em que se faz menção aos demais direitos sociais

e, destaca-se, ao direito à moradia, como parte de um mínimo que deve ser garantido pelo Estado. Na ementa, lê-se

EMENTA: CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - **PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, **por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.** - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - **não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art.****

**208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.** - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- jurídico- que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. **DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgride, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional.** Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. **A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”.** - **A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.** Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um

complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de **garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos**, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o **direito à moradia**, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato sentencial. Doutrina. Jurisprudência (STF, 2011, grifo nosso).

No que toca ao direito à moradia e às obrigações de atuação impostas ao Estado, destaca-se a decisão de primeiro grau proferida pelo Juiz de Direito Luis Christiano Enger Aires, ao julgar a ação de reintegração de posse autuada sob o nº 21193003486, ajuizada em 1993, na 1ª Vara Cível da Comarca de Passo Fundo, pela Rede Ferroviária Federal, em face de 500 famílias ocupantes da faixa operacional da ferrovia que corta o município. Nessa decisão, lê-se

Decido. [...] E é com os olhos postos nessa nova realidade que pretendo justificar a presente decisão, não me pautando pelo papel destinado ao Poder Judiciário pelo agonizante modelo liberal, mas, pelo contrário, buscando demonstrar a necessidade de atuar como canal garantidor e reconhecedor de novos direitos, decorrentes da progressão contínua da realidade social e da expansão da cidadania. [...] Trata-se, portanto, de eleger qual dos interesses em jogo deve ser preservado: o direito de posse e propriedade da autora e sua legítima preocupação com a segurança dos réus ou o direito de moradia destes, donde extraem alguma dignidade, mesmo sob o constante risco de serem envolvidos por algum acidente. E não tenho dúvida em, nessas circunstâncias, privilegiar o direito de moradia dos réus, tendo em vista que os princípios reconhecidos na Constituição da

República impedem que, na colisão entre o direito patrimonial da autora e o direito fundamental à dignidade humana dos réus – aqui representado pelo direito à moradia –, seja este sacrificado em favor daquele. [...] Por fim, muito menos se apresenta como proporcional (em sentido estrito) em relação ao ônus imposto aos requeridos e o benefício almejado, já que reintegrar a autora na posse dos imóveis far-se-á tábua rasa do direito de moradia e do princípio da dignidade humana, razão pela qual tenho que não se justifica. Dessa forma, implicando a reintegração da posse da autora na imediata e flagrante desconsideração pela própria humanidade dos requeridos, deve o pedido ser rejeitado. [...] Isso posto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido e CONDENO a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios [...]. Publique-se. Registre-se. Intime-se. Passo Fundo, 03 de setembro de 2001 (CDHPF, 2005, p. 36).

A decisão foi, posteriormente, confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, através da Apelação Cível nº 70004800553, de 5 de agosto de 2002.

Como se vê, portanto, o desafio central é que a atuação judicial deve dar-se no sentido da prevalência dos direitos humanos e fundamentais, levando em consideração as questões sociais e econômicas que permeiam as relações, e agregando métodos de garantias de efetivação de políticas públicas e atuação responsável do Estado.

## 5 CONCLUSÃO

A presente monografia jurídica, partindo da premissa de que a moradia é uma necessidade básica de todo ser humano, propôs-se a verificar o reconhecimento dessa necessidade como direito – o direito à moradia adequada – no plano internacional e nacional, como direito humano e fundamental, respectivamente. Propôs-se também a refletir acerca da efetivação desse direito na realidade brasileira, à luz da garantia do mínimo existencial e da cláusula da reserva do possível. Para tal, fez-se a revisão de bibliografias em Direitos Humanos e Direito Constitucional, a pesquisa de instrumentos e atos internacionais de Direitos Humanos, da Constituição Federal e de leis infraconstitucionais que tratam do tema em questão, e a coleta e análise de dados em fontes estatísticas, notícias e jurisprudência.

O estudo foi desenvolvido em três capítulos. A construção reflexiva permitiu verificar que a moradia é um direito humano reconhecido internacionalmente, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XXV, § 1º) e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 11), além das Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos, Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos e a Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio.

A definição do conteúdo do direito à moradia, tanto no plano internacional como nacional, é orientada por aquilo que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas estabelece, ao seu Comentário Geral nº 4, como os elementos necessários para que uma moradia seja considerada adequada. Sucintamente, são eles: a segurança da posse; a disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura; a economicidade; a habitabilidade; a acessibilidade; a boa localização; e a adequação cultural, conforme detalhamos no trabalho.

No plano nacional, constatou-se que o direito à moradia é parte da Constituição Federal, o que foi afirmado pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, passando a constar no artigo 6º, sob o *status* de direito fundamental social, o que representa um grande ganho no âmbito jurídico-político,

porquanto passa a ser um forte fundamento para a reivindicação em vista da concretização desse direito. Nessa perspectiva, resta inequívoca a vinculação do direito à moradia com a dignidade da pessoa humana no que toca às condições materiais mínimas para uma existência digna.

O direito à moradia, como direito fundamental, em perspectiva constitucional e considerando as previsões infraconstitucionais que dele tratam, está inserido na segunda dimensão, integra o rol dos limites materiais à reforma constitucional, isto é, trata-se de cláusula pétrea, é dotado de aplicabilidade imediata, e de multifuncionalidade, com uma função defensiva ligada à ideia de que o Estado e particulares devem respeitar a moradia alheia, de modo que a eventual violação desse direito é passível de impugnação em juízo. Soma-se a ela a proibição do retrocesso e uma função prestacional, relacionadas à proteção efetiva e à concretização do direito pelo Estado por meio de medidas legislativas e da implementação de políticas públicas no campo habitacional.

Contudo, ainda que haja amplo e certo reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro e significativa proteção internacional, é essencial afirmar que ainda há muitos passos a serem dados para que se converta o direito positivado em direito efetivado. Nessa perspectiva, verificou-se que a crescente urbanização brasileira mostra que é cada vez mais preocupante a questão da moradia, dado o aumento das periferias das cidades, onde são estabelecidas moradias precárias e, muitas vezes, sem o mínimo de condições dignas de habitação. Para refletir sobre as razões desta distância de irrealização, buscou-se apoio no sentido de compreender a responsabilidade do Estado e os fundamentos para sua ação (ou não ação). Neste sentido, demonstrou-se a importância da garantia do mínimo existencial no qual se insere o direito à moradia adequada, em contraste com a cláusula da reserva do possível, para saber em que medida se poderia avançar concretamente na efetivação deste direito humano. Destaca-se, aqui, a importância da atuação judicial, que deve dar-se no sentido da prevalência dos direitos humanos e fundamentais.

O que se averiguou é que, na realidade do Brasil, país em desenvolvimento, as alegações do Estado quando se trata da não efetivação plena de direitos sociais, vão na direção da limitação orçamentária. Apesar de seres razoáveis, essas justificativas resultariam na imposição de que, quanto mais limitada for a disponibilidade de recursos, mais séria e responsável deve ser a atuação estatal no

que toca a sua destinação, e não no sentido de eximir o Estado de responsabilização. Além disso, é imprescindível que o Estado comprove a efetiva indisponibilidade de recursos. Assume papel fundamental a proporcionalidade, que deve figurar como proibição do excesso e também da insuficiência, respeitando o núcleo essencial do direito fundamental, não podendo deixar de satisfazer um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito. O Estado deve agir até o máximo de seus recursos disponíveis para a satisfação dessas obrigações mínimas.

Em suma, a cláusula da reserva do possível encontra limite intransponível na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, em nosso ordenamento jurídico, manifestação máxima do princípio da dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 11-49.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934)*. Rio de Janeiro, 1934.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891)*. Rio de Janeiro, 1891.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil (1967)*. Brasília, DF: Senado Federal, 1967.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937)*. Rio de Janeiro, 1937.

\_\_\_\_\_. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946)*. Rio de Janeiro, 1946.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brasil (1824)*. Rio de Janeiro, 1824.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 591/1992*. Brasília, DF, 1992.

\_\_\_\_\_. *Direito à moradia adequada*. Brasília, DF: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2013. Disponível em: <[www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao.../direito-a-moradia-adequada](http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao.../direito-a-moradia-adequada)>. Acesso em: 10 maio 2016.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional nº 1/1969*. Brasília, DF: Congresso Nacional 1969.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 101/2000*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2000.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.257/2001*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2001.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.124/2005*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2005.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.977/2009*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2009.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.424/2011*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 43.80/1964*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1964.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 45.04/1964*. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1964.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF: STF, 23 ago. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 08 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45*. Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF: STF, 29 abr. 2004. Disponível em: <[www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - "Reserva do Possível" \(Transcrições\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#ADPF - Políticas Públicas - Intervenção Judicial - \)>. Acesso em: 28. abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 407.688-8/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF: STF, 13 out. 2006. Disponível em: <[http://anoreg.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8371:imported\\_8341&catid=55&Itemid=125](http://anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8371:imported_8341&catid=55&Itemid=125)>. Acesso em: 28. abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70004800553*. Relator: Desembargador Rubem Duarte, Porto Alegre: Vigésima Câmara Cível, 5 ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 08 maio 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CDHPF. Comissão de Direitos Humanos de Passo Fundo. *Direito Humano à Moradia Adequada*. Desvelando o Beira Trilho: Situação e Perspectivas. Relatório de Estudo de Caso. Passo Fundo: IFIBE, 2005.

CARBONARI, Paulo César. *Direitos humanos: sugestões pedagógicas*. 2. ed. Passo Fundo: IFIBE, 2009.

\_\_\_\_\_. Sentidos dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos: uma abordagem. *Revista Filosofazer*. Passo Fundo, ano XVIII, n. 34, p. 156-167, jan./jun. 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. *Direito fundamental à moradia: sua eficácia à luz do direito internacional, do direito constitucional e das políticas públicas*. Passo Fundo: Projeto Passo Fundo, 2015.

G1. *Apenas 52,5% das moradias do Brasil têm condições adequadas, diz IBGE*. São Paulo: 17 out. 2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/10/apenas-525-das-moradias-do-brasil-tem-condicoes-adequadas-diz-ibge.html>>. Acesso em 08 maio 2017.

G1. *Desemprego fica em 13,2% no trimestre terminado em fevereiro*. São Paulo: 31 mar. 2017. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/desemprego-fica-em-132-no-trimestre-terminado-em-fevereiro.ghtml>>. Acesso em 08 maio 2017.

GIANELLA, B. M.; CASTANHEIRA, B. R. Mecanismos de implementação dos direitos humanos no âmbito da ONU e da OEA. In: SÃO PAULO. Centro de Estudos Procuradoria Geral do Estado. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Imprensa, 1998. p. 167-199.

HIDAKA, Leonardo Jun Ferreira. Introdução ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. In: LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). *Manual de Direitos Humanos Internacionais: acesso aos Sistemas Global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 23-75.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em 08 maio 2017.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2008.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARICATO, Ermínia. Conhecer para resolver a cidade ilegal. In: CASTRIOTA, Leonardo Basci (Org.). *Urbanização Brasileira – Redescobertas*. Belo Horizonte: C/Arte, 2003. p. 78-96.

\_\_\_\_\_. Metrôpole, legislação e desigualdade. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 17, n. 48, p. 151-157, maio 2003.

\_\_\_\_\_. O Ministério das Cidades e a política nacional de desenvolvimento urbano. IPEA. *Políticas Sociais – Acompanhamento e Análise*. Brasília: IPEA, 2006.

MATSUDA, J. T. M.; PEREIRA, H. M.; SOUZA, L. C. O mínimo existencial como limite à aplicação da reserva do possível aos direitos fundamentais sociais. *Revista*

*Virtual da AGU*, ano XI, n. 116, set. 2011. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306](http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/%207306306)>. Acesso em: 05 maio 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Pesquisa aponta que Brasil possui déficit habitacional de 6,5 milhões de moradias*. Curitiba: 03 abr. 2014.

Disponível em

<[www.urbanismo.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=63](http://www.urbanismo.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=63)>. Acesso em 08 maio 2017.

NAÇÕES UNIDAS. CESC. *Comentário Geral nº 03* [UN doc. E/1991/23]. Genebra: Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESC), 1990. Trad. Adriana Carneiro Monteiro. Disponível em: <[www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html](http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html)>. Acesso em: 02 maio 2017.

\_\_\_\_\_. CESC. *Comentário Geral nº 04: Direito à Moradia Adequada*. [UN doc E/1992/23]. Genebra: Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESC), 1991. Tradução disponível em:

<[www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacao pronto.html](http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/moradia/trabalhohabitacao pronto.html)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. CESC. *Comentário Geral nº 07: Direito à Moradia Adequada* [UN doc E/1998/22]. Genebra: Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESC), 1997. Disponível em:

<[http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESC/Shared%20Documents/1\\_Global/INT\\_CESC\\_GEC\\_6430\\_S.doc](http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CESC/Shared%20Documents/1_Global/INT_CESC_GEC_6430_S.doc)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Declaração de Istambul sobre os Assentamentos Humanos*. Brasília: Ministérios das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1996. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-de-istambul-sobre-assentamentos-humanos>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Declaração de Vancouver sobre assentamentos urbanos*. Brasília: Ministérios das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1976. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/moradia-adequada/declaracoes/declaracao-sobre-assentamentos-humanos-de-vancouver>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Declaração e Programa de Ação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena*. Brasília: Ministérios das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1993. Disponível em: [http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao\\_viena.pdf](http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf)>. Acesso em: 28. abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Declaração Sobre as Cidades e Outros Assentamentos Humanos em um Novo Milênio*. Brasília: Ministérios das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 2001. Disponível em: <<http://habitat.aq.upm.es/aghhab/adecmil.html>>. Acesso em: 28. abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> Acesso em: 28 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 28 abr. 2017.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROLNIK, Raquel. *Guerra dos Lugares: a colonização da terra e da moradia na era das finanças*. São Paulo: Boitempo, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2008.

\_\_\_\_\_. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 20, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 479-510.

SAULE JÚNIOR, N.; RODRIGUEZ, M. E. Direito à moradia. In: LIMA JÚNIOR, J. B.; ZETTERSTROM, L. (Orgs.). *Extrema pobreza no Brasil: a situação do direito à alimentação e moradia adequada*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 109-160.

SAULE JUNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do Estado brasileiro. *Cadernos de Pesquisa do Centro Brasileiro de Análises e Planejamento*, n. 07, p. 65-80, maio 1997.

SILVA, Gilnei José Oliveira. Apontamentos sobre exclusão habitacional urbana e direito fundamental social à moradia. In: CARBONARI, P. C. *et al* (Orgs.). *Direitos Humanos: diversas leituras*. Passo Fundo: IFIBE; IMED, 2006. p. 109-134.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Danille (Org.). *Os Novos Conceitos do Novo Direito Internacional: cidadania, democracia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 01-31.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1.

UOL NOTÍCIAS. *Mais de 11 milhões vivem em favelas no Brasil, diz IBGE; maioria está na região Sudeste*. São Paulo: 21 dez. 2012. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/12/21/mais-de-11-milhoes-vivem-em-favelas-no-brasil-diz-ibge-maioria-esta-na-regiao-sudeste.htm>>. Acesso em 08 maio 2017.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Direitos Humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.