

Justiciabilidade do direito social à moradia adequada

Henrique Botelho Frota

Advogado. Mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente pela UFC. Mestrando em Direito Urbanístico pela PUC/SP. Atualmente, é Secretário Executivo do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU) e coordenador do grupo de trabalho Cidade e Direito do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS).

Resumo: O trabalho aborda o problema da exigibilidade dos direitos sociais em âmbito judicial e, em particular, do direito à moradia adequada. O intenso e excludente processo de urbanização pelo qual passam muitos países, inclusive o Brasil, tem gerado altos níveis de déficit habitacional e dificuldade de acesso à terra urbanizada e bem localizada. Essa realidade produz uma grande demanda para as políticas públicas para a efetivação do direito à moradia adequada em seus diversos elementos. Pela incapacidade do Poder Executivo em atender toda a população, algumas demandas acabam sendo constituídas como litígio judicial, colocando o Poder Judiciário diante da necessidade de tomar decisões relativas aos direitos sociais. A questão é controversa, havendo diversos argumentos contra a justiciabilidade desses direitos e que, de certa forma, desqualificam os direitos sociais como direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente trabalho promove uma revisão da literatura, colocando frente a frente as diferentes posições.

Palavras-chave: Justiciabilidade. Direitos Sociais. Moradia Adequada.

Sumário: 1 Introdução – 2 O problema da justiciabilidade dos direitos sociais – 3 O direito social à moradia adequada – 4 Considerações finais – Referências

1 Introdução

Apenas recentemente a população mundial passou a ser majoritariamente urbana. De acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), 54% (cinquenta e quatro por cento) das pessoas no planeta vive em cidades. Em números absolutos, a população urbana passou de 746 milhões de pessoas em 1950 para 3,9 bilhões em 2014.¹

Essa é uma realidade já conhecida há décadas pelos países dos continentes europeu e americano, que apresentaram altos índices de urbanização ao longo do século XX. A América do Norte possui 82% (oitenta e dois por cento) de população urbana; seguida pela América Latina e Caribe, com 80% (oitenta por cento); e pela Europa, com 73% (setenta e três por cento).²

¹ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2014). *World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights*. New York (USA): United Nations, 2014. Disponível em: <<http://esa.un.org/unpd/wup/Highlights/WUP2014-Highlights.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

² Por outro lado, a África e a Ásia experimentam uma urbanização tardia, com grande parcela de sua população ainda vivendo no campo, 60% (sessenta por cento) e 52% (cinquenta e dois por cento) respectivamente. Essas

O processo de urbanização tem sido historicamente associado com importantes transformações econômicas e sociais. Por um lado, o crescimento das cidades não pode ser entendido de forma desarticulada com os arranjos que se constituíram a partir do processo de industrialização – o que inclui a exploração de mão de obra e a redução do tempo de giro das mercadorias –, dentre outros fatores. De outra perspectiva, fala-se dos benefícios trazidos pela urbanização para a qualidade de vida da população em geral. A vida urbana é frequentemente relacionada com níveis mais elevados de alfabetização, saúde, acesso aos serviços sociais e à cultura e melhores oportunidades de participação política.

Assim, as cidades passaram a ser vistas como o espaço da modernidade, onde as promessas de desenvolvimento e progresso são atendidas. Em oposição, o campo é compreendido como símbolo daquilo que é arcaico e atrasado.³ Essa visão que contrapõe urbano e rural, avanço e atraso, oportunidade e escassez, ainda tem influenciado o ideário socialmente difundido que reforça os processos migratórios para as cidades.

No entanto, o rápido crescimento urbano não acompanhado por um adequado planejamento das cidades gerou sérios problemas sociais, econômicos e ambientais. Via de regra, a precariedade da infraestrutura; a ineficiência dos serviços de saneamento, mobilidade, saúde e educação; a concentração de terras entre os mais abastados e a ausência de políticas de democratização do solo urbanizado, têm determinado um processo de exclusão territorial de significativa parcela da população.

Atualmente, estima-se que um terço dos habitantes das cidades de todo o globo está em favelas e assentamentos informais. O número de pessoas morando nessas condições aumentou de 760 milhões, em 2000, para 863 milhões, em 2012.⁴ O processo de urbanização tem como marcas profundas a precariedade e a informalidade na forma como grande parcela da população estabelece sua moradia.

No caso brasileiro, seguindo a tendência latino-americana, o processo de industrialização e urbanização ocorre há mais de meio século, tendo motivado um intenso fluxo migratório do campo para as cidades. Como consequência, o país experimenta uma concentração de mais de 84% (oitenta e quatro por cento) de sua população em áreas urbanas.⁵

serão as regiões de mais rápida e intensa urbanização nos próximos anos, elevando os índices mundiais. Isso não significa, contudo, que as cidades dos demais continentes deixarão de crescer. As projeções são de contínuo aumento da população urbana em todas as regiões do globo, devendo chegar a 66% (sessenta e seis por cento) até o ano de 2050. In: United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2014). *World Urbanization Prospects: The 2014 Revision, Highlights*. New York (USA): United Nations, 2014. Disponível em: <<http://esa.un.org/unpd/wup/Highlights/WUP2014-Highlights.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

³ PEREZ, Lea Freitas. *A cidade e a modernidade: equívocos conceituais*. Rio Grande: Biblos, 1998.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Mais de 70% da população mundial viverá em cidades até 2050*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-mais-de-70-da-populacao-mundial-vivera-em-cidades-ate-2050/>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Censo 2010*. Disponível em: <<http://censo2010.ibge.gov.br/resultados>>. Acesso em: 02 ago. 2015.

O aumento da população, entretanto, não foi acompanhado por uma oferta de solo urbanizado, com adequadas condições de infraestrutura, transporte e moradia digna. A ocupação desordenada do território passou a ser regra e a precariedade das condições de moradia, uma realidade bastante presente na vida dos habitantes de baixa renda. “Excluída do mercado e das políticas públicas, a maior parte da população brasileira ‘se vira’ ocupando terras que, em geral, são inadequadas para ocupação, construindo ali suas próprias casas, num processo lento, com poucos recursos.”⁶

O déficit habitacional no país, em 2012, foi estimado em 5,430 milhões de domicílios, dos quais 85,9% localizados nas áreas urbanas. A região Sudeste concentra 38,83% do déficit total, cerca de 2.108 milhões de unidades. A seguir, estão as regiões Nordeste (32,73%), Norte (10,4%), Sul (10,14%) e Centro-Oeste (7,9%).⁷

São Paulo é o estado da Federação com o déficit habitacional mais expressivo, apresentando uma necessidade de novas unidades habitacionais que chega a 1,151 milhão de domicílios, dos quais 582 mil unidades estão na Região Metropolitana de São Paulo (RMSP). Minas Gerais é o segundo ente federado com maior déficit, com carência de 482 mil unidades, 136 mil só na Região Metropolitana de Belo Horizonte. Esses dois exemplos retratam a realidade nacional, que indica uma grande concentração do déficit nas regiões metropolitanas (28,6% do total e 32,8% do déficit urbano).⁸

Além do déficit habitacional, questões relacionadas aos serviços públicos, à disponibilidade de infraestrutura e distribuição de áreas livres e verdes revelam um padrão de iniquidade no processo de urbanização brasileiro.

Nesse contexto, o acesso à moradia adequada tem sido uma bandeira histórica de reivindicação dos movimentos populares urbanos. Ao mesmo tempo, tem se mostrado como um dos maiores desafios no âmbito das políticas públicas, devido aos altos custos dos programas de provisão habitacional e universalização dos serviços urbanos, dentre outros fatores.

Em 2009, com a edição da Lei nº 11.977, foi instituído o Programa Minha Casa, Minha Vida, que estabeleceu uma nova política de incentivos com a finalidade de estimular a produção e facilitar a aquisição de novas unidades habitacionais pelas famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta

⁶ MARICATO, Ermínia. Informalidade Urbana do Brasil: a lógica da cidade fraturada. In: WANDERLEY, Luiz Eduardo; RAICHELIS, Raquel (Org.). *A cidade de São Paulo: relações internacionais e gestão pública*. São Paulo: EDUC, 2009, p. 273-274.

⁷ O déficit habitacional é calculado considerando o total de famílias em condições de moradia inadequadas; vivendo em situação de coabitação familiar (mais de uma família residindo na mesma casa); adensamento excessivo (mais de três moradores em média por cômodo); ou de moradias excessivamente onerosas para o orçamento familiar, quando a família compromete mais de 30% de sua renda com aluguel. FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional no Brasil 2011-2012*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações, 2015.

⁸ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional no Brasil 2011-2012*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações, 2015.

reais).⁹ Até o final de 2014, o Governo Federal contabilizou como finalizadas e entregues mais de 1,8 milhão de novas habitações de um total de 3,7 milhões de unidades contratadas.¹⁰ Isso faz do Minha Casa, Minha Vida, o programa de maior volume de investimentos desde que foi instituída a política pública de moradia pela União.¹¹

Embora o grande volume de unidades habitacionais construídas tenha auxiliado na redução do déficit habitacional nacional, seu impacto tem se mostrado ainda tímido e insuficiente. Entre 2011 e 2012, o déficit brasileiro sofreu uma redução de 5,581 milhões para 5,430 milhões. Contudo, nos estados do Acre, Amazonas, Ceará, Sergipe, Minas Gerais, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Mato Grosso e no Distrito Federal o déficit aumentou de um ano para o outro.¹² Em grande medida, esse incremento está associado às capitais e regiões metropolitanas, que continuam exercendo atração da população das áreas rurais ou de pequenos municípios.

Em relação à distribuição do déficit por renda familiar, todos os estudos apresentam consenso de que a carência de moradias está concentrada entre a população mais pobre. Essa constatação serviu de base para a definição das faixas de benefícios do Programa Minha Casa, Minha Vida, com subsídios maiores para as famílias com até três salários mínimos de renda mensal. Contudo, mesmo com as facilidades e benefícios do Programa, os estudos divulgados pela Fundação João Pinheiro indicam que o déficit habitacional diminuiu em quase todas as faixas de renda com exceção justamente das famílias com renda de até três salários (de 81%, em 2011, para 82,5%, em 2012).¹³

Isso revela que os fatores determinantes do acesso à moradia não se resumem à disponibilidade de financiamento e subsídios governamentais. O Programa não atinge importantes elementos que determinam a segregação socioterritorial nas cidades, como a estrutura fundiária e o planejamento urbano excludente. Sem articulação com uma política de planejamento urbano que seja capaz de induzir o cumprimento da função social da propriedade e de democratizar o acesso ao solo urbanizado e bem localizado, o Programa Minha Casa, Minha Vida não consegue atingir a base do problema habitacional. É preciso refletir, diante dessa constatação, sobre o papel que os municípios têm exercido, muitos dos quais reforçam o padrão de periferização em suas legislações.

⁹ Art. 1º da Lei nº 11.977/2009, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011.

¹⁰ Caixa Econômica Federal. *Números do Programa Minha Casa, Minha Vida de 2009 a novembro de 2014*. Disponível em: <<http://mcmv.caixa.gov.br/numeros/>>. Acesso em 02 dez. 2014.

¹¹ Como marco da política pública habitacional, Nabil Bonduki destaca a criação pelo Governo Dutra, em 1946, da Fundação da Casa Popular em resposta do Estado à crise de moradia no pós-guerra (BONDUKI, Nabil. *Origens da Habitação Social no Brasil*. São Paulo: Estação Liberdade, 1994, p. 717).

¹² FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional no Brasil 2011-2012*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações, 2015.

¹³ FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional no Brasil 2011-2012*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações, 2015.

Como lembra José Reinaldo de Lima Lopes, “é preciso compreender que a exclusão espacial, que significa negar o direito de moradia a enormes parcelas de nossa sociedade, não se reduz à ausência de abrigos contra as intempéries, ou seja, as casas”.¹⁴

Ainda que haja políticas públicas voltadas para prover habitações, uma significativa parcela da população ainda não tem assegurado o direito à moradia adequada. Adicionalmente, nota-se um aumento do número de conflitos fundiários urbanos,¹⁵ gerando disputas que, mais do que litígios privados, refletem a conflituosidade social em torno do acesso à terra urbana. Uma grande quantidade desses conflitos tem chegado aos Tribunais brasileiros, demandando uma posição do Poder Judiciário em relação à proteção do direito à moradia.

Em grande medida, o direito à moradia adequada está presente como um fator de proteção na argumentação jurídica das famílias de baixa renda envolvidas em conflitos fundiários. Reivindicam a eficácia do direito social para evitar violações e possibilitar sua permanência no local onde vivem. Como pano de fundo, a discussão jurídica que se coloca é a eficácia dos direitos sociais como elemento impeditivo de violações (ou como direitos de defesa).

Mais além do que isso, há uma demanda que coloca os direitos sociais como fatores de promoção, reivindicando sua eficácia positiva e não apenas como direito de defesa frente a violações.

Disso decorre a questão fundamental proposta pelo presente artigo, que é discutir se poderá o Poder Judiciário atuar no sentido de reconhecer a exigibilidade do direito à moradia e, conseqüentemente, julgar ações judiciais que venham a obrigar a Administração Pública.

Portanto, é preciso indagar sobre a possibilidade de o magistrado decidir em favor de indivíduos ou coletividades, intervindo na política pública. Os direitos sociais possuem força vinculante suficiente para serem exigidos pelos cidadãos no âmbito judicial? E, em caso afirmativo, quais seriam os limites da atuação do Poder Judiciário? Por outro lado, como indaga Carlos Bernal Pulido,¹⁶ se a resposta à primeira pergunta for negativa, e ainda reconhecendo que o Estado não consegue satisfazer todas as pretensões, será que os direitos sociais estão condenados a ser uma promessa descumprida?

¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 85.

¹⁵ De acordo com a Resolução Recomendada nº 87/2009 do Conselho Nacional das Cidades, conflito fundiário urbano é a “disputa pela posse ou propriedade de imóvel urbano, bem como impacto de empreendimentos públicos e privados, envolvendo famílias de baixa renda ou grupos sociais vulneráveis que necessitem ou demandem a proteção do Estado na garantia do direito humano à moradia e à cidade” (art. 3º, I).

¹⁶ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 272.

2 O problema da justiciabilidade dos direitos sociais

A despeito de encontrarem já uma significativa previsão em documentos internacionais e nas constituições de inúmeros países, ainda existem questões não resolvidas em torno da aplicabilidade dos direitos sociais. Uma delas é a sua justiciabilidade, que seria a “possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos”.¹⁷ Diferentemente dos direitos e liberdades individuais – direitos civis e políticos –, que gozam de amplo reconhecimento quanto à sua imediata aplicabilidade e, assim, podem ser protegidos judicialmente em face de possíveis violações, contra os direitos sociais ainda pesam argumentos que questionam sua exigibilidade.

Até alguns anos atrás, a posição majoritária adotada no Brasil – pela doutrina e pelos tribunais – era de que os direitos sociais não autorizavam a intervenção judicial por se tratarem de normas programáticas. Na condição de “recomendações” ao Estado, estariam dirigidas ao Poder Executivo, que é dotado de competência para planejar e executar as políticas públicas. A efetivação desses direitos estaria no campo da chamada discricionariedade administrativa, não sendo possível ao juiz usurpar a função administrativa para decidir como se gestor público fosse. O máximo permitido ao Judiciário seria o juízo sobre a legalidade dos atos administrativos, mas nunca o exame do seu mérito e, menos ainda, a atuação diante das omissões da gestão pública.

Para enfrenar o problema, uma primeira questão diz respeito ao reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais. Pela concepção liberal, os direitos subjetivos são direitos individuais, determinados e unilaterais, exercidos contra a comunidade política artificialmente constituída, o que inclui o próprio Estado, fundamentados no interesse próprio de cada indivíduo.¹⁸ Essa visão, portanto, reconhece como direitos fundamentais apenas aqueles conhecidos como “direitos de defesa” (ou de proteção) do interesse individual, correspondendo às liberdades civis e políticas, que impõem restrições à atuação do Estado e da comunidade em geral.

Os direitos sociais, sob a ótica liberal, não se constituem como direitos subjetivos (nem fundamentais) porque sua matriz não corresponde à proteção de interesse individual, nem permite que sejam determinados e unilaterais. Ao exigirem uma atuação estatal positiva para sua realização, esses direitos são classificados

¹⁷ COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁸ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 269.

como “prestacionais” e, assim, dependem de políticas públicas. Ademais, sua matriz rompe com a lógica do interesse, estando fundamentada em um princípio estranho ao pensamento jurídico liberal: a solidariedade.

O pensamento burguês pressupõe que a sociedade está integrada por indivíduos dotados de um elevado grau de poder, isto é, de adultos, aptos para o trabalho, capazes de satisfazer por si mesmos suas necessidades e de empreender projetos úteis para seus interesses. A única necessidade que tem este conjunto de indivíduos exitosos e autônomos no sentido kantiano é a de se proteger contra ataques externos. A crença na autossuficiência do homem permite fundamentar um sistema de direitos composto exclusivamente por obrigações de abstenção, que busca proteger o sujeito de toda intervenção exterior.¹⁹

Essa presunção do pensamento jurídico liberal, contesta Carlos Bernal Pulido, é falsa. Na prática, nem todas as pessoas gozam de autonomia suficiente. Devido a diferenças quanto à satisfação das necessidades básicas, muitos indivíduos sequer conseguem exercer suas liberdades fundamentais.

Por outro lado, a total dicotomia entre direitos individuais e direitos sociais vem sendo superada pelo reconhecimento de que não existem direitos exclusivamente de *status negativus* e outros exclusivamente prestacionais. Os direitos fundamentais apresentam uma multifuncionalidade,²⁰ de forma que todos importam em abstenções e prestações simultâneas por parte do Estado e dos demais indivíduos. E, assim, todos possuem custos, até mesmo as clássicas liberdades civis e políticas.

Para Victor Abramovich e Christian Courtis, existe um *continuum* estrutural entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais. A distinção entre eles seria tão somente de grau, já que uns demandam maior investimento público do que os outros. Mas, a despeito disso, todos são direitos fundamentais e demandam a atuação estatal.²¹

Esses argumentos têm subsidiado uma mudança no posicionamento dos tribunais sobre a justiciabilidade dos direitos sociais nas duas últimas décadas. Diversos autores, a exemplo de Cláudio Pereira de Souza Neto, apontam que a superação da ideia de que o Judiciário não poderia intervir em políticas públicas começa a ocorrer em meados da década de 1990, com decisões que determinam a entrega de medicamentos a portadores do vírus HIV.²² No campo do direito à saúde, atualmente,

¹⁹ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 276.

²⁰ PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais*: reflexão a partir do direito à moradia. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

são incontáveis as decisões judiciais proferidas no sentido de obrigar o Estado a prover medicamentos caros e custear tratamentos específicos para pacientes com recursos do Sistema Único de Saúde. Em muitos casos, são drogas que sequer estão disponíveis no país.

O direito à educação também motivou uma onda de decisões judiciais nos últimos anos. Questões como disponibilidade de vagas em escolas públicas, acesso a estabelecimentos educacionais nas proximidades da residência, cotas raciais para ingresso em universidades, dentre outras, têm sistematicamente chegado ao conhecimento do Poder Judiciário.

Esse novo quadro traz consigo alguns dilemas complexos, que precisam ser enfrentados com o devido cuidado. Um deles diz respeito à limitação de recursos financeiros para que o Estado execute suas ações, dentre as quais a efetivação das políticas públicas. Isso coloca uma limitação muito concreta de atuação, impondo que o gestor faça escolhas de alocação de recursos. Essa é a fundamentação básica para a cláusula de exceção que ficou conhecida como “reserva do possível”.

Além disso, de uma forma geral, existem outros argumentos contrários à justiciabilidade dos direitos sociais: I – a atuação do Poder Judiciário em temas relativos a direitos sociais e políticas públicas viola o princípio da separação de poderes; II – o Judiciário careceria de legitimidade democrática para interferir nas políticas públicas; III – a concretização judicial dos direitos sociais fomentaria em relação de clientela, enfraquecendo a mobilização social e política; IV – as previsões de direitos sociais possuem um conteúdo excessivamente abrangente, aberto e indeterminado (problema de determinação da conduta devida); V – os direitos sociais possuem natureza de direitos prestacionais e, como tais, sua implementação tem custos para o Estado, o que impossibilita que sejam efetivados em sua plenitude para todas as pessoas ao mesmo tempo, submetendo-se aos limites do que é financeiramente possível; VI – as decisões judiciais que concedem prestações relativas a direitos sociais desequilibram as políticas públicas; VII – o Judiciário não tem capacidade técnica para avaliar as demandas, o que exigiria conhecimentos muito complexos que não estão ao seu alcance, mas sim do Poder Executivo; e VIII – não existem mecanismos processuais adequados para a tutela dos direitos sociais.

O argumento da separação de poderes como um fator impeditivo de atuação do Judiciário diante de demandas sobre direitos sociais parte de uma concepção estreita desse princípio de organização estatal. Como se sabe, a distribuição de funções entre distintos “Poderes” não significa que haja monopólio ou exclusividade. Por mais que se sobressaiam funções específicas em cada caso, as demais podem ser exercidas na forma e nos termos da Constituição. Assim é que o Poder Legislativo não se limita a produzir normas, mas deverá também administrar seus próprios recursos e patrimônio e, em outras circunstâncias, até mesmo julgar o presidente

da República. O mesmo ocorre em relação ao Executivo e ao Judiciário, que exercem outras funções além daquelas que lhes são típicas. Isso confere ao princípio da separação de poderes um caráter dinâmico, não podendo ser interpretado como uma divisão estática e absoluta.

A separação de poderes pressupõe um sistema de “freios e contrapesos”, segundo o qual um Poder interage com os demais para impedir excessos e arbítrios não autorizados pela ordem constitucional. Por isso, verifica-se a participação do Poder Executivo no processo legislativo ao sancionar ou vetar normas ou a necessidade de aprovação do orçamento público pelos parlamentares, interferindo em escolhas tipicamente administrativas sobre a alocação de recursos. No caso do Poder Judiciário, um importante campo de atuação é o controle dos atos e omissões administrativos, sendo-lhe permitido atuar sem que isso redunde na usurpação das funções da Administração Pública.

Sobre a revisão judicial em temas relativos aos direitos sociais surge também a crítica acerca da ausência de legitimidade. Como os juízes não se submetem ao sufrágio da população para ocupar seus cargos, careceriam de autoridade democrática para intervir em temas que são essencialmente políticos, como é o caso das políticas governamentais. O argumento sustenta-se na falsa premissa de que a legitimidade democrática estaria na forma de acesso dos agentes públicos a suas funções, ignorando que o processo constituinte atribuiu competências democraticamente a todos os Poderes. Ainda, o controle judicial dos atos públicos é, por si só, um pressuposto do sistema democrático, servindo de via de defesa dos interesses das minorias.

Victor Abramovich e Christian Courtis argumentam que é plenamente possível que questões políticas e técnicas sejam “juridificadas”, com a demarcação clara dos seus elementos jurídicos e fáticos, permitindo a análise judicial.²³ O suposto deslocamento das decisões políticas para os tribunais, conhecido como judicialização da política, não significa que o Judiciário passou a decidir com base em critérios ideológicos e que o juiz está autorizado a conduzir o processo com base em arbítrios. Isso, entretanto, não significa negar que a sentença é um ato de responsabilidade política, como defende Ronald Dworkin.²⁴

Claúdio Pereira de Souza Neto²⁵ cita uma crítica proveniente de setores mais à esquerda, segundo os quais a concretização judicial dos direitos sociais levaria a uma relação de clientela entre o Judiciário e os cidadãos. Isso faria com que se perdesse

²³ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 129.

²⁴ Apesar da referência a Ronald Dworkin, é preciso registrar que a questão dos direitos sociais não tem grande atenção em sua obra, o que se justifica pelo contexto da sociedade norte-americana no qual o autor está imerso (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

²⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 524.

o principal foco no processo de reivindicação desses direitos, levando a uma apatia política. O argumento, entretanto, não se sustenta quando verificadas as formas de atuação dos movimentos sociais na luta por direitos. A judicialização é compreendida como uma importante estratégia, mas isso não significa que haja ilusão quanto aos seus limites. Por isso, a mobilização política continua sendo um elemento nuclear para esses movimentos.

Há também o argumento de que as previsões sobre direitos sociais são excessivamente abrangentes e genéricas, inexistindo um conteúdo preciso. No entanto, a crítica seria igualmente válida para os direitos individuais, pois sua previsão constitucional, por vezes, ocorre sob a forma de princípios, de conteúdo aberto e indeterminado. Mas, nem por isso, levantam-se argumentos impeditivos para que se reconheça a aplicabilidade imediata desses direitos. O mesmo deve ocorrer em relação aos direitos sociais, cujo conteúdo será delimitado nos casos concretos, a partir da análise do conflito. E, no caso do direito à moradia, como será discutido adiante, já existem elementos claramente definidos na ordem jurídica, o que permite o estabelecimento de parâmetros de controle.

Em relação à eficiência das políticas públicas, a atuação judicial traz dois problemas. O primeiro diz respeito à escassez de recursos, o que exige que sejam feitas escolhas em relação ao orçamento público. O segundo problema, relacionado ao primeiro, é o fato de que a Administração Pública lida com planejamento e coordenação de ações. Assim, as decisões judiciais que determinam a efetivação de direitos sociais desequilibram as políticas públicas na medida em que resolvem conflitos individuais sem uma visão global, o que levará a desvios em relação ao que foi anteriormente planejado.

De fato, mesmo os autores que defendem a justiciabilidade dos direitos sociais reconhecem que o Judiciário não é o campo mais adequado para discutir esses temas.²⁶ O ideal, não há dúvidas, é que a questão seja solucionada no âmbito da Administração Pública. Até mesmo porque ela detém mais possibilidades de análise técnica, o que nem sempre está à disposição dos magistrados. Mas, isso não pode servir de argumento para isentar o Poder Executivo da revisão judicial, deixando os cidadãos a mercê das decisões políticas. É um equilíbrio frágil que deve ser permanentemente perseguido.

No campo do direito processual, uma preocupação diz respeito à adequação das vias judiciais para a proteção e defesa dos direitos sociais. Como lembra Antonio Carlos Wolkmer, os parâmetros estritamente individuais já não são adequados ao novo momento de reivindicação de direitos coletivos.

²⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

O reconhecimento de que os pressupostos essenciais do projeto jurídico estatal (enquanto saber e técnica) de inspiração liberal-individualista estão se tornando cada vez mais inadequados e pouco eficazes, vem comprovar que se está vivendo uma fase de transição paradigmática [...].²⁷

Isso fica bastante evidente quando se constata a dificuldade dos tribunais em lidar com questões essencialmente coletivas. Em regra, mesmo nesses casos, a semântica e as ferramentas ainda remetem a conflitos individuais, o que torna mais difícil um tratamento condizente com a sua complexidade.

A justiça distributiva, que rompe com a lógica das trocas e da fórmula “ganha-perde”, típica dos sistemas comutativos, é ainda um grande desafio para a jurisdição brasileira. É preciso, pois, questionar “em que medida um mecanismo de solução de conflitos como o processo judicial, em que uma parte ganha e a outra perde, pode resultar idôneo para resolver uma situação em que se confrontem numerosos interesses individuais e coletivos”.²⁸

Por fim, José Reinaldo de Lima Lopes cita mais um elemento impeditivo para a efetivação dos direitos sociais. Para o autor, a violência institucional contra os pobres é uma tradição que ainda não foi superada no Brasil. Esse fator delinea a forma como o Estado, a mídia e a classe média tratam as reivindicações por direitos dos pobres. E, no caso dos direitos sociais, há uma forte identificação de classe, pois os segmentos mais abastados não encontram dificuldades em acessar esses bens – saúde, educação, moradia – pelas vias do mercado.²⁹

A reflexão não é de todo equivocada, pois é evidente uma maior demanda de proteção estatal para as pessoas e grupos sociais vulneráveis, impossibilitados de pagar pelos serviços privados. Trata-se de uma demanda mais profunda sobre os direitos de igualdade em uma sociedade radicalmente desigual como é o caso da brasileira. E esse clamor parece inadequado diante de concepções liberais, segundo as quais o Estado não deveria assumir tamanho protagonismo.

Contudo, em algumas circunstâncias, verifica-se que as ações judiciais sobre direitos sociais são manejadas também pelos mais ricos. No caso do direito à saúde, por exemplo, há uma grande quantidade de processos cujos autores são típicos representantes da classe média na busca por tratamentos caros. Isso demonstra que a judicialização dos direitos sociais não tem sido um movimento exclusivo dos mais pobres em busca da proteção estatal.

²⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001, p. 75.

²⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 128.

²⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

No caso específico do direito à moradia, diversamente do que ocorre com a saúde e a educação, não existe previsão de destinação mínima de recursos financeiros no orçamento público. Essa vinculação de despesas funciona como um reforço argumentativo para esses dois direitos, o que não pode ser utilizado em favor da moradia.

No tópico a seguir, será discutido o conceito de direito à moradia adequada e a sua efetividade, o que inclui a possibilidade de atuação judicial.

3 O direito social à moradia adequada

3.1 A proteção jurídica internacional do direito humano à moradia adequada

A Organização das Nações Unidas (ONU) realça a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos.³⁰ Mas, a despeito disso, ainda é questionada a real exigibilidade desses direitos por meio de declarações, pactos e tratados internacionais. Na maioria dos Estados Nacionais, ainda persistem lutas para que as vítimas de violações consigam ter seus direitos reconhecidos, bem como a adequada reparação em casos de desrespeito. Essa realidade é ainda mais evidente quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais.

Tal constatação não significa que os instrumentos internacionais não se constituam como mecanismo de fortalecimento da proteção dos direitos humanos em âmbito nacional. Considerando a experiência brasileira, a partir de casos de litigância junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, esse sistema regional ofereceu diversas formas de proteção, auxiliando na publicidade, e colocando em situação de constrangimento político o Estado violador. Isso levou o governo do Brasil a apresentar justificativas e alterar práticas governamentais conferindo suporte para reformas internas a favor dos direitos humanos. Os casos submetidos à Corte Interamericana têm apresentado resultados de alteração de legislação e de políticas públicas.

Relativamente à proteção internacional do direito à moradia, não foi constituída uma convenção específica sobre o tema, de forma que as normas aplicáveis são previstas em parte de tratados, resoluções, declarações e comentários.

Há previsão explícita do direito à moradia na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. XXV, 1), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 11), na Carta da Organização dos Estados Americanos (art. 34) e em diversas convenções sobre direitos de grupos específicos, como é o caso dos migrantes, das mulheres e das crianças.

³⁰ Declaração e Programa de Ação de Direitos Humanos da Conferência Mundial dos Direitos Humanos da ONU, realizada em Viena, 1993.

Dentre os documentos internacionais, merece destaque o Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais da ONU, que, ao interpretar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, estabeleceu a amplitude do direito à moradia adequada. “Embora a adequação seja determinada em parte por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros, o Comitê considera que é, no entanto, possível identificar certos aspectos do direito que devem ser levados em conta para este efeito em qualquer contexto particular” (art. 8º). Assim, estabeleceu como elementos do direito à moradia adequada:

Segurança da posse: Todas as pessoas têm o direito de morar sem o medo de sofrer remoção, ameaças indevidas ou inesperadas. As formas de se garantir essa segurança da posse são diversas e variam de acordo com o sistema jurídico e a cultura de cada país, região, cidade ou povo;

Disponibilidade de serviços, infraestrutura e equipamentos públicos: A moradia deve ser conectada às redes de água, saneamento básico, gás e energia elétrica; em suas proximidades deve haver escolas, creches, postos de saúde, áreas de esporte e lazer e devem estar disponíveis serviços de transporte público, limpeza, coleta de lixo, entre outros.

Custo acessível: O custo para a aquisição ou aluguel da moradia deve ser acessível, de modo que não comprometa o orçamento familiar e permita também o atendimento de outros direitos humanos, como o direito à alimentação, ao lazer etc. Da mesma forma, gastos com a manutenção da casa, como as despesas com luz, água e gás, também não podem ser muito onerosos.

Habitabilidade: A moradia adequada tem que apresentar boas condições de proteção contra frio, calor, chuva, vento, umidade e, também, contra ameaças de incêndio, desmoronamento, inundação e qualquer outro fator que ponha em risco a saúde e a vida das pessoas. Além disso, o tamanho da moradia e a quantidade de cômodos (quartos e banheiros, principalmente) devem ser condizentes com o número de moradores. Espaços adequados para lavar roupas, armazenar e cozinhar alimentos também são importantes.

Não discriminação e priorização de grupos vulneráveis: A moradia adequada deve ser acessível a grupos vulneráveis da sociedade, como idosos, mulheres, crianças, pessoas com deficiência, pessoas com HIV, vítimas de desastres naturais etc. As leis e políticas habitacionais devem priorizar o atendimento a esses grupos e levar em consideração suas necessidades especiais. Além disso, para realizar o direito à moradia adequada é fundamental que o direito a não discriminação seja garantido e respeitado.

Localização adequada: Para ser adequada, a moradia deve estar em local que ofereça oportunidades de desenvolvimento econômico, cultural e social. Ou seja, nas proximidades do local da moradia deve haver oferta de empregos e fontes de renda, meios de sobrevivência, rede de transporte público, supermercados, farmácias, correios, e outras fontes de

abastecimento básicas. A localização da moradia também deve permitir o acesso a bens ambientais, como terra e água, e a um meio ambiente equilibrado.

Adequação cultural: A forma de construir a moradia e os materiais utilizados na construção devem expressar tanto a identidade quanto a diversidade cultural dos moradores e moradoras. Reformas e modernizações devem também respeitar as dimensões culturais da habitação.

A previsão desses elementos torna o direito à moradia mais concreto, o que enfraquece o argumento de que sua previsão seria excessivamente aberta e imprecisa, dificultando a exigibilidade do direito.

Leticia Osório³¹ lembra que o art. 2º, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados-Parte em “adotar medidas, individualmente e através da ajuda e cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, até o máximo de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos no presente Pacto”. A implementação progressiva desses direitos, destaca a autora, implica nas obrigações de respeitar, proteger e satisfazer os direitos.

Pelas Diretrizes de Maastricht sobre Violações dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1997, a obrigação de respeitar pode ser definida como a exigência de o Estado não violar o direito nem interferir negativamente em sua fruição. A obrigação de proteger impõe que sejam adotadas medidas de prevenção de violações por parte de terceiros. Por fim, a obrigação de satisfazer significa que o Estado deverá adotar medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais e de outras ordens para a plena realização dos direitos.

As mesmas Diretrizes estabelecem que pertence ao Estado o ônus de provar que empreendeu amplos esforços para a plena realização dos direitos. Ainda que se reconheça que a realização imediata de todos os direitos econômicos, sociais e culturais não é possível, os Estados não podem invocar isso como justificativa para a não implementação desses direitos.

Um Estado incorrerá em violação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais quando não garantir a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos. Essa disposição visa a estabelecer um patamar mínimo de realização dos direitos. O perigo, alerta Leticia Osório, é que os Estados assumam o conteúdo mínimo como o único que será implementado. Por isso, reforça a ideia de realização progressiva e proibição do retrocesso, uma vez que

³¹ OSORIO, Leticia Marques. O direito à moradia como direito humano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

“o Comitê tem repetidamente enfatizado que qualquer medida regressiva em relação à implementação dos DESC somente pode ser justificada pelo Estado em relação à totalidade dos direitos enumerados na Convenção e num contexto de plena utilização dos recursos disponíveis”.³²

Posteriormente, o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais estabeleceu o Comentário Geral nº 7, no qual expõe sua preocupação com os chamados despejos (ou remoções) forçados, na medida em que reconhece as graves violações de direitos geradas por tais práticas. Nesse caso, o Comitê prega por soluções democráticas e pacíficas, recomendando que os grupos atingidos possam participar das decisões, devendo ser assegurados mecanismos de proteção de seus direitos.

No caso do direito à moradia e do direito à cidade, o programa mais relevante criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas é o Programa para Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT), que objetiva promover cidades sustentáveis tanto social como ambientalmente. Entre seus principais documentos, fazem parte das orientações da ONU-HABITAT: a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos; a Agenda Habitat; a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos; e a Declaração sobre Cidades e outros Assentamentos Humanos no Novo Milênio.

Com base nesses documentos e nos posicionamentos do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Leticia Osório defende que o conteúdo básico do direito humano à moradia adequada seja composto pelos elementos da não discriminação, da participação no desenvolvimento e implementação de políticas habitacionais e da segurança jurídica da posse.³³

Todas essas previsões internacionais acerca do direito à moradia possuem reflexos nos ordenamentos nacionais, que passaram a incluir garantias para a sua efetivação. No caso do Brasil, como será abordado a seguir, o direito à moradia adequada constitui uma das principais bases da ordem jurídico-urbanística inaugurada pela Constituição de 1988.

3.2 A proteção do direito fundamental à moradia na ordem constitucional brasileira

No texto original da Constituição de 1988, o direito à moradia não recebeu expressa previsão no rol dos direitos fundamentais. Isso, entretanto, não impediu que significativa parcela da doutrina e da jurisprudência o reconhecesse como direito

³² OSORIO, Leticia Marques. O direito à moradia como direito humano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 49.

³³ OSORIO, Leticia Marques. O direito à moradia como direito humano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 67.

implícito.³⁴ Outro não poderia ser o entendimento, pois a cidadania e a dignidade da pessoa humana, fundamentos da República, só podem ser concebidas em um cenário no qual se possa desfrutar de uma moradia adequada.

Ademais, ainda que em uma perspectiva individual, o art. 5º protege o domicílio, determinando sua inviolabilidade como forma de proteção dos moradores. Da mesma forma, o art. 7º reconhece a moradia como necessidade humana básica ao tratar do salário-mínimo. E não se pode esquecer da inovação da usucapião especial de imóvel urbano, prevista no art. 183, que condiciona a aquisição da propriedade ao uso do imóvel para fins de moradia.

Com a Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, qualquer dúvida sobre a fundamentalidade desse direito foi dissipada. Sua inclusão no rol dos direitos sociais previstos no art. 6º conferiu-lhe a devida proeminência constitucional, assegurando-lhe lugar de destaque como um dos pilares da ordem jurídico-urbanística brasileira.³⁵

Embora não exista uma definição precisa do que venha a ser o direito fundamental à moradia, a articulação das normas internacionais com os princípios constitucionais e com as diretrizes da política urbana permite estabelecer seu delineamento.

Para Nelson Saule Junior “o direito à moradia pode ser considerado plenamente satisfeito a partir da existência de três elementos que são: viver com segurança, viver com paz, e viver com dignidade”.³⁶ Esses elementos (segurança, paz e dignidade) constituiriam o núcleo básico do direito que, somado aos seus componentes já internacionalmente reconhecidos, confere-lhe concretude. Assim, é entendida como adequada e decente a moradia sadia, jurídica e fisicamente segura, protegida, acessível, disponível e que esteja inserida em um contexto de acesso a serviços e

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

³⁵ Para efeito de comparação, menciona-se aqui o tratamento dado à moradia nas Constituições de Portugal e Espanha. A Constituição portuguesa foi bem concreta ao tratar de habitação e urbanismo em seu art. 65: “1. Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. 2. Para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado: a) Programar e executar uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social; b) Promover, em colaboração com as regiões autónomas e com as autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais; c) Estimular a construção privada, com subordinação ao interesse geral, e o acesso à habitação própria ou arrendada; d) Incentivar e apoiar as iniciativas das comunidades locais e das populações, tendentes a resolver os respectivos problemas habitacionais e a fomentar a criação de cooperativas de habitação e a autoconstrução. 3. O Estado adoptará uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria”. Já a Constituição espanhola definiu o direito à moradia digna conforme seu art. 47 “Todos los españoles estienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

³⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004, p. 133.

infraestruturas básicas, conforme preconizado pelo Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, bem como pela Agenda Habitat.

Por sua posição no ordenamento jurídico, o direito fundamental à moradia é imediatamente aplicável, vinculando o Poder Legislativo, seja como cláusula impeditiva na elaboração de normas que o violem, seja como parâmetro positivo que orientará novas leis que possam conferir-lhe maior eficácia e concretude. Da mesma forma, fica também o Poder Judiciário vinculado, devendo proteger o direito e, inclusive, exercer o controle de constitucionalidade com base nele.

Questão mais controversa, entretanto, é a que diz respeito à obrigatoriedade do Poder Executivo efetivar o direito à moradia adequada por meio das políticas públicas. Isso porque seu caráter prestacional exige o aporte de recursos financeiros de grande vulto, levando a Administração Pública a alegar os limites da “reserva do possível” como justificativa para a sua não efetivação plena.

Para Ingo Sarlet, contudo, “o direito à moradia assume o seu lugar no âmbito do conjunto dos direitos ligados ao mínimo existencial para uma vida com dignidade”,³⁷ razão pela qual sua aplicabilidade deve ser priorizada e otimizada ao máximo nível. O argumento do “mínimo existencial” tem tido adesão por parte de magistrados em inúmeras decisões judiciais nos últimos anos. Entretanto, é preciso refletir sobre a fragilidade e os limites desse fundamento. Em primeiro lugar, porque não há critérios racionais para identificar que direitos compõe esse mínimo, de forma que seu conteúdo varia. Por exemplo, diversamente de Ingo Sarlet, Ana Paula de Barcellos não inclui o direito à moradia no rol do mínimo existencial, restringindo-se ao direito à educação básica, à saúde básica, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.³⁸

É preciso também superar a noção de “mínimo” associada apenas às condições de subsistência. Como propõe Cláudio Pereira de Souza Neto, “o Judiciário é legítimo para concretizar não as ‘condições mínimas’, mas as ‘condições necessárias’ para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública)”.³⁹ Nesse sentido, o direito à moradia parece avançar na medida em que propõe uma situação “adequada”, que é mais do que o “mínimo”. Não basta um abrigo qualquer, devendo estar presentes os demais elementos (habitabilidade, segurança da posse, adequação cultural, custo acessível etc.).

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 352.

³⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 537.

Sendo competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”, conforme art. 23, IX, da Constituição, a consequência é precisamente a obrigação do Poder Público em promover as providências para a satisfação desse direito em relação à população que, por vulnerabilidade social e econômica, não pode provê-lo por seus próprios meios.⁴⁰

Além da dimensão prestacional, um aspecto relevante no presente estudo diz respeito à possibilidade de utilização do direito à moradia como um direito de defesa. Por estar enquadrado no rol de direitos de segunda dimensão, comumente são ressaltadas as obrigações positivas relacionadas à sua prestação. Entretanto, assim como os demais direitos fundamentais, também o direito à moradia possui uma dimensão negativa, estabelecendo limites de atuação dos agentes públicos e privados, conforme lição de Ingo Sarlet:

No âmbito da assim denominada dimensão negativa ou daquilo que também tem sido chamado de uma função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia, como bem jurídico fundamental, encontra-se, em princípio, protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas. O Estado, assim como os particulares, tem o dever jurídico de respeitar e de não afetar (salvo no caso de ingerências legítimas) a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida que corresponda a uma violação do direito à moradia é passível, em princípio, de ser impugnada também pela via judicial.⁴¹

Imperativo também registrar que a concretização do direito à moradia deve ser progressiva, proibindo-se o retrocesso jurídico e social. Não pode o Estado impor, devido a intervenções urbanas de grande impacto, situações piores do que aquelas em que se encontram os moradores das áreas afetadas. Medidas como o reassentamento de famílias, por exemplo, devem assegurar que as novas condições de moradia sejam melhores do que as atuais, considerada não somente a estrutura da habitação, mas igualmente sua localização, disponibilidade de serviços, infraestrutura de qualidade, segurança jurídica da posse, custos, adequação cultural e respeito a grupos em situação de vulnerabilidade.

⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 2012, p. 376.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia de efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 277.

4 Considerações finais

Frente à necessidade de estabelecer parâmetros que guiem a atuação judicial nos processos relativos a direitos sociais sem que haja excessos por parte dos juízes, Claudio Pereira de Souza Neto propõe uma série de critérios materiais e processuais. O autor defende que: I – deve ser delimitada a esfera de fundamentalidade do direito; II – a legitimidade em tais ações seria exclusiva dos hipossuficientes; III – as decisões devem ser universalizáveis; IV – os direitos sociais devem ser tratados em sua unidade e não isoladamente; V – o magistrado deve priorizar as alternativas técnicas da Administração Pública e também as que sejam mais econômicas; VI – haja variação de intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimento público; VII – haja prioridade para as ações coletivas e ações individuais quando houver dano irreversível ou inobservância de direitos já conferidos em lei ou programa; VIII – o ônus da prova da falta de recursos deve ser invertida para a Administração; e IX – o Judiciário deve buscar uma ampliação do diálogo institucional.⁴²

Alguns desses parâmetros, entretanto, devem ser aplicados com parcimônia, pois são problemáticos se levados com muito rigor. A legitimidade restrita às pessoas hipossuficientes, por exemplo, pode ser uma barreira em casos nos quais os demandantes não sejam necessariamente pobres, embora não possam arcar com os altos custos de um tratamento médico específico ou de uma moradia adequada.

A exigência de que o magistrado deve antecipar um juízo sobre a possibilidade de universalizar a medida para todas as demais pessoas que venham a demandar o direito parece impossível de ser concretizada. Isso porque o juiz não tem condições de prever quantas pessoas poderão acionar o Judiciário futuramente, nem tampouco antecipar os custos da sua decisão caso ela fosse aplicada em benefício de outras pessoas.

Por outro lado, alguns parâmetros mostram-se pertinentes dada a complexidade das demandas que envolvem direitos sociais. É certo que a escassez de recursos, por exemplo, é um desafio para a Administração Pública e que as decisões judiciais interferem na seara das chamadas “decisões trágicas”. Por isso, os tratamentos meramente individuais parecem inadequados, pois são incapazes de lidar com a escala mais ampla e coletiva das políticas públicas.

No caso do direito social à moradia adequada, esse limite revela-se bem mais presente, pois a solução de provisão habitacional exige a alocação de vultosos recursos financeiros. Além disso, a solução para o déficit habitacional não passa por decisões singulares que obriguem o Poder Executivo a fornecer abrigo sem nenhum critério de inserção urbana da moradia.

⁴² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Isso não significa, porém, que o magistrado esteja impossibilitado de agir diante de circunstâncias extremas. Em casos que envolvam risco e vulnerabilidade social, nos quais se esteja diante de pessoas desabrigadas, o Judiciário representa a última esperança de satisfação do direito, que não encontra solução nas decisões administrativas. Esse parece ser um parâmetro importante para balizar a atuação judicial. Havendo perigo de dano em decorrência de situações urgentes, deverá o juiz decidir em favor do direito à moradia adequada.

Por outro lado, os casos que não se encaixam em circunstâncias emergenciais são mais adequadamente tratados pelos órgãos competentes para planejar e fazer a gestão das políticas públicas. Esse foi o critério utilizado no famoso caso *Government of Republic of South Africa and others vs. Grootboom and others*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul no ano 2000. Ao assegurar o direito à moradia (previsto no art. 26 da Constituição Sul-Africana), o Tribunal entendeu que as pessoas desabrigadas deveriam ser imediatamente atendidas pelo governo. A decisão foi motivada pelo contexto emergencial.

Outro parâmetro importante é o que inverte o ônus da prova, atribuindo à Administração o dever de demonstrar que não dispõe de recursos. Isso torna a demanda judicial mais justa para os demandantes, que raramente poderiam desconstituir o argumento da “reserva do possível” se o ônus recaísse sobre eles.

De toda sorte, contudo, o Judiciário mostra-se como um fórum excepcional para o debate e a efetivação dos direitos sociais. O espaço institucional por excelência, com maior capacidade para dar respostas efetivas e suficientemente amplas para o problema, continua sendo o Poder Executivo e seus órgãos de formulação das políticas públicas.

Justiciability of the social right to adequate housing

Abstract: This paper addresses the problem of enforceability of social rights at the judicial level and, in particular, the right to adequate housing. The intense and excludent urbanization process through which many countries have passed, including Brazil, has generated high levels of housing shortage and difficulty of access to urbanized and well located land. This reality produces a large demand for public policies for the realization of the right to adequate housing in its various parts. Because of the inability of the public policies to meet the entire population, some demands end up being constituted as judicial litigation, putting the judiciary on the need to make decisions regarding social rights. The issue is controversial, with various arguments against the justiciability of these rights and that somehow disqualify social rights as fundamental rights. In this sense, this paper promotes a review of the literature by putting forward to face the different positions.

Keywords: Justiciability. Social rights. Adequate Housing.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BONDUKI, Nabil. *Origens da Habitação Social no Brasil*. São Paulo: Estação Liberdade, 1994.
- COURTIS, Christian. Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Déficit habitacional no Brasil 2011-2012*. Belo Horizonte: Fundação João Pinheiro. Centro de Estatística e Informações, 2015.
- FROTA, Henrique Botelho. A função social ad posse como parâmetro para tratamento dos conflitos fundiários urbanos. *Fides – Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, Natal/RN, v. 6, n. 1, p. 37-52, jan./jun. 2015.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- OSORIO, Leticia Marques. O direito à moradia como direito humano. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- PANSIERI, Flávio. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexão a partir do direito à moradia*. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PEREZ, Lea Freitas. *A cidade e a modernidade: equívocos conceituais*. Rio Grande: Biblos, 1998.
- PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a eficácia de efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FROTA, Henrique Botelho. Justiciabilidade do direito social à moradia adequada. *Revista Brasileira de Direito Urbanístico – RBDU*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 173-193, jul./dez. 2015.
