UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

Dissertação

O acesso ao direito social à moradia digna e adequada na concepção do constitucionalismo dirigente: o impasse da exigibilidade

Vanessa Aguiar Figueiredo

Pelotas, 2020

Vanessa Aguiar Figueiredo

O acesso ao direito social à moradia digna e adequada na concepção do constitucionalismo dirigente: o impasse da exigibilidade

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Dr. Marcelo Nunes Apolinário

Pelotas, 2020

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas Catalogação na Publicação

F475a Figueiredo, Vanessa Aguiar

O acesso ao direito social à moradia digna e adequada na concepção do constitucionalismo dirigente : o impasse da exigibilidade / Vanessa Aguiar Figueiredo ; Marcelo Nunes Apolinário, orientador. — Pelotas, 2020.

145 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2020.

1. Direito à moradia. 2. Exigibilidade. 3. Constituição dirigente. I. Apolinário, Marcelo Nunes, orient. II. Título.

CDDir :341.27

Elaborada por Catarina Prestes de Carvalho CRB: 10/2046

Facebook

O acesso ao direito social à moradia digna e adequada na concepção do constitucionalismo dirigente: o impasse da exigibilidade

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas.

Data da Defesa:

Banca examinadora:

Marcelo N. Apolinário

Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário. (Orientador)
Doutor em Derechos Fundamentales pela Universidad Autónoma de Madrid

ALEXANDRE FERNANDES GASTAL Assinado de forma digital por ALEXANDRE FERNANDES GASTAL Dados: 2020.04.24

Prof. Dr. Alexandre Fernandes Gastal
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Prof. Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto
Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná

Dedico este trabalho aos meus pais.

Agradecimentos

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES), pelo financiamento dessa pesquisa.
Aos meus pais, meus grandes e eternos incentivadores.
Aos meus avós, João Paulo (in memoriam) e Wanda pelo carinho e amor que sempre tiveram comigo.
Ao restante da minha família pelo apoio incondicional.
As minhas amigas, especialmente Nathielen, Paola e Dandara, que me apoiaram neste momento tão importante na minha vida.
Ao João Victor, meu companheiro, pela atenção e carinho ao longo desta caminhada.
Ao meu querido orientador Marcelo Apolinário, que acreditou na minha pesquisa e soube lindamente me conduzir neste trabalho. Obrigada, professor pelo carinho, apoio e amizade neste tempo.
Aos meus queridos colegas de mestrado, especialmente, Naiade, Marta, Rogério e Daniela pelo apoio e amizade sempre.
Ao corpo docente e coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito pela contribuição na minha formação.
Aos funcionários da Faculdade de Direito, especialmente a Paloma e o Sr. João pelo carinho e atenção que tiveram comigo ao longo destes dois anos.

“O abismo não nos divide. O abismo nos cerca.”

(Wislawa Szymborska)

Resumo

O presente estudo se dedica a tratar sobre a (in) justiciabilidade do direito à moradia e os obstáculos em torno da exigibilidade judicial deste direito. Tem como pressuposto identificar o quanto a ideia de não acionabilidade judicial dos direitos sociais na constituição brasileira, em específico do direito à moradia, impede o acesso ao mesmo, pois se considera que os direitos sociais sejam destituídos de aplicabilidade, por carecerem de eficácia jurídica. Para isso, a concepção do constitucionalismo dirigente será o ponto de partida do trabalho, principalmente em relação às normas de cunho programático presentes na Constituição Federal. A primeira seção da pesquisa dedica-se a tratar sobre o aporte jurídico do direito à moradia tanto enquanto direito humano fundamental e social. A segunda centra no problema da eficácia jurídica dos direitos sociais enquanto normas programáticas e a baixa densidade normativa. E por último, os desafios para a plena concretização do direito à moradia e a questão da exigibilidade judicial deste direito. Nesse contexto, o acesso ao direito de moradia encontra obstáculos não só na via judicial como demanda um complexo de ações que são negligenciadas pelo Poder Público, principalmente se comparada com outros direitos sociais. Utilizou-se o método hipotético- dedutivo, em abordagem qualitativa e a revisão bibliográfica- documental.

Palavras-chave: Direito à moradia; Exigibilidade; Constituição Dirigente;

Abstract

The present study focuses on the (in) justiciability of the housing right and the obstacles surrounding the judicial enforceability of this right. It has as presupposition to identify how much the non-actionability judicial idea of the social rights in the Brazilian constitution, in particular in the housing right, prevents access to it, because it is considered that social rights are devoid of applicability, because they lack legal effectiveness. For this, the conception of the governing constitutionalism will be the starting point of the work, mainly in relation to the programmatic rules present in the Federal Constitution. The first section of the research is devoted to dealing with the legal contribution of housing right both as a fundamental human and social right. The second focuses on the problem of the legal effectiveness of social rights as programmatic norms and low regulatory density. Finally, the challenges to the full realization of housing right and the question of the enforceability of this right. In this context, access to housing rights not only in judicial proceedings but also a complex of actions which are neglected by the Government, especially if compared with other social rights. The hypothetical-deductive method was used in qualitative approach and bibliographical-documentary review.

Keywords: Housing Right; Enforceability; Governing Body;

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Déficit habitacional e seus componentes 2017

Tabela 2 - Déficit habitacional total por componente 2015

Tabela 3 - Déficit habitacional relativo por componente 2014

Tabela 4 - Déficit habitacional relativo 2014 (porcentagem)

Tabela 5 - Volumetria das demandas judiciais atinentes ao direito sanitário nos anos de 2016 e 2017

Lista de Abreviaturas

BNH	Banco Nacional da Habitação
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
IAPS	Instituto de Aposentadoria e Pensões
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
PAH	Plano de Assistência Habitacional
PAIH	Plano de Ação Imediata para a Habitação
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PNAD	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

Sumário

1 Introdução 13
2 Abordagem da configuração jurídica e social do direito à moradia 17
2.1 A moradia como bem essencial 17
2.2 O reconhecimento jurídico e formal do direito à moradia 21
2.2.1 O reconhecimento jurídico no plano internacional 21
2.2.2 O reconhecimento jurídico no plano nacional 27
2.3 Aproximações entre o direito à moradia e o fundamento da dignidade da pessoa humana 31
2.4 O complexo conteúdo do direito à moradia 33
2.5 Compreensão do direito à moradia a partir da cidadania 35
3 Os desafios em relação à justiciabilidade dos direitos sociais 39
3.1 O *boom* dos direitos: o reconhecimento dos Direitos Humanos e as gerações de direitos 40
3.1.1 A fase pré-constitucional 40
3.1.2 Fase contemporânea: a internacionalização dos Direitos Humanos 43
3.1.3 As “gerações” de Direitos Humanos: diferenciação do regime de implementação dos direitos sociais fase 48
3.2 Ponto de partida dos direitos sociais: O Estado Social de Direito 50
3.3 Afinal, o que são direitos sociais? 53
3.4 Direitos sociais como anomalias: reflexões em torno da exigibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais 55
3.4.1 A indivisibilidade dos Direitos Humanos: repensando as gerações de direitos 56
3.4.2 Análise crítica do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) 58
3.4.3 O problema da classificação dos direitos fundamentais 61

3.5 Direitos sociais como cláusulas pétreas? 65
3.6 Titularidade dos direitos sociais 68
3.7 A questão orçamentária: exigibilidade dos direitos sociais prestacionais e a teoria da reserva do possível 69
3.8 Análise da exigibilidade dos direitos sociais à luz de Victor Abramovich e Christian Courtis 74
4 A questionável exigibilidade do direito social à moradia 81
4.1.1 A teoria da Constituição Dirigente como ponto de partida 82
4.1.2 Ainda há um dirigismo constitucional? 87
4.2 A questão das normas programáticas 89
4.3 Chegando no problema central: analisando os desafios relativos à exigibilidade do direito à moradia 93
4.3.1 Moradia: algumas considerações sobre o déficit habitacional 93
4.3.2 Uma análise das políticas habitacionais brasileiras 99
4.3.3 A eficácia constitucional da norma garantidora 102
4.2.2 Dos demais direitos sociais 104
4.3.4 Reserva do possível como obstáculo orçamentário para a concretização do direito à moradia 108
4.4 Entre o mínimo existencial e um direito *prima facie* de moradia 115
4.5 Princípio da proibição do retrocesso social e a estrita relação com o direito social à moradia 118
4.6 Poder Judiciário e o controle de políticas públicas: entre a separação dos poderes 122
5 Considerações Finais 131

1 Introdução

Este texto apresenta pesquisa ao nível de pós-graduação *stricto sensu*, mestrado, desenvolvida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Pertence à área de concentração em direitos sociais, incluindo-se na linha de pesquisa Estado e Constituição, financiada pelo Programa Institucional de Bolsas de Mestrado e Doutorado (PIB-MD) da Universidade Federal de Pelotas.

A moradia sempre foi essencial em todas as fases da Humanidade para a preservação da vida humana. O ser humano sempre sentiu necessidade de buscar abrigo e proteção. As primeiras moradias foram as cavernas, que serviam de abrigo contra as intempéries do clima e proteção de animais perigosos. À medida que a sociedade se tornou mais complexa, as moradias foram se aperfeiçoando, com materiais mais resistentes, como madeira e tijolos.

Cada vez mais os tipos de moradia foram se modificando conforme houve o aperfeiçoamento das relações sociais, econômicas e políticas da sociedade. Castelos, casas de alvenaria e condomínios representam bem o quanto a habitação foi se transformando ao longo do tempo. Além disso, a moradia, ao longo da história, representou o *status social* de determinado segmento, como exemplo, a dualidade entre senzala e casa-grande. As senzalas eram formas de moradias da população escravizada, que consistiam em habitações pobres e nenhum conforto, estas estavam diretamente relacionadas à casa-grande que eram casas luxuosas destinadas aos senhores que escravizavam a população negra. Essa relação expressa bem o quanto a moradia está relacionada com as diferenças sociais estabelecidas na sociedade.

Neste contexto, a moradia apresenta-se como uma exigência fundamental para as condições sociais, morais e fisiológicas de qualquer pessoa. Assegura proteção, estabilidade e intimidade aos seus moradores. Ante a moradia ser uma necessidade essencial para todo e qualquer ser humano, foi necessária sua legitimação na ordem jurídica com o objetivo de proteger este bem. Assim, os documentos jurídicos passaram a incorporar o direito à moradia em seus textos afim de concretizar a dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi o documento jurídico pioneiro que assegurou o direito à moradia. Posteriormente, o direito à moradia foi reconhecido em vários outros documentos jurídicos como o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). No Brasil, o direito à moradia está

no rol dos direitos sociais, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988. Ocorre que, apesar de previsto normativamente, a exigibilidade do direito à moradia ainda é questionável, principalmente em seu viés judicial.

A controversa exigibilidade do direito à moradia surge a partir da teoria da Constituição Dirigente proposta pelo autor português José Joaquim Gomes Canotilho. Na sua tese de doutoramento, o jurista procurou demonstrar o efeito vinculante do texto constitucional português, principalmente como um alerta direcionado ao legislador. Nesta linha, Canotilho apresenta as denominadas *normas programáticas.* Essas normas teriam a função de vincular o legislador ao texto constitucional e dirigir a atuação do Poder Público. Para grande parte da doutrina estas normas seriam destituídas de aplicabilidade imediata, pois, dependeriam de intervenção legislativa posterior.

A teoria da Constituição Dirigente foi de grande inspiração para o texto constitucional brasileiro de 1988. Desta maneira o constituinte brasileiro preocupou-se em estabelecer compromissos estatais através de suas normas. Ocorre que, os direitos sociais são considerados normas de cunho programático e que não seriam exigíveis.

A exigibilidade corresponde à possibilidade de um direito ser cumprido, há uma obrigação estatal na norma que o coloca como exigível. Cabe ressaltar que a exigibilidade do qual a pesquisa trata não se restringe somente a exigibilidade judicial, não se reduz exclusivamente ao processo judicial, a exigibilidade neste trabalho é desenvolvida de maneira mais ampla, considerando aspectos administrativos também. O fato é que a exigibilidade dos direitos sociais sempre foi algo controverso na doutrina, principalmente quando se diz respeito a sua justiciabilidade, ou seja, a possibilidade, a sim, de apreciação judicial destes direitos. Os direitos sociais não são considerados exigíveis e normas de aplicação imediata, diferente dos direitos civis e políticos. A escolha por tratar em específico do direito social à moradia deu-se em razão da importância da habitação adequada para a manutenção de uma vida digna.

Desta forma, a pesquisa busca tratar acerca da exigibilidade do direito social à moradia. A questão norteadora do trabalho buscou saber se o acesso ao direito de moradia se vê condicionado à falta de exigibilidade das normas programáticas que resguardam os direitos sociais na Constituição Federal de 1988 e se a presente norma teria aplicabilidade imediata. Com base nesta inquietação, a hipótese postulada é a de que a norma garantidora do direito à moradia na Constituição Federal de 1988, não

constitui direito subjetivo e sim, norma que deve ser concretizada, progressivamente, através de políticas públicas.

Para isso, objetiva primordialmente, de forma geral, verificar o quanto a ideia de não acionabilidade judicial dos direitos sociais na constituição brasileira, em específico do direito à moradia, impede o acesso e a elaboração de medidas que visem realizar o direito de habitação. Além disso, o trabalho buscou alcançar três objetivos específicos: compreender a construção jurídica do direito à moradia, demonstrar o problema da justiciabilidade dos direitos sociais e por último, tratar sobre o direito à moradia e os obstáculos que limitam a justiciabilidade deste direito.

O motivo pelo qual este tema foi escolhido deve-se ao fato de ser um assunto pouco explorado pela doutrina constitucional contemporânea havendo poucos referenciais teóricos que tratam sobre a temática. A justiciabilidade dos direitos sociais é um tema delicado e complexo e no caso do direito à moradia, torna-se o (ponto) chave que impacta diretamente na elaboração de políticas habitacionais, pois, se infere na atuação do poder público.

Para explicitar os resultados a partir dos objetivos específicos, a pesquisa foi estruturada em três capítulos. O primeiro capítulo é dedicado a apresentar a configuração jurídica e social do direito à moradia. No primeiro momento, o estudo tratará sobre a importância da moradia enquanto bem essencial e indispensável à dignidade humana e posteriormente se analisarão os principais documentos jurídicos que garantem o direito à moradia tanto ao nível nacional como internacional. Para isso, foram usados como referenciais teóricos principalmente, Norberto Bobbio, Joaquín Herrera Flores, André de Carvalho Ramos, Flávia Piovesan e Gerardo Pisarello.

O segundo capítulo retrata os desafios atribuídos aos direitos sociais no tocante a sua exigibilidade. São discutidos pontos como o caráter fragmentado no qual os direitos sociais são associados, a teoria da reserva do possível como limite fático e jurídico e acerca da titularidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Neste ponto se escolheu como principais referenciais teóricos os autores Robert Alexy, Carlos Salvador Rodríguez Camarena, Gregorio Peces-Barba Martínez e Ana Carolina Lopes Olsen.

O último capítulo da pesquisa irá apresentar os principais desafios que questionam a exigibilidade do direito social à moradia na Constituição Federal de 1988. O ponto inicial é acerca da Teoria da Constituição Dirigente, colocada pelo autor português José Joaquim Gomes Canotilho, implementada pioneiramente no contexto

de Portugal, mas que posteriormente foi difundida no constitucionalismo brasileiro através da Carta de 1988. Cabe ressaltar que a Constituição Dirigente ou também denominada Constituição Programática/Diretiva se coaduna por conter normas definidoras de programas e diretrizes, com o intuito de direcionar a atuação futura dos órgãos estatais.

Ademais, foi feita a análise dos desafios relativos à exigibilidade do direito à moradia. Também foi apresentado dados sobre a questão do deficit habitacional brasileiro e o panorama das políticas públicas relativas à habitação. Buscou-se verificar a eficácia da norma garantidora e a possibilidade de um menor grau de eficácia da respectiva norma. Também se analisa a chamada “reserva do possível”, agora verificando o quanto exerce influência na exigibilidade concreta do direito à moradia. Nessa empreitada, serviram como base as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, Daniel Sarmento, Gilberto Bercovici, Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Ingo Sarlet e Odoné Serrano Júnior.

Em termos metodológicos, o método de abordagem utilizado foi o método hipotético-dedutivo que consiste na construção de conjecturas (hipóteses) que são levadas a testes na busca de dar solução a um problema de pesquisa. Optou-se por utilizar este método porque a pesquisa partiu de uma lacuna, de um problema que foi submetido à análise crítica.

Por fim, trata-se também de ser uma pesquisa qualitativa porque se desejou, desde o início do trabalho, compreender e explorar a complexidade do direito social à moradia, objeto da investigação. Quanto ao procedimento, consistirá na revisão bibliográfica, com levantamento de referências teóricas sobre os assuntos, em livros e periódicos, e por fim, a pesquisa documental também serviu de base para o trabalho já que se recorreu tanto a documentos jurídicos, bem como, dados oficiais emitidos pelo Governo Federal.

2 Abordagem da configuração jurídica e social do direito à moradia

Morar é uma exigência da própria condição humana. A moradia não se configura em apenas espaço físico, é palco de histórias e acontecimentos dos seus moradores. Abriga um conjunto de regras, rotinas e vivências de quem a habita. Por ser tão imprescindível, a moradia surge como necessidade do ser humano de se abrigar em um local seguro, por isso torna-se um bem jurídico tutelado pelo Direito.

Assim, neste primeiro capítulo, abordar-se-á a configuração jurídica e social do direito à moradia. No primeiro momento, o estudo tratará sobre a moradia enquanto bem essencial e a relação do direito à moradia com outros bens jurídicos. A partir de tais considerações, se analisará o reconhecimento jurídico da moradia, primeiro em caráter internacional, tendo como base o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, e depois, o direito à moradia na perspectiva constitucional brasileira, precipuamente sua configuração enquanto direito social.

No terceiro ponto do capítulo o objetivo é tratar sobre a interligação entre o direito à moradia com o princípio da dignidade da pessoa humana, demonstrando que o primeiro é parte integrante e pressuposto de uma vida digna. Adiante, será apresentado o complexo conteúdo do direito à moradia e as posições jurídicas que este assume: enquanto direito prestacional e direito negativo. Por último, o direito à moradia será analisado sob a ótica da cidadania, informando os grupos mais vulneráveis no acesso a este direito.

2.1 A moradia como bem essencial

A moradia neste tópico receberá o tratamento para além do espaço físico e de ordenação espacial, será analisada em seu caráter dinâmico através dos vários significados da casa e do morar.

Mesmo os seres vivos irracionais abrigam-se em busca de defesa, seja num galho de árvore, numa “toca” ou em um tronco, a procura por proteção pessoal é algo do instinto animal na luta pela sobrevivência. O próprio pássaro joão-de-barro constrói sua “casa” de forma singela no intuito de se proteger. O Homem[1] não age diferente;

[1] A expressão “Homem” será utilizada neste trabalho sempre com o intuito de expressar o conjunto de todos os seres vivos e se referir à espécie humana e não à identidade de gênero.

sempre buscou seu espaço físico para que pudesse ficar protegido dos fenômenos naturais e ataques de terceiros.

Moradia, casa, ou residência são os nomes dados ao local ou espaço físico construído com a finalidade de habitação pelo ser humano. É aquele local destinado ao seu conforto, abrigo contra os eventos naturais, privacidade, reprodução e lazer. Como enfatizou Edwark Coke, ainda no século XVI: “A casa de um homem é o seu castelo”. Numa perspectiva histórica, o primeiro espaço arquitetônico que o homem conquistou em busca de abrigo foi a caverna:

> “...onde intensificava a receptividade espiritual e a exaltação emocional, uma vez que os aspectos originais da colonização temporária não vislumbravam apenas a sobrevivência física, mas, muito mais valioso e significativo, era conservar uma consciência entre passado e futuro, envolvendo o prazer do sexo e da morte e do após a morte” (NOLASCO, 2008, p.35).

Conforme a necessidade, com o passar do tempo, novos abrigos começaram a ser construídos com materiais mais sofisticados da época, como o barro e a madeira. A evolução das habitações não ocorreu apenas com o passar do tempo, mas também sofreu influência da natureza, como a modificação dos solos, do clima e a necessidade de abrigo do ser humano face aos perigos externos. Desta forma, o Homem começou a construir casas com os materiais disponíveis, adotando técnicas de construção dominadas por certo grupos através do planejamento e da arquitetura (LOURENÇO; BRANCO; 2012).

O papel da habitação também se transformou conforme a conjuntura estrutural da sociedade. No período de escravidão do povo negro, o uso da moradia era ligado à condição socioeconômica, ao lugar de origem na sociedade e ainda determinava as relações sociais. Para a população negra, a habitação era a senzala, os mocambos[2], os quilombos e os cortiços, em contrapartida, em iguais perspectivas, para os brancos, a casa-grande, os sobrados e os palacetes, assim estabelecendo a segregação entre ambas as raças, o que futuramente determinará o lugar natural da população branca em direção às áreas de poder socioeconômico, político e cultural (GONZALES; HASENBALG, 1982).

Com o processo de amadurecimento da urbanização e com a expansão de todos os tipos de moradia, a exclusão social, representada através da moradia, perpetuou com o processo de substituição da mão de obra escrava até o advento da

[2] Tipo de habitação miserável. Eram comunidades do tamanho de uma aldeia, menores que os quilombos.

industrialização. A classe dos trabalhadores foi a mais afetada com o processo de urbanização:

> “As moradias dos trabalhadores passaram a ser alteradas conforme ideais de higiene e economia e a elite brasileira passou a ter interesses em primar pela saúde e bem estar da população proletária, percebendo que as epidemias originadas nos aglomerados urbanos pobres se alastravam pela cidade como um todo. Assim, no final do século XIX, houve uma grande campanha de higienização e moralização das classes pobres. Esses problemas também se relacionavam com os cortiços, que eram construções amontoadas alugadas para a população de baixa renda” (RUBIN; BOLFE; 2014, p. 202).

O local de moradia, ao longo da história, diz muito sobre a procedência, a condição social e até mesmo a honra de cada indivíduo. O que se pretende observar nesta perspectiva são os movimentos entre vilas e ruas, incluindo pensões, casas, casebres, estâncias e outros locais de moradia, nesses locais já codificados, são neles que se deflagram tensões, desembocando em crimes (SPINOSA, 2005). Na mesma perspectiva em relação à moradia precária e ao estigma social:

> [...] o imaginário social constrói um discurso que esquadrinha a mistura de sexos e idades, desorganização familiar, a moralidade duvidosa, os hábitos perniciosos, olhando estes locais como focos que fermentam os germes da degenerescência e da vadiagem e daí o passo para a criminalidade. Ou seja: a condição de sub-cidadão como morador das cidades constitui forte matriz que serve para construir o diagnóstico da periculosidade. (KOWARICK, 2000, p. 54-55)

O autor ainda complementa:

> Essa discriminação e segregação são importantes apenas por impulsionar a acumulação capitalista por uma espécie de mais-valia absoluta urbana. Essa concepção de ordem também é importante para fundamentar uma forma de controle social pela vistoria da vida privada das pessoas: o mundo da desordem, potencialmente delinquente, é jovem, de tez morena ou escura, mal vestido, de aparência subnutrida. De preferência não porta ou não tem carteira de trabalho e mora nos cortiços das áreas centrais ou nas favelas das periferias (KOWARICK, 2000, p. 54).

Moradia também se relaciona muito com o íntimo do indivíduo-morador. Lefebvre (1966) a vê como um espaço aberto para o mundo, ligado a uma materialidade concreta e socialmente produzida. As práticas do “morar” determinam alguns fatores que influenciam até mesmo na personalidade do morador. As experiências residenciais vividas, os hábitos praticados na infância e a importância simbólica dos móveis que constituem determinada moradia determinam o comportamento futuro de seu ocupante. Também há de se ressaltar que a situação geográfica, o tamanho da unidade, o tipo de moradia e a distribuição do espaço no qual a moradia está localizada podem favorecer ou não a satisfação de determinadas necessidades humanas, como mostra Bachelard (1998, p. 26):

> [...] a casa é uma das maiores (forças) de integração para os pensamentos, as lembranças e os sonhos do homem. Nessa integração, o princípio de ligação é o devaneio. O passado, o presente e o futuro dão a casa dinamismos diferentes que não raro interferem, às vezes se opondo, às vezes excitando-se mutuamente. Na vida do homem, a casa afasta contingências, multiplica seus conselhos de continuidade. Sem ela, o homem seria um ser disperso. Ela mantém o homem através das tempestades do céu e das tempestades da vida. É corpo e é alma. É o primeiro mundo do ser humano [...]. A vida começa bem, começa fechada, protegida, agasalhada no regaço da casa.

Na passagem de Bachelard é possível observar a percepção subjetiva que a moradia possui para com o seu morador. A casa é o espaço de aconchego familiar, é a existência de um mundo próprio de seu morador e deste com sua família e amigos. Como bem coloca Freud (1996, p.42), a casa para moradia constituiu um substituto do útero materno, o primeiro alojamento, pelo qual, com toda probabilidade, o homem ainda anseia, e no qual se achava seguro e se sentia à vontade.

A moradia não se configura somente como um espaço físico, é local de histórias, de relacionamentos e que reflete muito no modo de ser e de viver de seu habitante. Na casa determinam-se regras, rotinas que permitem que seu morador reconheça aquele espaço como seu. De acordo com Doneda (2000), o espaço da casa permite um ambiente de separação com o comum. A casa dialoga com o mundo ao redor, principalmente com o mundo de seus habitantes.

O envolvimento entre o lugar em que se mora e sua representação para o morador é estudado em várias áreas, dentre elas a psicologia. No aspecto psicológico destaca-se a influência que a casa exerce na personalidade de quem nela vive e convive. Ela é, por excelência, o lugar em que os habitantes buscam satisfação das necessidades básicas, sendo reconhecida como espaço de apoio, além de ser a representação da necessidade psicológica de reconhecimento e *status* social (BRANDÃO; HEINECK, 2003, p.38). A antropologia também se dedica ao estudo, no qual estabelece que a casa tem sido utilizada para a delimitação dos espaços, para a constituição de práticas sociais.

A partir das premissas colocadas neste tópico, é notável a importância da moradia para a sociedade. O espaço físico de uma moradia serve para abrigo, proteção, intimidade e, além disso, tem um significado sociocultural importante: reflete o estilo de vida de seus moradores, ao mesmo tempo, revela-se como local de convívio para as mais diversas relações.

2.2 O reconhecimento jurídico e formal do direito à moradia

2.2.1 O reconhecimento jurídico no plano internacional

Antes de adentrarmos no aspecto jurídico da moradia, é necessário delinear brevemente alguns apontamentos históricos sobre a própria evolução do Direito, principalmente no que se refere ao campo dos Direitos Humanos porque a partir destes começou-se a pensar sobre a tutela jurídica do direito à moradia. Hoje, já se sabe que os direitos humanos asseguram uma vida digna, na qual o indivíduo possui condições adequadas de existência, participando ativamente da vida de sua comunidade (RAMOS, 2012), porém, são frutos de um longo processo histórico de afirmação.

Os Direitos Humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas, pois, como realça Norberto Bobbio (1988), progrediram devido às várias lutas sociais até que fossem devidamente consolidados. O movimento de internacionalização dos Direitos Humanos foi o grande percursor para que a ordem internacional se atentasse à proteção dessa categoria. As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial coloca o Estado como grande violador de direitos e responsável pelo genocídio em massa praticado na época. A partir disso, foi necessário pensar em um limite do poder estatal e uma racionalidade de resistência, na medida em que se consolidasse a luta pela dignidade humana (HERRERA FLORES, 2004).

A internacionalização dos Direitos Humanos constitui, assim, um movimento recente na história:

> No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito (PIOVESAN, 2012, p. 184).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 consolida a afirmação histórica dos Direitos Humanos a partir de uma ética universal ao consagrar valores de cunho universal que devem ser seguidos pelos Estados. A Declaração objetiva delinear uma ordem mundial fundada no respeito à dignidade humana (PIOVESAN, 2012) e foi responsável por catalogar uma lista de direitos inerentes ao Homem por sua capacidade enquanto ser humano, dentre esses direitos, o direito à moradia. O artigo 25, alínea *a*, da Declaração Universal (1948) preconiza que:

> Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de

> perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Como o propósito primordial da Declaração Universal de Direitos (1948) era dispor no campo formal à proteção da condição humana e das circunstâncias e condições mínimas de sobrevivência, assegurar a moradia no texto é uma forma de reafirmar a sua importância e a sua relação com uma vida mais digna e justa.

À luz da perspectiva histórica, observa-se que a Declaração Universal de 1948 foi primordial para o processo de internacionalização dos Direitos Humanos, visto que foi responsável por conjugar duas categorias de direitos: direitos civis, políticos e direitos econômicos, sociais e culturais. Como afirmam Louis B. Sohn e Thomas Buergenthal (1973), a Declaração se distingue das tradicionais Cartas de Direitos Humanos, que constam de diversas normas fundamentais e constitucionais dos séculos XVIII e XIX, e começo do século XX, justamente por consagrar não apenas direitos civis e políticos, mas também direitos econômicos, sociais e culturais. Não obstante, a sua importância histórica, muito se discute sobre a força jurídica obrigatória e vinculante da Declaração de Direitos, ao passo que após a sua adoção, em 1948, começou-se a pensar sobre qual maneira seria mais eficaz para assegurar seu reconhecimento:

> Esse processo de "juridicização" da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos — o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal. Ao transformar os dispositivos da Declaração em previsões juridicamente vinculantes e obrigatórias, os dois pactos internacionais constituem referência necessária para o exame do regime normativo de proteção internacional dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p. 226).

Para este trabalho, no processo de juridicização da Declaração, foi importante a positivação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). O intuito desse Pacto foi permitir a adoção de uma linguagem de direitos que implicasse obrigações para os Estados no plano internacional. O Pacto é o instrumento central para a proteção do direito à moradia adequada e refere-se ao direito de todos a um padrão de vida adequado para si e sua família, incluindo alimentação, vestuário, habitação e melhoria contínua das condições de vida (NAÇÕES UNIDAS, 1992, art. 11). Apesar de o direito à moradia ser consagrado como direito social, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também respaldou esse direito

ao prever a proteção contra interferência ilícita e arbitrária em seu domicílio privado (NAÇÕES UNIDAS, 1976, art. 17, 1).

De modo a controlar a aplicação dos direitos contidos no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, foi instituído em 1985, pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que tem como pressuposto fazer o controle da aplicação por parte dos Estados Partes das disposições contidas no PIDESC. Esse Comitê adotou vários comentários gerais no intuito de contribuir para a delimitação do alcance dos artigos contidos no Pacto (PISARELLO, 2003). Em relação ao direito à moradia, os comentários n. 4, 7 e 16, em especial, trazem disposições que servem para identificar o conceito de moradia adequada, além de fornecerem um importante parâmetro de interpretação do PIDESC.

Buscando melhor compreender e delimitar o conteúdo do direito à moradia, o Comentário Geral n.º, elaborado pelo Comitê, dispõe dos elementos para considerar uma moradia digna e adequada:

> [...] a concepção de adequação é particularmente significante em relação ao direito à habitação, desde que serve para realçar um número de fatores que devem ser levados em consideração para constituir 'habitação adequada', pelos propósitos da Convenção. Enquanto a adequação é determinada em parte por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros fatores, o Comitê acredita, contudo, que é possível identificar certos aspectos do direito que devem ser levados em consideração para este propósito em qualquer contexto particular. Eles incluem os seguintes:
> a. Segurança legal de posse. A posse toma uma variedade de formas, incluindo locação (pública e privada), acomodação, habitação cooperativa, arrendamento, uso pelo próprio proprietário, habitação de emergência e assentamentos informais, incluindo ocupação de terreno ou propriedade. Independentemente do tipo de posse, todas as pessoas deveriam possuir um grau de sua segurança, o qual garanta proteção legal contra despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças. Estados-partes deveriam, consequentemente, tomar medidas imediatas com o objetivo de conferir segurança jurídica de posse sobre pessoas e domicílios em que falta proteção, em consulta real com pessoas e grupos afetados.
> b. Disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura. Uma casa adequada deve conter certas facilidades essenciais para saúde, segurança, conforto e nutrição. Todos os beneficiários do direito à habitação adequada deveriam ter acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água apropriada para beber, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, facilidades sanitárias, meios de armazenagem de comida, depósito dos resíduos e de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência.
> c. Custo acessível. Os custos financeiros de um domicílio associados à habitação deveriam ser a um nível tal que a obtenção e satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas ou comprometidas. Passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar que a porcentagem dos custos relacionados à habitação seja, em geral, mensurada de acordo com os níveis de renda. Estados-partes deveriam estabelecer subsídios habitacionais para aqueles incapazes de arcar com os custos da habitação, tais como formas e níveis de financiamento habitacional que adequadamente refletem necessidades de habitação. De acordo com o princípio dos custos acessíveis, os possuidores deveriam ser protegidos por

> meios apropriados contra níveis de aluguel ou aumentos de aluguel não razoáveis. Em sociedades em que materiais naturais constituem as principais fontes de materiais para construção, passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar a disponibilidade desses materiais.
> d. Habitabilidade. A habitação adequada deve ser habitável, em termos de prover os habitantes com espaço adequado e protegê-los do frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e riscos de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser garantida. O Comitê estimula os Estados-partes a, de modo abrangente, aplicar os Princípios de Saúde na Habitação, preparados pela OMS, que veem a habitação como o fator ambiental mais frequentemente associado a condições para doenças em análises epidemiológicas, isto é, condições de habitação e de vida inadequadas e deficientes são invariavelmente associadas com as mais altas taxas de mortalidade e morbidade.
> e. Acessibilidade. Habitações adequadas devem ser acessíveis àqueles com titularidade a elas. A grupos desfavorecidos deve ser concedido acesso total e sustentável a recursos de habitação adequada. Assim, a grupos desfavorecidos como idosos, crianças, deficientes físicos, os doentes terminais, os portadores de HIV, pessoas com problemas crônicos de saúde, os doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas propensas a desastres, e outros deveriam ser assegurados um patamar de consideração prioritária na esfera habitacional. Leis e políticas habitacionais deveriam levar em conta as necessidades especiais de habitação desses grupos. Internamente, muitos Estados-partes, aumentando o acesso à terra àqueles que não a possuem ou a segmentos empobrecidos da sociedade, deveriam constituir uma meta central de políticas. Obrigações governamentais precisam ser desenvolvidas, objetivando substanciar o direito de todos a um lugar seguro para viver com paz e dignidade, incluindo o acesso ao terreno como um direito reconhecido.
> f. Localização. A habitação adequada deve estar em uma localização que permita acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escolas, creches e outras facilidades sociais. Isso é válido para grandes cidades, como também para as áreas rurais, em que os custos para chegar ao local de trabalho podem gerar gastos excessivos sobre o orçamento dos lares pobres. Similarmente, habitações não deveriam ser construídas em locais poluídos nem nas proximidades de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos habitantes.
> g. Adequação cultural. A maneira como a habitação é construída, os materiais de construção usados e as políticas em que se baseiam devem possibilitar apropriadamente a expressão da identidade e diversidade cultural da habitação. Atividades tomadas a fim do desenvolvimento ou modernização na esfera habitacional deveriam assegurar que as dimensões culturais da habitação não fossem sacrificadas, e que, entre outras, facilidades tecnológicas modernas sejam também asseguradas (COMITÊ DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS, 1992).

O Comentário Geral n.º 4 preconizou os elementos componentes do direito à moradia, explicitando qual seria o conteúdo normativo e alcance desse direito, mesmo não definindo metas e padrões específicos. De acordo com o Comentário Geral, ora analisado, não deve ser dado ao direito à moradia uma interpretação restrita que o iguale ao mero abrigo fornecido por um telhado, nem tampouco que seja tratado como apenas uma mercadoria (FONTANELLA, 2015). Nesse mesmo sentido, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabeleceu o Comentário Geral n.º7, que trata sobre a impossibilidade de despejos forçados.

Como os Direitos Humanos, de maneira geral, possuem um amplo sistema de proteção, a partir disso, inúmeras outras Declarações e Convenções foram elaboradas, algumas para tratar sobre novos direitos, outras relativas a determinadas violações, outras, ainda, para tratar de determinados grupos caracterizados como vulneráveis (PIOVESAN, 2012). A maioria delas contemplou e dispôs sobre o direito à moradia, como as Convenções sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), os Direitos das Crianças (1989) e a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados (1951). Além disso, os documentos da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Carta da Organização dos Estados Americanos também dispuseram sobre o direito à moradia.

No sistema regional de proteção aos Direitos Humanos, o instrumento de maior importância no âmbito interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada, Pacto de San José da Costa Rica (1969). Nesse sistema, segundo Mazzuoli (2011), existe a obrigação genérica de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo. Por isso, os Estados Partes se comprometem a buscar a efetivação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, através da implementação de medidas que utilizem todos os recursos disponíveis. (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS – Pacto San José da Costa Rica, 1969). Em relação à proteção ao direito à moradia no Pacto San José da Costa Rica (1969), a convenção veda qualquer tipo de ameaça ao domicílio e assegura a função social da propriedade.

Ainda no cenário internacional, o direito universal à moradia adequada foi reconhecido também com a Primeira Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos, realizada em Vancouver, em 1976. A Declaração de Vancouver foi responsável por definir a moradia e os demais direitos e serviços a ela relacionados como direito humano básico e lista algumas diretrizes para as políticas e programas sobre assentamentos urbanos: a) urgência e progressividade na satisfação das necessidades básicas de comida, abrigo, água pura, emprego, saúde, educação, treinamento e seguridade social; b) proibição de discriminação por raça, cor, sexo, língua, religião, ideologia, origem social ou nacional, ou outra causa; c) respeito ao direito de livre locomoção e à livre escolha do lugar de estabelecimento dentro dos limites do país; d) planejamento e regulamentação do uso da terra; e) respeito ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural; f) participação das pessoas, individual ou

coletivamente, com medidas para assegurar a atuação das mulheres e jovens; g) prioridade aos menos favorecidos; h) cooperação internacional (GOMES, 2005, p. 48). Também foi a partir da Habitat I, Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, que moradia passou a ser entendida não somente como uma unidade em que habita uma família, mas como um sistema integral que compreende também o terreno, a infraestrutura para urbanização e serviços, e o equipamento social e comunitário, dentro de um contexto cultural, socioeconômico, político e físico-ambiental (HABITAT I, 1976).

Seguindo a mesma lógica da Declaração de Vancouver, foi realizada em Istambul a 2ª Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II , que resultou na Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos (1996). O direito à moradia digna, adequada e as políticas de urbanização e de habitação constam nesse documento, que também reafirmou, em seu artigo 26, os princípios e objetivos contidos tanto na Declaração de Direitos (1948) como no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

> 26. Reafirmamos e são guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e reafirmamos nosso compromisso de garantir a plena realização dos direitos humanos estabelecidos nos instrumentos internacionais e, em particular, neste contexto, o direito à moradia adequada como estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e a Convenção sobre os Direitos da Criança, tendo em conta que o direito à moradia adequada, conforme consta nos instrumentos internacionais acima mencionados, deve ser realizado de forma progressiva. Reafirmamos que todos os direitos humanos - civis, culturais, econômicos, políticos e sociais - são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. Nós subscrevemos (sic) os princípios e objetivos estabelecidos abaixo para nos guiar em nossas ações (AGENDA HABITAT II, 1996).

A Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos, além de dispor sobre temas e paradigmas em busca de melhores soluções para as políticas habitacionais, tratou sobre a relação entre sustentabilidade e urbanização, incorporando a concepção de desenvolvimento sustentável. A Habitat II, diferente da primeira conferência, ocorreu em um ambiente propício para afirmação de novos temas e de inovação em seu formato, fora do eixo dos países desenvolvidos. Teve dois temas centrais: a moradia adequada para todos e o desenvolvimento sustentável dos assentamentos humanos. O pano de fundo dos debates ainda era o acelerado processo de urbanização, que resultava em grandes cidades com profundas desigualdades sociais (BALBIM, 2016).

Mesmo sem força vinculante, outro documento internacional da seara dos Direitos Humanos que reconheceu o direito à moradia foi a Agenda 21. No ano de 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro, reuniu chefes de Estados e Governo no intuito de discutir os emergentes problemas ambientais do planeta. Conhecida como a ECO-92 ou RIO-92, a conferência previu que o acesso à habitação era essencial para o bem-estar psicológico, físico e social do ser humano.

Nesse prisma, percebe-se que o direito humano à moradia configura várias situações jurídicas que são protegidas por inúmeros documentos internacionais. Garantir a moradia enquanto direito humano é respaldar que esse direito é condicionante de uma vida digna, não só o direito de ocupar um lugar no espaço, mas também o direito às condições que tornam este espaço um lugar de moradia. Diante disso, cabe ressaltar que, no que concerne ao direito constitucional estrangeiro, a grande maioria das Constituições reconhece expressamente o direito à moradia[3], assim como o Brasil também prevê. Por isso, a seção seguinte será dedicada a analisar o reconhecimento normativo do direito à moradia no Brasil.

2.2.2 O reconhecimento jurídico no plano nacional

O Brasil, a partir de sua história constitucional, teve vários textos ligados ao seu desenvolvimento político-institucional, porém, o tratamento em relação ao direito à moradia na maioria das constituições foi escasso. Nesse contexto, a primeira constituição brasileira, denominada Constituição Política do Império de 1824, como atribui José Antônio Pimenta Bueno (1978), tratava-se de uma Constituição que delegava ao Imperador o poder máximo, principalmente de controlar os demais Poderes, tanto sobre o seu exercício próprio, quanto suas relações recíprocas. Considerada uma constituição semirrígida, a constituição de 1824, apesar de possuir uma declaração de direitos em seu artigo 179 em relação ao direito à moradia, não possuía dispositivo específico tutelando esse direito. Contudo, havia a proteção à inviolabilidade do domicílio (art. 179, §11) e o direito de propriedade (art. 179, §17), apenas.

[3] De acordo com o autor Ingo Wolfgang Sarlet, mais de 50 Constituições preveem expressamente o direito à moradia. In: SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, nº 8, ano 2, Belo Horizonte, out/dez 2008. p. 58.

A Constituição de 1891, a primeira após a Proclamação da República, adotou a forma federativa de Estado (art. 1º) e o presidencialismo como sistema de governo (art. 41), porém, apesar de possuir igualmente a constituição do império um rol de direitos, não tratou sobre o direito à moradia ao longo de seu texto. Apesar da breve duração, a terceira constituição do Brasil foi a Constituição de 1934, que marca a Era Vargas[4]. Esse texto constitucional foi importante para a positivação do direito à moradia, já que começa a delinear a garantia dos direitos sociais. A Constituição de 1934 até então é a mais abrangente quanto à garantia dos direitos sociais, pois estabelecia um capítulo exclusivo para a ordem econômica e social. Pela primeira vez, uma Constituição estabelece a função social da propriedade (art. 113, § 17) e também a inviolabilidade do domicílio (art. 113, § 16) (LOPES, 2014).

Com o advento do Estado Novo[5], foi outorgada uma nova constituição em 10 de novembro de 1937, apelidada de “Polaca” em referência à Constituição polonesa de 1935. Segundo Fernanda Xavier da Silva (2010), podemos dizer que o texto constitucional de 1937 conclui o processo iniciado pela Carta de 1934: instaura um Estado altamente centralizado pautado por processos corporativos. Como uma autêntica carta autoritária, a Constituição de 1937 suprimiu a maioria dos direitos e garantias fundamentais, consagrando somente um vasto rol de direitos e garantias individuais em seu art. 122, não tutelando o direito à moradia.

Transcorrido o regime ditatorial do Estado Novo, foi estabelecido o período denominado de *Redemocratização,* que surge como uma tentativa de implementar a democracia tanto no país como no mundo todo. No Brasil, para marcar esse período democrático, foi promulgada em 10 de setembro de 1946 a Constituição de 1946. Essa Constituição não se baseou em nenhum pré-projeto, utilizando somente como referência as Constituições de 1889 e 1934, motivo pelo qual, para Silva (2000, p. 87), ela teria voltado as costas para o futuro. No que diz respeito aos direitos sociais, a Constituição de 1946 foi bastante inovadora em relação à tutela desses direitos, principalmente porque estabeleceu novos direitos, como os relativos aos trabalhadores. Inerente ao direito à moradia, a Constituição de 1946 previu também a inviolabilidade do domicílio (art.141, §15) e o direito à propriedade privada (art.141,§16). Estavam

[4] É o nome que se dá ao período em que Getúlio Vargas governou o Brasil por 15 anos, de forma contínua (1930 a 1945).
[5] O Estado Novo foi o período ditatorial do governo de Getúlio Vargas, que correspondeu ao período de 1937 a 1945.

estabelecidos ainda a função social da propriedade (art. 147) e a usucapião pró-labore e para fins de moradia (art. 156, §3º).

No ano de 1964, os militares provocaram um golpe de Estado que culminou na substituição da Constituição de 1946 pela Constituição de 1967. Durante o regime ditatorial, a ordem constitucional não mais possuía supremacia no país, eram os “Atos Institucionais” (AI) que possuíam papel central na ordem jurídica nacional. No que concerne ao direito à moradia também constava o direito à propriedade (art. 150, §22) e à inviolabilidade de domicílio (art. 150, §10). Na mesma linha da autoritária Constituição de 1967, a Constituição de 1969 (emenda constitucional nº 1 à Constituição de 1967) constituiu um retrocesso no que toca a garantia dos direitos sociais, por isso não previu nenhum tipo de tutela ou garantia ao direito à moradia, limitando-se ao direito à propriedade e à inviolabilidade do domicílio, como as demais.

Com o processo de redemocratização do país, a ordem jurídica instaurada em 05 de outubro de 1988 apresenta o melhor delineamento de direitos e garantias da história constitucional brasileira. Conhecida como “constituição cidadã”, a Constituição Federal de 1988 traz princípios fundamentais de cidadania e dignidade da pessoa humana, além de um elenco extenso de direitos e garantias fundamentais. Sobre a moradia, o anteprojeto da constituição tratava do assunto no art. 386 elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais (Comissão Afonso Arinos, 1986), que dispunha: “É garantido a todos o direito, para si e para sua família, de moradia digna e adequada, que lhe preserve a sua segurança, a intimidade pessoal e familiar”. Ocorre que não houve a inserção do art. 386 na Constituição Federal de 1988, por isso surge uma indagação: seria esse um indicativo de que a moradia não é/foi contemplada como um direito humano fundamental no texto originário da nova Constituição brasileira? (PANSIERI, 2008).

A proteção jurídica constitucional do direito à moradia se deu com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, na qual foi elencada no art. 6º, no rol dos direitos sociais, ao lado da educação, da saúde, do trabalho, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados. O inciso IX do art. 23, também da Constituição Federal, estabelece como competência material comum a promoção desse direito por todos os entes federativos: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. A Constituição também protege o direito à moradia quando estabelece as diretrizes da política urbana,

função social da cidade, desenvolvimento sustentável, proteção jurídica da posse e designa que a propriedade deve cumprir sua função social (art. 5º, inc. XXIII, CF/88).

Com a constitucionalização do direito à moradia, esse direito foi previsto ainda em várias constituições estaduais e em leis orgânicas municipais. Na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, esse direito está previsto no art. 173:

> Art. 173. A lei estabelecerá a política estadual de habitação, a qual deverá prever a articulação e integração das ações do Poder Público e a participação das comunidades organizadas, bem como os instrumentos institucionais e financeiros para sua execução (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

No mesmo sentido, a lei orgânica do município de Pelotas estabelece que:

> A política habitacional do Município, integrada à da União e à do Estado, objetivará a solução da carência habitacional de acordo com os seguintes princípios e critérios:
> I- Oferta de lotes urbanizados;
> II- Estímulo e incentivo à formação de cooperativas populares de habitação;
> III- Atendimento prioritário à família carente;
> IV- Formação de programas habitacionais pelo sistema de mutirão e autoconstrução;
> V- Apoio do Município ao estudo e ao desenvolvimento de pesquisas de materiais e sistemas de construções alternativas e de padronização de componentes, visando a garantir a qualidade e o barateamento da construção;
> VI- Promoção do acesso geral da população às redes e serviços públicos urbanos e rurais (PELOTAS, 1990).

No Brasil, a legislação infraconstitucional também assegurou o direito à moradia, o código civil de 2002, por exemplo, ao tratar sobre o tema, interligou-o com o direito de família e direitos reais, como é o caso do art. 1.415, que preconiza que “se o direito real de habitação for conferido a mais de uma pessoa, qualquer delas que sozinha habite a casa não terá que pagar aluguel a outra, ou as outras, mas não pode inibir de exercerem, querendo, o direito, que também lhes compete, de habitá-la”. A lei 8.009/1990 também trata sobre direito à moradia quando assevera a impenhorabilidade do bem de família correlato à entidade familiar.

Como um direito social que visa à justiça social, à moradia baseada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva também está prevista no Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), no Estatuto da Igualdade Racial (Lei n. 12.288/2010) e na Lei de Acessibilidade (Lei n. 10.098/2000), abarcando os mais diversos grupos sociais. Na mesma sequência, em 2005, a Lei n° 11.124/2005, coloca entre os princípios do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, a moradia digna como direito e vetor de inclusão social. No que toca a propriedade urbana, a Lei 10.257/2001 dispõe sobre o Estatuto da Cidade que trata principalmente da função social da propriedade urbana.

Portanto, a moradia enquanto bem jurídico está prevista em várias legislações e isso se deu graças à Constituição Federal de 1988, que fixou o direito à moradia como direito social. A par disso, a sequência do trabalho irá abordar a relação que o fundamento da dignidade humana tem no conceito de moradia digna.

2.3 Aproximações entre o direito à moradia e o fundamento da dignidade da pessoa humana

O fundamento da dignidade humana tem suas raízes nos postulados bíblicos, principalmente ligado à ideia de respeito e amor ao próximo. Na perspectiva jurídica, teve seu apogeu com o término da Segunda Guerra Mundial, no qual o desprezo e o desrespeito aos Direitos Humanos possibilitaram uma mudança de paradigma e estabeleceu a premissa de que o ser humano é a figura central do Estado. Os textos internacionais e constitucionais que se seguiram refletem essa mudança, tornando a dignidade a base do Estado Democrático de Direito:

> As Constituições do segundo pós-guerra, de meros documentos regulatórios da estrutura e funcionamento do Estado, abriram-se aos princípios e valores, e a constitucionalização da dignidade também tem sido a tendência, a exemplo, no Ocidente, das Constituições da Alemanha (art. 1º, inciso I), Portugal (art. 1º), Espanha (Preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2º, inciso I), Irlanda (Preâmbulo), Itália (art. 3º), Bélgica (art. 23), Paraguai (Preâmbulo), Cuba (art. 8º), Venezuela (Preâmbulo), Peru (art. 4º), Chile (art. 1º), Guatemala (art. 4º), Suíça (art. 7º) e Finlândia (art. 2º) (CORDEIRO, 2012, p.79).

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana é um vetor de valor moral e espiritual inerente à pessoa e constitui a máxima do Estado Democrático de Direito. A partir disso, a dignidade virou padrão de todo o ordenamento brasileiro, conceito adequado a todas as esferas da teoria do Direito.

O autor José Afonso Silva (1998) enfatiza que a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, é um conceito *a priori*, preexistente a toda experiência, tal como a própria pessoa humana. Por óbvio, tem seu fundamento nos textos constitucionais aliados ao Estado Democrático de Direito. Na mesma linha de raciocínio, Ingo Sarlet (2011, p. 60), em sua obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*, atribui a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e

desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (...)".

A dignidade da pessoa humana é critério de orientação e interpretação de todo ordenamento jurídico, e refere-se à qualidade intrínseca de cada ser humano pelo simples fato de nascer, que lhe garante condições mínimas de sobrevivência. Nesse condão, um dos bens indispensáveis para se assegurar a dignidade humana é a moradia. As condições nas quais o direito à moradia pode vir a se manifestar, na prática, podem implicar violação da dignidade humana. Ademais, não há como se pensar em direito à vida, à saúde, ao transporte, por exemplo, sem que a moradia esteja integralizada a estes direitos e plenamente efetivada.

A moradia digna, dentre outros elementos, é um condicionante da dignidade humana. Com o reconhecimento de que a moradia é um bem extrapatrimonial (SERRANO JÚNIOR, 2012), ou seja, um bem da personalidade, há uma íntima ligação da promoção jurídica da moradia com a garantia e fomento da dignidade da pessoa humana.

O direito à moradia é necessidade humana vital e biológica, por isso é ligado ao postulado da dignidade humana, já que quando há desrespeito a um direito fundamental, logicamente a dignidade humana é afrontada. A moradia, cuja função principal é dar proteção, segurança e privacidade a seus moradores, compõe a dignidade humana, à medida que deve ser construída com um mínimo de infraestrutura, habitabilidade, qualidade ambiental, serviços básicos e planejamento.

O fundamento da dignidade decorre da promoção da existência humana, mas não basta somente isso: é necessário a promoção de condições para que isso se concretize:

> Da dignidade, em sua condição de princípio fundamental, decorrem direitos subjetivos à sua proteção, respeito e promoção (por particulares e principalmente pelo Estado), a dignidade implica também, em última instância por força de sua dimensão intersubjetiva, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos, e de cada um individualmente, e, de certa forma, até mesmo um dever das pessoas para consigo mesmas (SARLET, 2011, p. 135).

Cabe ressaltar que a proteção da dignidade humana visa diminuir os abismos sociais, consequentemente, quando analisada na ótica do direito à moradia, tende a buscar a promoção de medidas que amenizem o problema habitacional. Além disso, esse postulado reforça a titularidade do direito à moradia aos grupos mais vulneráveis da sociedade. Portanto, uma das nuances da dignidade humana é a moradia, cuja

tutela deve ser totalmente integral já que a não habitação ou a precariedade desta representa a perda da própria condição humana.

2.4 O complexo conteúdo do direito à moradia

Na definição do conteúdo do direito social à moradia, apesar da intrínseca relação entre este direito e o direito de propriedade, em razão de a moradia, por expressa disposição constitucional, assumir a condição de pressuposto para a aquisição do domínio, o direito à moradia é um direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios.

O direito social à moradia assume um feixe de posições jurídicas que foram protegidas pelo legislador, implicando direitos (consequentemente deveres) de cunho negativo (direitos de defesa) e positivo (direitos a prestações) (SERRANO JÚNIOR, 2012). Na dimensão negativa, enquanto direito de defesa, o direito à moradia se consubstancia em uma abstenção do Estado, *erga omnes*. Opera como um limite a atuação pelo Estado ou por particulares. Essa dimensão de defesa pode ser percebida nas normas que asseguram a inviolabilidade do domicílio, no sentido de protegê-lo contra possíveis invasões de agente públicos ou particulares (SERRANO JÚNIOR, 2012). Nesse caso, toda e qualquer ofensa no intuito de violar este direito deve ser combatida em juízo.

O direito à moradia também possui dimensão positiva prestacional que abrange a necessidade de praticar atos, ou seja, o direito demanda procedimentos, instrumentos, medidas e ações que visem promovê-lo. Nesse aspecto, Saule Júnior (1999, p. 79) afirma que o Estado deve conceber a moradia sob 2 (dois) aspectos:

> 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 dificulte ou impossibilite 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 a política habitacional, como a regulamentação do uso e acesso a propriedade imobiliária, em especial a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir, dispor sobre instrumentos tributários, dispor sobre regimes de locação, de concessão de uso para fins de moradia.

Nessa função prestacional, o direito à moradia demanda uma atuação do Estado contra danos e, para salvaguardá-lo, há deveres estatais de fomentar esse direito. O fato de o direito social à moradia ter essa nuance também de direito prestacional ou

positivo, assenta-se a discussão, como veremos a seguir, se há possibilidade de surgir uma prestação material para com o Poder Público, pois, é enquadrado como norma programática:

> [...] sem que aqui se possa e pretenda adentrar a instigante discussão em torno das assim denominadas normas constitucionais programáticas (ou de cunho programático), não há como desconsiderar que o direito à moradia inequivocamente também (mas não só) assume, no que diz com a sua perspectiva prestacional, a condição de norma programática, impondo ao Poder Público a tarefa de atuar positivamente na promoção, proteção, enfim, na concretização das metas constitucionalmente estabelecidas, no sentido de assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana para a população. Por outro lado, também é certo (pelo menos para a expressiva doutrina) que os direitos sociais prestacionais – em que pese sua dimensão programática – nem por isso perdem em fundamentalidade. Da mesma forma, importa repisar que mesmo as normas constitucionais programáticas não são destituídas de eficácia (ainda que eventualmente mais reduzida) além de serem – na medida da sua eficácia – diretamente aplicáveis, não sendo, de resto, poucos e inexpressivos os efeitos jurídicos que delas se pode extrair independentemente de uma intermediação do legislador (SARLET, 2010, p.233-234).

Desse modo, tais direitos carecem de eficácia e de plena exigibilidade, já que apresentam uma normatividade insuficiente, pois na função prestacional o direito à moradia se materializa e se realiza com o fornecimento de alguma prestação material concreta e políticas públicas com este fim:

> [...] como a disponibilização de um abrigo às pessoas em situação de rua ou desabrigadas em razões de catástrofes naturais ou outro tipo de calamidade pública; o fornecimento de certa quantia em dinheiro a pessoas necessitadas, incapazes de custearem por elas mesmas um alojamento digno a título de subsídio (“auxílio-aluguel”); implementação e manutenção de serviços públicos que melhorem a qualidade das condições de moradia em determinada área urbana, como os de saneamento básico, de iluminação pública, de fornecimento de energia elétrica, transporte coletivo; o fornecimento de assistência técnica e jurídica a pessoas de baixa renda que irão autoconstruir suas moradias; investimentos em regularização fundiária e urbanização de assentamentos precários ou renovação urbana de bairros envelhecidos etc. (SERRANO JÚNIOR, 2012, p.41-42).

Ademais, a dimensão prestacional do direito social à moradia está positivada no próprio Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais (1966). O referido pacto dispõe em seu artigo 2º, item 1:

> Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus 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.

Portanto, o direito à moradia assume uma pluralidade de conteúdos e funções, implicando direito de cunho negativo (direitos de defesa) e positivo (direitos a

prestações), a função prestacional é a que mais suscita questionamentos por seu conteúdo prestacional a ser efetivado pelo Poder Público, o que será analisado posteriormente.

2.5 Compreensão do direito à moradia a partir da cidadania

Conceituar cidadania é uma tarefa difícil, dada a profundidade do tema. O fato é que em torno da definição de cidadania está correlato o estudo sobre os direitos sociais, já que uma política social na perspectiva da cidadania deve estar pautada e estruturada sobre os direitos de segunda dimensão. Na perspectiva de Marshall (1967), a constituição da cidadania e dos direitos do cidadão é vista como resultado de uma luta histórica, os direitos sociais se referem a tudo o que vai desde o direito a um mínimo bem-estar econômico e segurança ao direito de participar por completo na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade.

Tradicionalmente, a cidadania é entendida como um conjunto de direitos e deveres que um sujeito possui para com a sociedade da qual faz parte. Essa cidadania está relacionada à ideia de um *status*, de um posicionamento jurídico-legal perante o Estado. De forma breve, constituem características da cidadania moderna: a universalidade, a territorialização, a individualização (vínculo direto entre indivíduo e o Estado) e a índole estatal-nacional (Lavalle, 2003). Ocorre que há uma imensa mutilação no conceito e abrangência de cidadania, como alerta Santos:

> Poderíamos traçar a lista das cidadanias mutiladas neste país. Cidadania mutilada no trabalho, através das oportunidades de ingresso negadas. Cidadania mutilada na remuneração, melhor para uns do que para outros. Cidadanias mutiladas nas oportunidades de promoção. Cidadania mutilada também na localização dos homens, na sua moradia. Cidadania mutilada na circulação. Cidadania mutilada na educação. [...] Os negros não têm sequer a quem pedir para ser tratados. E o que dizer dos novos direitos, que a evolução técnica contemporânea sugere, como o direito à imagem e ao livre exercício da individualidade? E o que dizer também do comportamento da polícia e da justiça, que escolhem como tratar as pessoas em função do que elas parecem ser [...] (SANTOS, 1997, p.134).

As aproximações entre os direitos sociais e a cidadania são subjacentes à perspectiva materializante de concretização destes direitos. Com a concepção dos direitos sociais, passa-se a considerar o homem para além de sua condição individual; o Estado tem o dever de promover a igualdade material aos cidadãos. Nessa perspectiva, os direitos sociais surgem como frutos de variadas reivindicações, que

incluem desde o direito a condições dignas de vida e uma justa remuneração pelo trabalho rural ou urbano, até o direito à educação, à saúde, à previdência social, à moradia, etc., para realização de uma ideia de justiça social que procura diminuir as desigualdades sociais (NOLASCO, 2008, p.132).

Compreender a relação entre os direitos sociais e cidadania é também empreender sobre desigualdade social, isso porque, no contexto brasileiro, iniciativas históricas de enfrentamento à pobreza se baseiam em definições da pobreza que não constroem a figura do cidadão, como atribui Yazbek (2005), que acrescenta:

> O pobre, trabalhador eventual e destituído, é o usuário dessas políticas pelas quais é visto como "indivíduo necessitado", e muitas vezes como pessoa acomodada, passiva em relação à sua própria condição, dependente de ajuda, enfim um não cidadão. Sua figura continua desenhada em negativo. (YAZBEK, 2005, p. 298-299)

No Brasil, apesar das reformas institucionais (ampliação de direitos), da reforma econômica e das reformas sociais, há um abismo entre teoria e prática na construção da cidadania, que acarreta um acesso à justiça limitado, uma má distribuição de renda e a exclusão de grande parte da população de um devido usufruto dos direitos sociais. Segundo Marilena Chauí (2008), a cidadania se define para além dos princípios da democracia, de eleições, partidos políticos, tripartição de funções e respeito à vontade da maioria, a democracia se define pela igualdade dos cidadãos perante a lei, institui espaços para a discussão e solução dos conflitos existentes na sociedade, e, principalmente, abre espaços para reivindicar a participação nos direitos existentes e sobretudo a criação de novos direitos.

Apesar de constar na Constituição Federal de 1988, a cidadania é seletiva. Os direitos são plenamente acessíveis para algumas "espécies" de cidadãos, enquanto outros não têm acesso ao mínimo. No que se refere ao direito à moradia, alguns grupos têm dificuldades para o acesso a esse direito, como veremos a seguir:

a) Mulheres

Embora a Constituição Federal assegure a igualdade entre homens e mulheres, estas ainda enfrentam vários empecilhos discriminatórios no acesso ao direito de moradia. *Existem vários mecanismos discriminatórios que impedem o acesso da mulher à moradia, tanto do ponto de vista legal como histórico. Em todo o mundo, a maior parte da propriedade da terra e de moradia está nas mãos dos homens, por isso que, em relação às mulheres, a segurança da posse é quase sempre precária.* É

comum que ela seja garantida por meio de uma relação, ou em um casamento ou união estável, assim, quando, por qualquer motivo, essa relação se interrompe, as mulheres são mais suscetíveis a serem expulsas de seus lares, isso acontece também em casos de violência doméstica. Por fim, no que se diz respeito às políticas públicas habitacionais, ainda pouco contemplam as questões de gênero, o que acarreta ainda mais a disparidade no acesso ao direito à moradia por parte das mulheres.

b) Negros

Os negros declarados livres descobriram-se sem moradia, trabalho, meios de sobrevivência e consequentemente sem dignidade (MOURA, 1989). O momento é outro, mas a realidade é muito semelhante com o período pós-escravatura, e a população negra ainda possui escasso acesso ao direito de moradia. A análise histórica de exclusão e marginalização da população negra do país infelizmente justifica o porquê da existência maciça de negros nas favelas e localidades mais vulneráveis a riscos de desabamentos e enchentes.

Apesar da dita “liberdade”, o negro liberto passou a ser excluído e marginalizado na sociedade, e no acesso à terra isso não foi diferente. Sem o devido aparo do Estado, uma grande parte da população negra buscou abrigos nas comunidades rurais chamadas na época de “terras de negros”, atualmente conhecidas como comunidades quilombolas:

> Grande parte da população sobreviveu e sobrevive até hoje nessas terras, na maioria das vezes, isolada, distantes das cidades e grandes centros. Porém a concentração de terras e a progressiva valorização das áreas onde se localizam os quilombos, e também pelo fato de que as terras dos ex-escravos, na maioria das vezes, não possuem escrituras, assim passaram a ser disputadas por especuladores, grandes proprietários, produtores e extratores de bens naturais, que na maioria das vezes, não reconhecem o direito destas populações que vivem a gerações nessas terras e seus direitos sobre elas (MOURA, 2006, p.3).

A população negra também é maioria em favelas, cortiços e assentamentos subnormais e precários. Isso desemboca na própria análise do direito à cidade, como a segregação socioespacial. Sendo um dos grupos mais vulneráveis no acesso a direitos, principalmente aos direitos sociais, como é o caso do direito de moradia, a maioria da população negra ainda carece de serviços sociais, não só direito à moradia, mas outros tantos que precisam se tornar brevemente efetivos.

c) Portadores de deficiência

Pensar o direito à moradia à luz da acessibilidade é essencial, principalmente porque algumas deficiências propiciam que a mobilidade seja reduzida, o que faz necessário se pensar em construções que eliminem possíveis barreiras para a locomoção de seu morador. A habitação deve ser acessível e utilizável pelo maior número possível de pessoas, sem ser necessário realizar adaptações estruturais, até mesmo para auxiliar na autonomia da pessoa que possui algum tipo de deficiência. Nesse sentido, faz-se necessário refletir que cada elemento do espaço deve ser observado individual e coletivamente para que a facilidade de uns não se torne a barreira de outros, lembrando que a acessibilidade não é privilégio das pessoas com deficiência (FORTUNA, 2009).

Relativo ao direito de moradia, as políticas públicas habitacionais brasileiras devem incluir a acessibilidade como um de seus fundamentos, prova disso é que o Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977/2009, prevê o atendimento de demandas de acessibilidade por parte de beneficiários portadores de deficiência, demonstrando o quanto um local acessível é importante para o conceito de moradia digna e adequada.

Outro elemento que deve ser considerado ao se analisar o acesso ao direito de moradia por portadores de deficiência, a partir da cidadania, refere-se à segurança da posse. De modo mais específico, aqueles com deficiência intelectual ou psicossocial, por às vezes não estarem exercendo pessoalmente os atos de sua vida privada, principalmente por relação da incapacidade legal, são mais suscetíveis à aquisição de habitação por meios não-formais e consequente remoções forçadas.

d) Imigrantes/ Deslocados

Os processos migratórios apresentam várias problemáticas, tanto no que se refere às causas como às consequências de maneira individual e coletiva desses deslocamentos. Pela situação de vulnerabilidade, os imigrantes e deslocados são vulneráveis a situações de violações de direitos, isso inclui o escasso acesso ao direito à moradia. Ao chegar no Brasil, os imigrantes enfrentam vários problemas, desde os mais simples aos mais complexos, passando por questões como desamparo legal, idioma, saúde, mercado de trabalho e moradia. Além disso, a maioria da população de refugiados é vista de modo marginalizado, tendo acesso apenas a poucos direitos.

Geralmente os imigrantes vão ocupar moradias inadequadas e sem condições de habitabilidade.

Apesar da dificuldade, no ano de 2005, no âmbito das Nações Unidas, a Subcomissão das Nações para a Proteção e Promoção dos Direitos Humanos aprovou os princípios de habitação e restituição de bens de refugiados e pessoas, denominados *Princípios Pinheiro.* Esses princípios fornecem orientação prática específica para garantir o direito à moradia e à restituição de bens, e para a aplicação de leis, programas e políticas de restituição baseados em normas internacionais de Direitos Humanos, humanitários e direitos dos refugiados já existentes (PINHEIRO, 2005).

3. Os desafios em relação à justiciabilidade dos direitos sociais

No primeiro capítulo desta dissertação, abordamos a configuração jurídica e social do direito à moradia. Neste segundo momento, o objetivo é tratar sobre os desafios atinentes à exigibilidade dos direitos sociais. Como se sabe, a materialização dos direitos sociais ainda representa um enorme impasse, principalmente no fato de que é negado a devida justiciabilidade destes direitos. Por esta razão, este segundo capítulo é dedicado a discorrer sobre os principais argumentos contrários à exigibilidade dos direitos de segunda dimensão.

Num primeiro momento, trata-se sobre o reconhecimento dos Direitos Humanos, tanto na fase pré-constitucional, como a internacionalização dos Direitos do Homem. Na fase contemporânea, importante ressaltar a Declaração de Direitos Humanos (1948) e ambos os Pactos dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como as demais Convenções de Direitos Humanos. Já entrando em específico no regime de abordagem dos direitos sociais enquanto direitos exigíveis, é necessário tecer algumas contribuições acerca da divisão dos Direitos Humanos em *gerações*.

Para trabalhar peculiarmente com os direitos sociais, apresentamos a correlação com o Estado Social de Direito, principalmente sob a mudança de postura do agente estatal frente às inquietações e injustiças sociais, o que culminou por estabelecer a positivação desta categoria de direitos. Também é apresentado neste capítulo o conceito dos direitos sociais, sob o viés de vários autores que tratam sobre o tema.

O ponto principal deste capítulo refere-se a tratar sobre a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Pontualmente, o primeiro desafio apresentado

trata das gerações de direitos e o caráter fragmentado ao qual os direitos sociais são associados. Posteriormente, é realizada uma análise crítica do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), referindo-se a pontos em que o Pacto não colabora para a justiciabilidade dos direitos sociais.

A partir de tais concepções, também é enunciada a problemática classificação dos direitos fundamentais, apresentando desde a clássica classificação de autores como Robert Alexy, como a classificação multifuncional proposta por Ingo Sarlet. Ademais, também trata-se acerca da titularidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A teoria da reserva do possível como um limite fático e jurídico também é um dos desafios a exigibilidade dos direitos sociais que será desenvolvida neste capítulo, principalmente em relação aos direitos sociais de cunho prestacional. Por fim, será apresentada a teoria de dois autores argentinos, Víctor Abramovich e Christian Courtis, para uma melhor compreensão acerca dos desafios da exigibilidade dos direitos sociais.

3.1 O *boom* dos direitos: o reconhecimento dos direitos humanos e as gerações de direitos

3.1.1 A fase pré-constitucional

Como leciona Norberto Bobbio (2004), os direitos não nascem todos de uma vez, são frutos de um processo histórico marcado por luta social, principalmente quando se trata de Direitos Humanos. Contemporaneamente, o pós Segunda Guerra Mundial foi o grande evento que ocasionou o reconhecimento dos Direitos dos Homens devido às atrocidades e violações de direitos cometidas pelo agente estatal neste período, através do nazismo[6]. Ocorre que, na Antiguidade[7], já se podia vislumbrar o esboço dos Direitos Humanos no pensamento de grandes filósofos como Buda na Índia. Em termos normativos, o próprio Código de Hamurabi[8] é um exemplo de corpo normativo que já institui direitos aos indivíduos nesta época.

No período axial (séculos VIII a II a.C.), já se concebe então, a jusfundamentalidade do que hoje conhecemos por Direitos Humanos. Segundo Fábio Konder Comparato (2005, p. 20):

---

[6] O nazismo foi um movimento de cunho político, liderado por Adolf Hitler que teve origem na Alemanha na década de 1920. Foi baseado em políticas de segregação racial principalmente aos judeus.
[7] Período compreendido entre os séculos VIII e II a.C.
[8] Conjunto de leis que foram criadas na Mesopotâmia por volta de 1780 a.C.

> No centro do período, entre 600 e 480 a.C., coexistiram, sem se comunicarem entre si, alguns dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratrustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e o Dêutero-Isaías em Israel. Todos eles, cada um a seu modo, foram autores de visões do mundo, a partir das quais estabeleceu-se a grande linha divisória histórica: as explicações mitológicas anteriores são abandonadas, e o curso posterior da História passa a constituir um longo desdobramento das ideias e princípios expostos durante esse período

A Antiguidade grega também estimulou a reflexão sobre a superioridade de determinadas normas, mesmo em face da vontade contrária do poder (RAMOS, 2014, p.30). O direito romano também teve sua contribuição em relação à proteção de Direitos Humanos, principalmente com a sedimentação do princípio da legalidade. O cristianismo[9] também foi importante para impulsionar a atenção aos direitos, em várias passagens da Bíblia[10] prega-se a igualdade, solidariedade e respeito ao próximo.

Na Idade Média, o poder dos governantes era limitado, pois, era basicamente fundado na vontade divina, contudo, mesmo nesta época, surgem os primeiros movimentos de reivindicação de liberdades a determinados segmentos, surgem a partir daí, a Declaração da Corte de Leão adotada na Península Ibérica em 1188 e ainda a Magna Carta inglesa de 1215 (RAMOS, 2014). Destaque para esta última que possuía um catálogo de direitos dos indivíduos contra o Estado.

Com a crise da Idade Média e início da Idade Moderna, alguns diplomas de Direitos Humanos são cunhados. No século XVII, a limitação do poder é consagrada na *Petition of Rights* de 1628; há também a edição do *Habeas Corpus Act* que instituiu o mandado de proteção judicial aos que haviam sido presos injustamente. No ano de 1689, de acordo com André Ramos:

> [...] após a chamada Revolução Gloriosa, com a abdicação do Rei autocrático Jaime II e com a coroação do Príncipe de Orange, Guilherme III, é editada a "Declaração Inglesa de Direitos", a "Bill of Rights" (1689), pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se "que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento"; "que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento" e que "a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento" (RAMOS, 2014, p.34).

[9] Vale ressaltar como alerta André Ramos (2014, p.31) que: "ao mesmo tempo em que defendeu a igualdade espiritual, o cristianismo conviveu, no passado, com desigualdades jurídicas inconcebíveis para a proteção de direitos humanos, como a escravidão e a servidão de milhões.".

[10] Como exemplo: "E Jesus disse-lhe: Amarás o Senhor teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos dependem toda a lei e os profetas (Mateus 22:37-40)"

Os principais nomes do Iluminismo[11] como Thomas Hobbes, Hugo Grócio, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Cesare Beccaria e Kant também fomentaram o debate da existência de um limite do poder soberano (Estado) e de respeito à dignidade humana. A filosofia iluminista defendia que a ciência e o conhecimento racional eram a base do progresso, pregava também, os ideários de liberdade e igualdade.

Ainda de acordo com o autor André Ramos (2014), posterior às ideias do pensamento iluminista, as revoluções liberais, inglesa, americana e francesa, e suas respectivas Declarações de Direitos marcaram a primeira clara afirmação histórica dos Direitos Humanos (RAMOS, 2014). A Revolução Inglesa, ocorrida no século XVII, foi a primeira das grandes revoluções burguesas e conseguiu combater o Estado absolutista, em termos normativos, teve como marcos a *Petition of Rights*, de 1628, e o *Bill of Rights*, de 1689, que respectivamente buscaram garantir determinadas liberdades individuais e a supremacia da lei. A Revolução Americana de 1776 foi responsável pela separação do vínculo das Treze Colônias nos Estados Unidos e pela promulgação da Constituição norte-americana de 1787, também foi editada a Declaração do Bom Povo da Virgínia que continha um vasto rol de afirmações típicas de Direitos do Homem.

Grande marco para a consolidação dos Direitos Humanos foi a Revolução Francesa através da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. O próprio preâmbulo da Declaração mencionava os Direitos do Homem, como se inicia: *Os representantes do povo francês constituídos em Assembleia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor, numa declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem.* Apesar de receber críticas em relação à abstração de seu conteúdo, a Declaração Francesa trouxe limitações às barbáries que aconteciam naquele momento histórico. Foi consagrada como a primeira manifestação universal destes direitos.

A Declaração Francesa, contudo, tinha um rol limitado de Direitos do Homem e no final do século XVIII, os jacobinos franceses defenderam a ampliação deste rol para

[11] Foi um movimento intelectual que surgiu durante o século XVIII, na Europa, que defendia o uso da razão (luz) contra o antigo regime (trevas) e pregava maior liberdade econômica e política.

abarcar também os direitos sociais. Após várias pressões sociais, no ano de 1793 a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão foi atualizada e reconheceu formalmente os direitos sociais tais como o direito à educação. Neste mesmo período, surgem na Europa, os movimentos socialistas que se contrapõem ao modo de produção capitalista e foi instituída pioneiramente uma organização voltada a cuidar dos aspectos e condições vivenciadas pelos trabalhadores, denominada Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919.

3.1.2 Fase contemporânea: a internacionalização dos direitos humanos

Na ordem contemporânea o tema de proteção e reconhecimento dos Direitos Humanos surge como questão central. A verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial (PIOVESAN, 2012, p. 191). A humanidade após o período de grande massacre compreendeu a importância do valor supremo da dignidade da pessoa humana. Houve a necessidade de uma atuação internacional mais eficaz para a proteção dos Direitos Humanos, principalmente na criação de uma sistemática normativa de proteção a nível internacional.

Ademais, o próprio contexto de deflagração da Segunda Guerra remonta para os terríveis projetos de dominação e destruição de determinados povos, “lembrando os episódios de conquista das Américas a partir dos descobrimentos” (COMPARATO, 2005, p. 210).

Na Era Hitler, o Estado era o grande violador de Direitos Humanos, tanto pela perseguição política, ideológica e religiosa, como também por fatos violentos ocorridos, em especial o Holocausto causado por este regime nazista[12]. Estes fatores históricos representaram a total negação do indivíduo e da sua condição humana, por isso que segundo Hannah Arendt, o maior direito passa a ser o direito a ser sujeito de direitos (ARENDT, 1979). Neste mesmo raciocínio, a autora Flávia Piovesan (2012, p. 192) atribui que:

> Nesse contexto, desenha-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional

[12] Deriva da sigla “Nazi”, que foi adotada como abreviatura para denominar o “Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães”, que tinha como chefe maior Adolf Hitler. O nazismo enquanto ideologia de poder, tinha como principais características o **antissemitismo, política de perseguição a determinados segmentos e várias formas de violência em campos de concentração.**

> 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 se reduzir ao 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.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, alguns fatores foram de extrema relevância para o processo de reconhecimento e internacionalização dos Direitos Humanos, dentre estes, a expansão de organizações internacionais:

> A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional e a proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p. 192).

As Nações Unidas foram disseminadas em vários órgãos como a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e Social, dentre outros subsidiários. O primeiro documento fruto deste movimento de internacionalização dos Direitos Humanos foi a Carta das Nações Unidas de 1945 que contribui no processo de inserção do campo dos Direitos Humanos na seara internacional, na medida em que se propôs a estabelecer os princípios da manutenção da paz e da segurança. O respeito às liberdades fundamentais e aos Direitos Humanos, com a consolidação da Carta da ONU, passou a ser preocupação internacional e o propósito básico das Nações Unidas (MAZZUOLI, 2018, p. 81).

A Carta das Nações Unidas esclarece a importância de defender, promover e respeitar os Direitos Humanos e as liberdades fundamentais. Ocorre que a Carta das Nações, embora contenha diversos dispositivos importantes, não foi capaz de precisar o conteúdo destes, deixando-os em aberto, principalmente do que consistiria na expressão “Direitos Humanos e liberdades fundamentais”.

Três anos após a promulgação da Carta das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada por 48 Estados. De acordo com Flávia Piovesan (2012), a Declaração consolida a afirmação de uma nova ética universal ao consagrar os verdadeiros valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados.

A Declaração Universal começou a ser delineada a partir da Carta das Nações Unidas, porém, foi mais enfática em delimitar o corpo de direitos e garantias fundamentais. Trata-se de um instrumento “marco normativo” do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, a partir da qual teve uma grande repercussão moral e jurídica no campo internacional. A Declaração objetiva trazer a dignidade da pessoa humana como o principal fundamento dos Direitos Humanos e o reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos independente de cor, raça, classe social e qualquer outra situação. A Declaração preconiza dois fundamentos (características) dos Direitos Humanos: universalidade e indivisibilidade.

A universalidade dos Direitos Humanos consiste na titularidade destes direitos a todos os indivíduos, seres humanos. No que lhe concerne, a indivisibilidade configura no reconhecimento de que todos os Direitos Humanos possuem a mesma proteção jurídica.

Como a Declaração de 1948 não conseguiu possuir força vinculante, foram elaborados dois Pactos Internacionais neste sentido, como o propósito de alcançar a devida eficácia jurídica: o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. Ambas as distinções destas categoriais de direitos em dois Pactos distintos terão grande impacto na conjuntura na delimitação jurídica dos direitos sociais, como veremos ao longo deste trabalho.

a) Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) foi adotado em 16 de dezembro de 1966 pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Porém, entrou em vigor somente em 1976, após a ratificação de 35 Estados, conforme exigência prévia. O PIDCP reconheceu um catálogo mais extenso de direitos e garantias do que a Declaração de Direitos; além disso, o PIDCP tornou juridicamente vinculante vários instrumentos para monitoramento destes direitos:

> O Pacto dos Direitos Civis e Políticos proclama, em seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. A obrigação do Estado inclui também o dever de proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos perpetrada por entes privados. Isto é, cabe ao Estado-parte estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos. As obrigações dos Estados-partes são tanto de natureza negativa (ex.: não torturar) como positiva (ex.: prover um sistema legal capaz de responder às violações de direitos). Ao impor aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos [...] (PIOVESAN, 2012, p. 243).

O PIDCP incorpora inúmeros direitos até então não previstos na Declaração como o direito de não ser preso em razão de descumprimento de obrigação contratual (art. 11); o direito da criança ao nome e à nacionalidade (art. 24); entre outros, contudo, o próprio Pacto dos Direitos Civis e Políticos assevera que todos os direitos nele constante possuem limitações quando necessárias à segurança nacional ou à ordem pública.

Ademais, o Pacto prevê uma série de garantias processuais (art. 14), como a publicidade das decisões judiciais; garantia de um tribunal competente para julgamento, independente e imparcial. O Pacto por fim, vai estabelecer uma série de mecanismos de monitoramento para assegurar a concretização e não violação destes direitos. Com isso, os Estados-partes possuem a obrigação de encaminhar relatórios de quais medidas estão sendo adotadas para cumprimento destes direitos. Esses relatórios são apreciados pelo Comitê de Direitos Humanos: principal órgão de monitoramento previsto no Pacto.

Em 16 de dezembro de 1966, foi adotado um Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos com o objetivo de dinamizar ainda mais a implementação e monitoramento dos direitos assegurados no Pacto. O Protocolo trouxe o mecanismo das petições individuais a serem apreciadas pelo Comitê de Direitos Humanos, no caso de denúncias a violações destes direitos.

b) Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

No mesmo condão do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o objetivo do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes (PIOVESAN, 2012, p. 242). Os Estados-partes assumem o compromisso de adotar medidas que visem a concretização dos direitos reconhecidos no Pacto.

O PIDESC é menos extenso que o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e visa estabelecer os direitos de segunda geração que se proclamam a proteger os grupos desfavorecidos e vulneráveis da sociedade. Em linhas gerais, entre os direitos econômicos reconhecidos pelo Pacto e que devem ser observados pelos Estados-partes está a autodeterminação dos povos (art. 1º); igualdade entre homens e mulheres (art. 3º); quanto aos direitos sociais, o PIDESC reconhece o direito ao trabalho (art.6º), à segurança social (art. 9º); por fim, também estabelece medidas para o desenvolvimento cultural (art.15, 2).

De acordo com Flávia Piovesan (2012, p. 252), enquanto o Pacto dos Direitos Civis e Políticos estabelece direitos que são endereçados aos indivíduos, o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece deveres aos Estados de concretização. Enquanto o primeiro Pacto determina que “todos têm o direito a...” ou “ninguém poderá...”, o segundo Pacto usa a fórmula “os Estados-partes reconhecem o direito de cada um a...”. Isto já demonstra a diferença estrutural entre ambas as categorias de direitos: direitos civis e políticos autoaplicáveis, enquanto direitos sociais seriam de realização progressiva.

O PIDESC conta também com um sistema de monitoramento dos direitos enunciados, através da sistemática de relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Posteriormente, esses relatórios devem se transformar em ações e medidas adotadas pelos Estado-parte no sentido de que observem o direito violado e passem a realizá-lo.

Mesmo que de forma tardia, igualmente como a categoria dos direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais também começaram a contar com o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, porém, isto só ocorreu, em 10 de dezembro de 2008. De acordo com Flávia Piovesan (2012, p. 254):

> O Protocolo Facultativo habilita o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a: a) apreciar petições submetidas por indivíduos ou grupo de indivíduos, sob a alegação de serem vítimas de violação de direitos enunciados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; b) requisitar ao Estado-parte a adoção de medidas de urgência para evitar danos irreparáveis às vítimas de violações; c) apreciar comunicações interestatais, mediante as quais um Estado-parte denuncia a violação de direitos do Pacto por outro Estado-parte; e d) realizar investigações in loco, na hipótese de grave ou sistemática violação por um Estado-parte de direito enunciado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Portanto, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tornou-se um instrumento importante para o monitoramento dos direitos assegurados no PIDESC, principalmente propiciando a devida justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Por fim, com o advento da *International Bill of Rights*[13]*,* outros instrumentos jurídicos de proteção dos Direitos Humanos são instituídos. Com o processo

[13] De acordo com Flávia Piovesan (2012), a *International Bill of Rights,* constituiu a Carta Internacional dos Direitos Humanos, integrada pela Declaração Universal de 1948 e pelos dois Pactos Internacionais de 1966. A Carta Internacional dos Direitos Humanos inaugura o sistema normativo global de proteção desses direitos, ao lado do qual já se delineava o sistema regional de proteção.

internacionalização destes direitos, houve a ampliação de ambas as categorias de direitos, mas principalmente dos econômicos, sociais e culturais. A proteção internacional dos Direitos do Homem também resultou no sistema geral e no sistema especial de proteção destes direitos. O sistema especial tem a função de realçar a especificação do sujeito de direito. Essa garantia por igualdade também surtiu na criação de várias Convenções Internacionais como a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

3.1.3 As “gerações” de direitos humanos: diferenciação do regime de implementação dos direitos sociais

Os Direitos Humanos, desde o seu reconhecimento, passaram por diversas transformações. Neste contexto, foram marcados por uma autêntica mutação histórica como atribui Ingo Sarlet (2016), principalmente depois que Karel Vasak na aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, no ano de 1979, optou por designar como *gerações* de Direitos Humanos, em consonância com a tríade da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, à qual corresponderiam três gerações de Direitos do Homem.

Conforme a classificação feita por Karel Vasak, de acordo com o slogan da Revolução Francesa: *“liberté, egalité et fraternité”* (liberdade, igualdade e fraternidade),a primeira geração de Direitos Humanos seria composta por direitos referentes à liberdade, a segunda geração abarcaria os direitos de igualdade e finalmente, a terceira geração corresponderia aos direitos atinentes à fraternidade.

Os direitos de liberdade fazem parte da primeira geração de Direitos Humanos que são considerados direitos de cunho negativo, nas quais o Estado, em regra, não pode e não deve interferir na esfera de autonomia do indivíduo. São comumente denominados de direitos de defesa, pois protegem os indivíduos contra intervenções arbitrárias do agente estatal:

> Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o próprio 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 (BONAVIDES, 2007, p. 562).

Os direitos de primeira geração, que correspondem aos direitos civis e políticos precipuamente porque delimitam o espaço de liberdade do indivíduo e estruturam o modo de organização do Estado, são conhecidos como liberdades individuais. Nesta geração de direitos, o papel do Estado é tanto de abstenção (papel passivo) em violar os direitos, quanto ativo, pois há de se exigir ações do Estado para garantia da segurança pública, administração da justiça, entre outras (RAMOS, 2014).

Diferente da primeira geração de Direitos Humanos, a segunda modifica o papel de atuação do Estado, exigindo-lhe uma ação. A progressão dos direitos de segunda geração teve influência das doutrinas socialistas que determinavam uma concretização material das declarações de direitos, bem como, da Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919, frutos das lutas sociais da Europa e da América Latina.

Os Direitos Humanos de segunda geração são direitos ligados à igualdade, principalmente a igualdade material. Nesse ponto, o Estado passa a intervir de forma a garantir o *Walfare State* ou Estado do Bem-Estar Social. Os direitos econômicos, sociais e culturais fazem parte desta categoria. Os direitos econômicos seriam aqueles relacionados à organização da vida econômica de um Estado, como o direito de associação sindical; Os direitos sociais seriam normas com o objetivo de assegurar uma vida materialmente digna a todos os indivíduos, principalmente os miseráveis, como exemplo o direito de habitação; E, por fim, os direitos culturais seriam aqueles relacionados à participação do indivíduo na vida cultural da comunidade, como o direito à manutenção do patrimônio histórico e cultural. Os direitos consagrados como de segunda geração são, em regra, de caráter coletivo e que, exigem uma prestação estatal positiva, por isso chamados de *liberdades positivas.*

A terceira geração dos Direitos Humanos abarcaria aqueles de titularidade coletiva como o direito à paz, ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação dos povos, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por esta razão são denominados direitos de solidariedade. São oriundos da constatação da vinculação do Homem ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana (RAMOS, 2014).

Há autores como Paulo Bonavides (2007) que defendem o nascimento de mais duas gerações de direitos. A quarta geração refere-se, segundo autores que partem desta visão, a Direitos Humanos resultantes da globalização, por isso seriam direitos

de participação democrática, pluralismo e bioética. Já a quinta geração, corresponderia aos que envolvem cibernética e informática.

Essa abordagem geracional dos Direitos Humanos é alvo de várias críticas da doutrina, principalmente porque descaracteriza uma das características primordiais dos Direitos Humanos que é a indivisibilidade, pois estimula uma visão fragmentada destes direitos. A objeção à classificação em gerações dos Direitos Humanos será abordada em tópico próprio neste trabalho, ainda neste capítulo, principalmente porque impacta diretamente no tratamento jurídico dos direitos sociais.

3.2 Ponto de partida dos direitos sociais: o Estado Social de Direito

Até o advento da Primeira Guerra Mundial, o espírito europeu foi dominado pelo liberalismo. Em suma, o Estado Liberal tinha como principal fator a busca por um mercado natural. Este caracteriza-se pela ampla abstenção do Direito em regular a economia. Assim, a economia é “jogada para fora do direito” (MOREIRA, 1973, p. 75), já que as instituições jurídicas de cunho econômico não eram reconhecidas como tais. A característica abstencionista marca o Estado Liberal: o Estado somente poderia envolver-se ou ter uma ação legítima para preservar a segurança individual dos cidadãos. Quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprovasse (BONAVIDES, 1972, p. 31).

Ocorre que as profundas crises econômicas ocasionadas pelo liberalismo fizeram com que o Estado Liberal entrasse em colapso:

> Os princípios liberais se esgotaram na defesa de uma liberdade abstrata que acabou por sufocar o próprio cidadão que dela era titular. A sustentação da liberdade como um apanágio do homem, decorrente da própria natureza, se esvaiu por entre os meandros da relação concreta entre o capitalista, detentor dos meios de produção, e o operário que prestava o seu trabalho. Essa relação degenerou em exploração (FONSECA, 2000, p. 70).

O fracasso do Estado Liberal deve-se ao fato principalmente deste ter atuado especificamente no plano político-jurídico, e como mero expectador da ordem social-econômica. Estado fortemente individualista, não se importou com as questões sociais da época e nem apresentou soluções para estas.

Com o declínio do Estado Liberal, era necessário corrigir as disfunções sociais até então estabelecidas. O Estado deveria reestruturar-se sobre os princípios da isonomia e da justiça social. Incorporou-se, então, ao ideário do Estado de Direito, o

ideário social, surgindo o Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), também conhecido como Estado Assistencial ou Estado-Previdência (MELLO, 2008, p. 50). O Estado chamado de assistencialista foi o modelo predominante dos países ocidentais na segunda metade do século XX.

A transição do liberalismo para o Estado Social deu-se, principalmente, porque o primeiro buscou impor limites ao próprio Estado de maneira a impedi-lo de invadir as esferas individuais e de liberdade. Ocorre que sobrevieram à Revolução Industrial, depressão econômica da década de 1920 e às barbáries da Segunda Guerra Mundial, fatores que geraram a necessidade de uma maior intervenção estatal.

O autor Henrique Damiano (2005) traça algumas características primordiais do Estado do Bem-Estar Social. A primeira delas é a relação entre Estado e Sociedade, na qual o Estado Social posiciona-se no sentido de que a sociedade, deixada a seus mecanismos autorreguladores, conduz a pura irracionalidade e o Estado tem a incumbência, portanto, de neutralizar os efeitos disfuncionais para um pleno desenvolvimento econômico e social; a segunda característica que o autor atribui ao Estado Social é que este nasce e se desenvolve aliado ao progresso técnico, já que o avanço tecnológico condiciona as próprias relações sociais; em terceiro, o Estado Social não nega os valores e fins do Estado Liberal, ao contrário, pretende fazê-los mais efetivos. O quarto ponto, segundo Henrique Damiano (2005), é que o Estado Social é um Estado que se responsabiliza para que os cidadãos tenham assegurados condições mínimas vitais, para que possam exercer sua liberdade, é nesse aspecto principalmente que o Estado Social se diferencia do Estado “mínimo” Liberal. Em quinto, o autor coloca o desenvolvimento econômico, já que segundo ele, o Estado Social não reconhece os direitos sociais no mesmo nível de exigência que o Estado tradicional que coloca o nivelamento entre a garantia destes direitos e uma economia saneada. Por fim, dentro destas características, o autor atribui ainda que o Estado Social conta com o instrumento jurídico do sistema tributário no tocante ao seu caráter de redistribuição de rendas e o *Welfare State* é um Estado em que os processos de representatividade adquirem complexidade, principalmente nas questões sociais.

Com o advento do Estado Social, o Direito trata de incorporar em sua teoria, objetivos sociais, já que o próprio adjetivo “social” se refere “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 1999, p. 119). Os instrumentos

jurídicos possibilitaram ao Estado Social que o Direito fosse um dos meios de gerenciamento na ideia de justiça distributiva material.

No que se refere ao Estado de Direito Social, houve um pretenso alargamento na aplicabilidade dos direitos fundamentais. Em razão disso, tanto a Constituição Mexicana de 1917 como o texto constitucional de Weimar de 1919 expressam bem o caráter social que o Direito irá assumir no Estado de Bem-Estar Social, de acordo com Jorge Miranda (2011, p. 2-3):

> O ponto básico está em que o Estado social de Direito, se incorpora dos direitos sociais, não apaga, nem subverte as liberdades, mormente as liberdades públicas, e, em geral, todos os direitos e garantias individuais; em que, se afasta o liberalismo econômico continua fiel ao liberalismo político; e em que, se exige para o Estado um papel insubstituível na economia, não exclui a iniciativa privada e o mercado. [...] liberdade e direitos sociais, Estado prestador de serviços e interventor, sob feições e em graus diversos, nos mecanismos econômicos, mercado condicionado e regulado (ou economia social de mercado), separação de poderes (mesmo se diferente, em vários pontos, do século XIX).

Surge nesta ótica com o Estado Social, os direitos fundamentais de segunda geração, que impõe ao agente estatal a promoção à saúde, educação, moradia, lazer e trabalho, assumindo o Estado uma feição totalmente intervencionista na promoção social e busca pela igualdade. Esse novo enfoque do Estado estabelece o tido constitucionalismo social:

> O constitucionalismo social substitui o constitucionalismo liberal-clássico e produz uma nova Constituição (...) à medida que a própria norma constitucional impõe ao Estado a concreção de metas, tarefas e programas de natureza pública com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais de segunda geração (direitos sociais, econômicos e culturais, mantendo e confirmando os direitos civis e políticos de primeira geração que já existiam) e a função social da propriedade, bem como vem a legitimar a intervenção do Estado na propriedade e nas atividades econômicas, disso resultando o deslocamento do eixo constitucional da esfera da liberdade para outros dois polos de mesma estatura: os valores jurídicos da igualdade e da solidariedade (PEIXOTO, 2011, p. 11).

O constitucionalismo que advém do Estado Social busca, através do Direito, uma reação às desigualdades sociais, pautada na inclusão de um novo panorama e de atuação do Estado. O reconhecimento dos direitos sociais neste período é o ápice da mudança de concepção gerencial do Estado, pois a afirmação dos direitos sociais é a de garantir que certas prerrogativas tidas como mínimas sejam asseguradas. A concretização dos direitos sociais pressupõe uma atuação positiva do Estado, deixando de ser um mero expectador.

No que toca a experiência brasileira em relação ao desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social, o Brasil não constituiu um modelo próximo do que ficou conhecido o *Welfare State.* Talvez seja mais coerente considerar que, durante todo o processo histórico de formação e estruturação das formas do Estado moderno no Brasil, não se tenha implementado mais do que apenas algumas políticas de bem-estar social (GOMES, 2006, p. 21).

Entre os anos de 1930-1964, houve o início do processo para a estruturação do regime de bem-estar no Brasil, principalmente ligado à ideia de cidadania regulada[14]. Ao contrário do modelo europeu, em que a consolidação do Estado Social se deu na lógica de buscar universalizar os direitos sociais e apoiou-se em governos democráticos, no Brasil, o avanço do modelo de Estado Social teve início sob um governo autoritário e tampouco houve a universalização dos direitos sociais.

As políticas sociais no Brasil neste período eram quase nulas e quando estabelecidas, eram revestidas com caráter burocrático e pouco inclusivas. Um modelo mais maduro de Estado Social brasileiro só pode ser vivenciado com o período de redemocratização do país e as medidas adotadas nesta época tinham caráter mais emergencialista. Draibe (1993) definiu o período como a “Definição do Novo Perfil” levando em consideração as profundas modificações no campo social, criadas com a Constituição de 1988, principalmente pela ampliação do rol dos direitos sociais.

Por fim, coloca-se que o Estado Social é, de natureza, dialético (BONAVIDES, 1972), principalmente porque correspondeu aos anseios das transformações ditadas na época, fruto de uma pressão social. Com isso, o Estado objetivando igualdade material, interfere-se tanto nas relações econômicas quanto sociais.

3.3 Afinal, o que são direitos sociais?

Como já explicitado nesta pesquisa, todas as categorias de direitos são criadas através de lutas e movimentos sociais em prol de reivindicações por melhores condições de vida. Com a categoria dos direitos sociais não é diferente, principalmente porque esta categoria almeja tutelar a igualdade material, precipuamente pela atual realidade social de “dimensões superpostas de exclusão” (HERRERA FLORES, 2005).

[14] O termo “cidadania regulada” foi cunhado pelo sociólogo Wanderley Guilherme dos Santos no livro *Cidadania e justiça*, de 1979, se basearia em uma cidadania restrita e sempre vigiada pelo Estado.

Em razão disso, é necessário compreender o conceito de direitos sociais. O autor José Afonso Silva (2005, p. 286-287) atribui que:

> [...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Nesta esteira, direitos sociais são liberdades públicas com a finalidade de tutelar os menos favorecidos, principalmente os hipossuficientes. Os direitos sociais partem do princípio de que o Estado, enquanto gestor público, deve propiciar uma vida digna a todos, primordialmente àqueles que não possuem acesso a vários direitos. Com o mesmo raciocínio, o autor Gregorio Peces-Barba Martínez (2010, p. 30), afirma que os direitos sociais constituem:

> [...] instrumentos para alcançar a igualdade que permita a todos, de maneira extensiva, participar na democracia social, desfrutar em condições dos direitos clássicos, individuais, civis e políticos, com a satisfação das necessidades básicas
> e, finalmente, alcançar o desenvolvimento e a salvaguarda da livre personalidade, que é um objetivo humanista.

Não existe um conceito unívoco de direitos sociais, porém, em quase todos os conceitos desta categoria, há inclusão da igualdade fática (material), pois, são direitos vinculados a condições imprescindíveis para a concretização e realização da dignidade da pessoa humana.

O autor Paulo Bonavides colabora, em uma concepção filosófica, afirmando que:

> Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude (BONAVIDES, 2007, p. 565).

Os direitos sociais são a expressão máxima do Estado de Direito de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Este simbolizou a superação do Direito de caráter liberal, principalmente buscando o aperfeiçoamento do Estado Liberal. O direito ao trabalho foi, de acordo Abramovich e Courtis (2004), a primeira expressão do modelo de direito social da história. Por isso que em sentido objetivo, os direitos sociais são normas

pelas quais o Estado desacentua as desigualdades sociais; já no sentido subjetivo, caracteriza-se como direito a prestações por parte do poder público.

Em relação à classificação, os direitos sociais são comumente agrupados em algumas categorias: 1ª) os direitos sociais dos trabalhadores; 2ª) os direitos sociais da seguridade social; 3ª) os direitos sociais de natureza econômica; 4ª) os direitos sociais da cultura; 5ª) os direitos sociais de segurança. Podem ser de natureza individual e coletiva.

Os direitos sociais da seguridade social compreendem o direito à saúde, direito à assistência social e à previdência social. Já os de natureza econômica envolvem, em regra, todas as prestações positivas que o Estado deve desenvolver e que são voltadas para: busca do pleno emprego; à redução das desigualdades sociais e regionais; à erradicação da pobreza e da marginalização; à defesa do consumidor e da concorrência. Insere-se nesse contexto, a função social da propriedade privada (TAVARES, 2012). Por fim, os de natureza cultural que envolvem o direito à cultura e direito à educação.

Como já afirmado na pesquisa, os direitos sociais visam proteger e promover a dignidade da pessoa humana, em razão disto, se destinam e são concebidos para assegurar, principalmente aos hipossuficientes, buscando a efetivação formal do princípio da igualdade. Têm por finalidade a qualidade de vida, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a moradia, a previdência social, a segurança, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados.

Por conseguinte, há várias definições conceituais acerca do que são direitos sociais, mas é certo que correspondem a direitos que visam a manutenção da qualidade de vida e garantir condições mínimas de bem-estar, almejando a concretização da dignidade da pessoa humana.

3.4 Direitos sociais como anomalias: reflexões em torno da exigibilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais

Embora a maioria dos textos constitucionais incluam os direitos sociais, ainda persiste a questão de como torná-los totalmente justiciáveis. Tornar um direito justiciável é buscar o efetivo acesso a este, da maneira mais universal e equitativa possível por parte dos membros da sociedade:

> En los sistemas de gobierno con división de poderes, cada rama de gobierno tiene asignada una tarea propia. Los cuerpos legislativos tendrían por cometido proporcionar un marco jurídico idóneo que posibilite el acceso equitativo a esos bienes disponibles para la comunidad, en tanto que el del Poder Ejecutivo es doble: por un lado, abstenerse a efectuar ciertas conductas; y por otro, realizar las conductas específicas necesarias para la consecución y efectividad de ciertos derechos. La tarea del Poder Judicial, *grosso modo*, sería la de forzar el cumplimiento de las obligaciones que derivan de los derechos establecidos a favor de la comunidad, pero también, si se ve involucrado a ello, a cuestionar la legislación o las políticas públicas (CAMARENA, 2014, p. 52).

No que diz respeito aos direitos sociais, existem diversas teses que os diferenciam dos direitos civis e políticos, em vários aspectos, desde um “defeito de origem” até distinção entre obrigações negativas e positivas. Neste tópico será apresentado a respeito dos principais problemas em relação aos direitos sociais na concepção da justiciabilidade.

3.4.1 A indivisibilidade dos direitos humanos: repensando as gerações de direitos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 delineou uma nova ordem pública mundial aos instituir o catálogo dos Direitos do Homem. Além da universalidade, a Declaração introduz a indivisibilidade dos Direitos Humanos, conjugando direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais. Ocorre que, no estudo sobre os Direitos Humanos, foi estabelecida a Teoria das Gerações de Direitos Humanos, formulada pelo jurista francês Karel Vasak, que, na Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, França, no ano de 1979, classificou os Direitos Humanos em três gerações, com características próprias.

Neste prisma, como já abordado na pesquisa, a primeira geração englobaria os chamados direitos da liberdade, com conteúdo de prestações negativas, nas quais o Estado deve proteger a autonomia do indivíduo, são também denominados de direitos de defesa (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 23-24). São direitos caracterizados como individuais, pois, traduzem o valor da liberdade que tem como marco as revoluções liberais do século XVIII.

Cunhados no valor da liberdade, os direitos de primeira geração são tidos como direitos contra o Estado, referem-se aos direitos civis e políticos. Nesta ótica, o Estado não pode interferir, em regra, na seara individual de cada cidadão, quebrando a lógica absolutista da época.

A segunda geração dos Direitos Humanos vem em consonância com a mudança de postura do agente estatal, exigindo-lhe um papel mais ativo. São denominados direitos de prestação, pela atuação mais marcante do Estado. Revelariam uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas (SARLET, 2009, p. 47).

São denominados direitos de igualdade, visam concretizar liberdades abstratas caracterizadas por serviços públicos, como saúde, educação, previdência social, habitação, transporte, segurança, entre outros que demandam atuação positiva do Estado enquanto poder público. Os Direitos Humanos de segunda geração tiveram como marcos a Constituição mexicana de 1917, que regulou o direito ao trabalho e à previdência social; a Constituição alemã de Weimar de 1919, que estabeleceu direitos sociais; e, no direito internacional, o Tratado de Versalhes, que reconheceu direitos aos trabalhadores (SERRANO JÚNIOR, 2012).

Inspirados nos anseios do Estado do Bem-Estar Social, a segunda geração de Direitos Humanos proclama, meios para que a liberdade individual seja assegurada, principalmente através de políticas públicas que fomentem e estimulem estes direitos.

A terceira geração dos Direitos Humanos, diferente das primeiras, é de titularidade coletiva, ligada pelos valores da solidariedade e da fraternidade. Os direitos consagrados nesta geração apresentam-se como uma resposta à evolução da sociedade, principalmente tecnológica. São consagrados nesta geração de Direitos Humanos o direito à paz, informática, desenvolvimento e meio ambiente.

A abordagem geracional é alvo de várias críticas doutrinárias por transmitir a ideia de sucessão de uma geração em face da outra, cumulando na noção de caráter substitutivo. A classificação dos Direitos Humanos em gerações, impacta negativamente a fundamentação dos direitos de segunda geração, precipuamente no que diz respeito aos direitos sociais:

> [...] deve-se registrar que essa tripartição dos direitos fez com que os de primeira dimensão pudessem ser considerados como imediatamente exigíveis e implementáveis, ao passo que os de segunda dimensão necessitariam, para tanto, de uma disponibilidade orçamentária (e política) de cada Estado que os contemplasse em seus textos constitucionais (RAMOS, 2014, p.506).

Esta visão distorcida, acaba por fragmentar as duas primeiras categorias de Direitos Humanos: direitos civis e políticos, de um lado, e os direitos econômicos, sociais e culturais, de outro. Nesta vertente, o autor Cançado Trindade (1993, p. 30) também partilha no sentido de que a ideia de “gerações” de Direitos Humanos,

correlaciona ainda mais a teoria dos direitos fundamentais na lógica da fragmentação e não, da indivisibilidade:

> […] a fantasia nefasta das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra devidamente desmistificada. O fenômeno que hoje testemunhamos não é o de sucessão, mas antes, de uma expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, consoante uma visão necessariamente integrada de todos os direitos humanos. As razões histórico-ideológicas da compartimentalização já há muito desapareceram. Hoje podemos ver com clareza que os avanços nas liberdades públicas em tantos países nos últimos anos devem necessariamente fazer-se acompanhar não de retrocesso – como vem ocorrendo em numerosos países – mas de avanços paralelos no domínio econômico-social.

Em vista disso, mesmo que a teoria geracional seja usada para fins didáticos, na prática, serve também como justificativa para a diferenciação no regime de proteção e principalmente, de implementação de uma geração de direitos se comparado com a outra. Além disso, o termo *geração* não é cronologicamente exato, já que os direitos sociais foram garantidos nas primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e início do século XIX, bem antes da denominada crise do Estado Liberal, apontada como fator determinante para o surgimento dos direitos sociais (DIMOULIS; MARTINS; 2018). Neste condão, a utilização do termo *gerações* consubstancia distorções em relação aos direitos sociais, em especial, na fundamentalidade desta categoria de direitos.

3.4.2 Análise crítica do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)

Os direitos econômicos, sociais e culturais, igualmente como os direitos civis e políticos, são parte indissolúvel do sistema internacional de Direitos Humanos, no qual ambas as categorias de direitos foram estabelecidas através da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Todavia, a Declaração Universal, em si mesma, não possui força jurídica de maneira obrigatória e vinculante. Por isso após a promulgação da Declaração, houve a necessidade de medidas para tornar a mesma vinculante. O processo de “juridicização” da Declaração começou no ano de 1949 e foi concluído somente em 1966, com a elaboração de dois tratados internacionais distintos — o Pacto Internacional dos Direitos Civis, Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos

Econômicos, Sociais e Culturais — que passaram a incorporar os direitos constantes da Declaração Universal (PIOVESAN, 2012).

A elaboração de dois pactos distintos contribuiu para a discussão em torno da exigibilidade dos direitos sociais. A *priori*, o próprio processo de elaboração destes dois pactos foi alvo de divergências. De acordo com Flávia Piovesan (2012), a questão central era da conveniência da elaboração de dois pactos diversos, cada qual enunciando uma categoria de direitos, ou a confecção de um pacto único, que pudesse prever tanto a categoria dos direitos civis e políticos como os direitos econômicos, sociais e culturais:

> Com efeito, no início de suas atividades (de 1949 a 1951), a Comissão de Direitos Humanos da ONU trabalhou em um único projeto de pacto, que conjugava as duas categorias de direitos. Contudo, em 1951 a Assembleia Geral, sob a influência dos países ocidentais, determinou fossem elaborados dois pactos em separado, que deveriam ser aprovados e abertos para assinatura simultaneamente, no sentido de enfatizar a unidade dos direitos neles previstos (PIOVENSAN, 2012, p. 242).

A opção pela adoção de dois Pactos distintos, intensifica diferenças em relação às obrigações que são trazidas por cada Pacto e a maneira de implementar tais direitos:

> Um dos maiores argumentos levantados pelos países ocidentais em defesa da elaboração de dois pactos distintos centrou-se nos diversos processos de implementação das duas categorias de direitos. Alegou-se que, enquanto os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e passíveis de cobrança imediata, os direitos sociais, econômicos e culturais eram "programáticos" e demandavam realização progressiva. A exigência de diferentes procedimentos de implementação viria a justificar a formulação de dois pactos diversos, já que, para os direitos civis e políticos, o melhor mecanismo seria a criação de um comitê que apreciasse petições contendo denúncia de violação de direitos — instrumento que se mostraria inadequado para a tutela dos direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2012, p. 242-243).

Um dos pontos mais importantes em relação ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) quando comparado com o Pacto de Direitos Civis e Políticos reside no art. 2º de ambos os Pactos; Enquanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos cria a obrigação de cada Estado de "tomar as providências necessárias para garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território, e que estejam sujeitos à sua jurisdição, os direitos reconhecidos no presente Pacto". Ao contrário do PIDESC que prevê a adoção de medidas "que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto".

No âmbito do direito internacional, a ideia de realização progressiva descreve um aspecto que o Pacto estabelece como obrigação do Estado para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, principalmente porque o PIDESC menciona “disponibilidade de recursos”, enquanto os direitos civis e políticos gozam de aplicabilidade imediata, inclusive legislativa, se for o caso.

Outra análise que merece ser feita em relação ao PIDESC diz respeito ao art. 16, 1, que estabelece:

> 16.1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto.

A redação do art. 16 é genérica, não trazendo de forma detalhada quais informações que o relatório deve conter, qual a periodicidade e, principalmente quais os progressos e avanços que cada país signatário deve realizar (COUTO, 2013, p. 274). Em razão da discussão, o Comentário Geral nº 3 da ONU, afirmou que o art. 16 do PIDESC é norma programática, de projeção futurista. Os Estados devem se comprometer em tão somente buscar a evolução de seus indicadores sociais.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) ainda apresenta o sistema de monitoramento dos direitos enunciados no Pacto, contudo, como alerta Flávia Piovesan (2012), restringindo-se, apenas à sistemática dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados-partes. Estes relatórios servem de subsídio para a análise dos indicadores sociais por parte das agências internacionais, porém não há um órgão de monitoramento de tais medidas, a priori[15]. Diversamente do PIDESC, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, possui o Comitê de Direitos Humanos como órgão principal de monitoramento dos direitos civis e políticos.

Na sistemática de dar proteção às categorias de Direitos Humanos, na seara internacional, optou-se por estabelecer Protocolos Facultativos com o objetivo de intensificar a eficácia jurídica aos direitos contidos nos Pactos. São estabelecidos como “facultativos” justamente por conterem obrigações mais exigentes do que as do Pacto original. Analisando os direitos sociais, até mesmo na adoção do Protocolo Facultativo, a categoria possui desvantagens se comparada com os direitos civis e políticos. O Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi adotado em 16 de dezembro de 1966, e trouxe como principal mecanismo a possibilidade de

[15] O PIDESC não cria um Comitê próprio, que, como realçado, foi estabelecido posteriormente pelo Conselho Econômico e Social (PIOVESAN, 2012, p.254).

petições individuais para denunciar possíveis violações dos direitos civis e políticos, a serem apreciadas pelo Comitê de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2012), o que fortaleceu a justiciabilidade desta categoria de direitos.

Em linhas opostas aos direitos civis e políticos, os direitos econômicos, sociais e culturais apenas no ano de 2008 contaram com um mecanismo semelhante, mediante a adoção do Protocolo Facultativo ao Pacto dos direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

> O Protocolo Facultativo habilita o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a: a) apreciar petições submetidas por indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a alegação de serem vítimas de violação de direitos enunciados no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; b) requisitar ao Estado-parte a adoção de medidas de urgência para evitar danos irreparáveis às vítimas de violações; c) apreciar comunicações interestatais, mediante as quais um Estado-parte denuncia a violação de direitos do Pacto por outro Estado-parte; e d) realizar investigações *in loco*, na hipótese de grave ou sistemática violação por um Estado-parte de direito enunciado no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIOVESAN, 2012, p .259).

Apesar de ter sido instituído tardiamente, o Protocolo Facultativo ao Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi de extrema importância para a justiciabilidade dos direitos sociais, principalmente porque estabeleceu um sistema de monitoramento mais eficaz a estes direitos. Cabe também colocar, que com a Criação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as disposições contidas no PIDESC foram devidamente especificadas, por meio de comentários gerais que ajudam a combater qualquer ambiguidade presente no Pacto.

Portanto, é necessário para os estudos acerca da justiciabilidade dos direitos, fazer-se uma releitura crítica do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, haja vista os desafios em torno da exigibilidade desta categoria de direitos que percorrem um problema histórico e estrutural e que afetam veemente em sua implementação atual.

3.4.3 O problema da classificação dos direitos fundamentais

A questão da vinculação dos direitos sociais percorre vários desafios, um deles é a classificação dos direitos fundamentais, principalmente porque exercem várias funções na ordem jurídica. Ocorre que para o reconhecimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, várias outras teorias foram usadas para estabelecer ainda

mais pretensas diferenças jurídicas-estruturais de cada uma dessas categorias: direitos civis e políticos *versus* direitos econômicos, sociais e culturais.

Uma das primeiras e mais reconhecidas classificações dos direitos fundamentais é proposta pelo alemão Georg Jellinek, na sua obra intitulada “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos” (*System der subjektiv öffentlichen Rechte*) que estabeleceu a teoria dos quatro “status”. Para esta teoria, *status* seria uma espécie de estado (uma situação) no qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado (SARLET, 2009, p. 134). A primeira posição, na visão do jurista alemão, seria a do *status subiectionis*, também chamada de estado passivo. O indivíduo neste caso se encontra subordinado aos poderes públicos, porém o Estado também é limitado na sua capacidade de agir.

Para além do estado passivo, aos cidadãos é assegurado um *status negativus*, uma esfera na qual são livres do Estado. Como Odoné Serrano Júnior (2012) afirma, nessa dimensão estariam as posições jurídicas dos indivíduos, chamadas liberdades, também denominados direitos de liberdade ou direitos negativos. Seriam exemplos de *status negativus* o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à intimidade, o direito à inviolabilidade do domicílio, entre outros.

O terceiro *status* proposto por Jellinek refere-se, em contraposição ao *status negativus*, o *status positivus* (*status civitatis*). Neste ponto é importante trazer a explicação de Ingo Sarlet (2009, p. 134):

> O terceiro *status* referido por Jellinek – e que complementaria o *status negativus* – é o assim denominado *status positivus* (ou *status civitatis*), no qual ao indivíduo seria assegurada juridicamente a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado determinadas ações positivas. É no *status positivus* que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais, salientando-se aqui a crítica formulada pela atual doutrina no que concerne à localização dos direitos de defesa no âmbito da teoria de Jellinek.

É por isso que neste *status positivus* se garante aos indivíduos, prestações positivas, como a possibilidade de o indivíduo exigir direito à saúde. Por último, Jellinek termina a sua teoria com o reconhecimento de um *status activus*, no qual o cidadão ganha autonomia para participar de decisões do Estado, da política. Neste caso, estariam alocados os chamados direitos políticos.

Não muito usual no Brasil, mas de forte presença no direito constitucional português, a classificação dos direitos fundamentais em “direitos, liberdades e garantias” é notadamente aplicada no art. 18, n.1, da Constituição de Portugal. Nesta

classificação, os direitos sociais não estariam englobados nos chamados direitos fundamentais, pois, sua efetivação estaria atrelada à previsão legislativa e à discricionariedade política (MIRANDA, 1988). Ao contrário, os direitos civis e políticos seriam considerados “direitos fortes”, de conteúdo e aplicação direta:

> De acordo com o direito constitucional positivo lusitano, os direitos fundamentais podem ser divididos em dois grandes grupos formados, respectivamente, pelos direitos, liberdades e garantias (Título II), e pelos direitos econômicos, sociais e culturais (Título III). Tal classificação se justifica pelo fato de o Constituinte ter previsto regimes jurídicos diferenciados para ambos os grupos, reservando uma força jurídica privilegiada aos direitos, liberdades e garantias, que, ao contrário dos direitos sociais, foram incluídos nas “cláusulas pétreas” da Constituição (art. 288, letra *d*, da CRP), além de serem considerados diretamente aplicáveis, vinculando todas as entidades públicas e privadas (art. 18, nº 1, da CRP), princípio que não se aplica aos direitos sociais do Título III (SARLET, 2009, p. 136).

O significado da trilogia, *direitos, liberdades e garantias* trata-se de uma classificação que assenta a diferença na estrutura jurídica de cada uma dessas categorias, mesmo que esta divisão não seja aplicada pela Constituição Federal brasileira de 1988 que optou por estabelecer no título II os “direitos e garantias fundamentais”, especificando “direitos e deveres individuais e coletivos” no Capítulo I; “direitos sociais” no Capítulo II; nos Capítulos III, IV e V, respectivamente, direitos e garantias da “nacionalidade”, “direitos políticos” e “partidos políticos”.

Nos moldes similares à doutrina de Jellinek, José Carlos de Andrade Vieira (1998) classifica funcionalmente os direitos fundamentais em direitos de defesa, direitos de participação e direitos a prestações. Os direitos de defesa corresponderiam aos direitos de liberdade, são a esfera na qual o Estado não pode atuar, impõem uma abstenção estatal, visando a autonomia privada. Os direitos de prestação, ao contrário, exigem uma ação positiva do Estado, visando proteger os bens jurídicos e a promoção dos direitos. Por fim, os direitos à participação referem-se aqueles que estabelecem a participação dos cidadãos na política, de forma ativa.

A mais famosa, considerada referência de classificação dos direitos fundamentais, é a proposta por Robert Alexy. A proposta do jurista alemão é a de que os direitos fundamentais sejam organizados em três categorias, considerando o conteúdo e a função desempenhada: direito a algo; liberdades e competências.

Segundo Alexy (2017), o objeto de um direito a algo é sempre uma ação do destinatário, que pode ter como objeto uma ação negativa (abstenção) do destinatário e outro, uma ação positiva (um fazer). Seriam respectivamente, os direitos de defesa e os direitos a prestações. Neste ponto é importante estabelecer que os direitos de

defesa seriam os direitos dos cidadãos, contra o Estado, que podem ser divididos em três grupos: o primeiro grupo composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo é a de que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; e por último, o grupo de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular (ALEXY, 2017, p. 196).

Importante para esta pesquisa é a referência dos direitos a ações positivas. Corresponderiam aos direitos que o cidadão tem contra o Estado, por seu turno, poderiam ser tanto de conteúdo fático como normativo:

> Trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma "prestação individual do cidadão à criação de vagas nas universidades". O fato de a satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática. É indiferente para a satisfação do direito de forma ela ocorre. Decisivo é apenas o fato que, após a realização da ação, os proprietários de escolas privadas disponham de meios suficientes, que os necessitados disponham do mínimo para sua existência e que exista uma vaga na universidade para aquele que quer estudar. A irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas [...] (ALEXY, 2017, p. 202).

Seguindo a classificação dos direitos fundamentais, as liberdades são posições jurídicas que asseguram ao cidadão ser livre para decidir se faz ou não algo, não há exigências ou proibições. Por fim, as competências, também chamadas de poder jurídico, são capacidades de modificarem determinada situação jurídica.

No Brasil, uma das classificações mais aclamadas é a proposta pelo professor Ingo Sarlet. O autor faz a distinção entre dois grupos: os direitos fundamentais de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações. Este segundo grupo divide-se igualmente em dois subgrupos, o dos direitos à prestação em sentido amplo e os direitos a prestações em sentido estrito.

Os direitos fundamentais na qualidade de direitos de defesa objetivam principalmente a limitação do poder estatal, asseguram aos cidadãos uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo (SARLET, 2009). Significam direitos de abstenção e de não ingerência do Estado. Contudo, como o próprio autor alerta, não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes

públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental (SARLET, 2009, p. 142).

O segundo grupo dos direitos fundamentais refere-se aos direitos fundamentais como direitos a prestações. São aqueles direitos que dependem de uma atuação do Estado para serem concretizados. Ingo subdivide este grupo em direitos a prestação em sentido amplo e os direitos a prestação em sentido estrito.

Os direitos à prestação em sentido amplo seriam compostos por duas categorias: direitos à proteção e direitos à participação em organização e em procedimento. Os direitos à proteção podem ser sumariamente conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais (SARLET, 2009, p. 157). Já os direitos à participação na organização e procedimento se assemelham a um *status activus processualis*, proporcionando meios processuais adequados para a realização dos direitos fundamentais.

Por fim, Ingo Sarlet termina a sua classificação com os direitos a prestações em sentido estrito, são os direitos a prestações materiais de cunho social. Atrelam-se com a concepção de direitos dos *status positivus socialis,* são os direitos fundamentais sociais. Neste ponto, o autor Ingo Sarlet (2009) alerta para o fato de que os direitos fundamentais sociais não se restringem somente na dimensão prestacional, abrangendo também *status negativus socialis*.

Desse modo, analisando a classificação dos direitos fundamentais, é importante ressaltar que todos os Direitos Humanos configuram um feixe de posições juridicamente protegidas, por esta razão, em síntese da análise classificatória, verifica-se que os direitos sociais, em regra, funcionam como direitos à prestação, pois na maioria das vezes, ensejam prestações materiais do Estado. Ocorre que, também possuem funções de direitos de defesa, restando a classificação superada já que não há dificuldades em encontrar direitos socais providos de dimensões positivas, bem como, de dimensões negativas.

3.5 Direitos sociais como cláusulas pétreas?

Para adentrarmos no assunto, primeiramente é necessário compreender acerca do que são cláusulas pétreas. Cláusula pétrea é aquela insuscetível de mudança formal, porque consigna o núcleo irreformável da constituição (BULOS, 2014, p. 417).

São assuntos ou tratativas das quais o legislador não poderá remover do texto constitucional e não pode, através de emenda constitucional, abolir direta ou indiretamente, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e período, a separação dos Poderes, os direitos e garantias fundamentais.

Contudo, há forte controvérsia doutrinária e jurídica a respeito da interpretação da expressão “direitos e garantias individuais”, prescritos no art. 60, § 4º, IV, CF/88. Quem concebe interpretação literal, atribui serem intangíveis apenas os direitos e garantias fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição Federal, por este viés, não se incluiriam os direitos sociais. Como afirma Ingo Sarlet (2009), a viabilidade desta concepção esbarra em traçar as distinções entre direitos individuais e os não individuais.

Como atribui Brandão (p. 9-10):

> Inicialmente, cumpre salientar que a atribuição de um peso definitivo ao elemento gramatical esbarra na insuficiência do seu uso exclusivo no âmbito da moderna hermenêutica jurídica, revelando-se, na hipótese vertente, especialmente despropositada, à vista (i) da fluidez semântica e da densidade moral dos “direitos e garantias individuais”, (ii) da circunstância de o próprio constituinte haver aberto o elenco de direitos expressos na Constituição (art. 5, § 2º), e (iii) da notável imprecisão terminológica do constituinte no que concerne à positivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Outra posição em relação que consigna a não intangibilidade dos direitos sociais, alude que o constituinte ao estabelecer “direitos e garantias individuais”, fez com o pensamento de restringir às cláusulas pétreas somente aos direitos e garantias individuais propriamente ditos, ou seja, as liberdades fundamentais, somente os direitos atinentes as prestações negativas, restariam excluídos os direitos sociais prestacionais e os direitos difusos coletivos.

Muito desta compreensão restritiva de interpretação dos direitos sociais, na sua inserção de proteção absoluta no rol de cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988, está pautada na escola liberal e sua visão de positivismo jurídico, conforme assegura Bonavides (2007). Além disso, o autor estabelece:

> Dessa fonte privilegiada promana, assim, o enunciado normativo onde se cristalizam no Direito os axiomas da razão individualista. Trata-se de um círculo cerrado à invasão de outros axiológicos, suscetíveis também de se normatizarem ou criarem dimensão nova de juridicidade mais lata para aquela expressão, ou seja, de alterar-lhe aditivamente o sentido com maior abrangência de espaço, no qual se introduziria, então, aquilo que os teoristas liberais se lhes afigura um paradoxo ou uma singularidade inadmissível: a natureza social dos direitos individuais, noção filosoficamente impura e promíscua, segundo essa lição de pensamento, mas que, convenhamos, já prevalece em considerável parte da doutrina contemporânea, livre de impugnadores, a cimentar o argumento interpretativo mais importante de

> numerosa parcela de hermeneutas constitucionais [...] (BONAVIDES, 2007, p.637).

Seguindo nesta mesma lógica refutada por Bonavides, há quem sustente que há diversas posições jurídicas constantes no Título II da Constituição Federal que não são consideradas com *status* de direitos fundamentais, razão pela qual há quem admita até mesmo a sua supressão por emenda constitucional. Ingo Sarlet (2009, p. 390), vai além:

> Argumentação similar tem sido adotada, aliás, por outros autores que têm produzido contribuições importantes sobre o tema no âmbito da doutrina nacional. É o caso, por exemplo, de Rodrigo Brandão e Luísa Cristina Pinto e Netto, que, ressalvadas importantes distinções entre o enfoque das respectivas abordagens, inclusive no que diz com as questões vinculadas ao tópico ora versado, embora, importa destacar, não tenham adotado na sua integralidade a tese advogada por Oscar Vilhena Vieira, privilegiam o que se poderia dizer de uma concepção intermediária e fortemente vinculada a uma concepção material de direitos fundamentais. Com efeito, ambos os autores, ao sustentarem – neste ponto com razão – que a função dos limites materiais é a proteção da identidade constitucional, e, portanto, do sistema dos direitos fundamentais e seu núcleo essencial como um todo, proteção esta que, em termos gerais, abrange os direitos fundamentais sociais, admitem, todavia, que direitos sociais assegurados por dispositivos constitucionais isolados possam ser eventualmente não apenas restringidos (com o que se concorda, já que, em princípio, direitos fundamentais são passíveis de restrição mesmo por lei ordinária e até em hipóteses onde sequer há autorização constitucional expressa para tanto), mas até suprimidos, designadamente – é preciso enfatizar este aspecto – quando não guardam relação direta com a dignidade da pessoa humana e outros valores materialmente fundamentais, como a igualdade, a liberdade, a democracia, entre outros.

Todos os argumentos que negam o acesso dos direitos sociais ao núcleo de cláusulas pétreas do direito brasileiro, acabam por acentuar ainda mais a distinção entre os direitos civis e políticos com os direitos sociais, principalmente no que diz respeito a intensidade constitucional conferida a esta última categoria. O assunto é tão controverso, que o Supremo Tribunal Federal (STF) já se manifestou algumas vezes sobre a pauta. Destaca-se a ADI n. 1946/DF no qual o STF afastou interpretação de dispositivo de emenda constitucional que atingia precipuamente o direito à licença à gestante, direito social que consta no rol do art. 6º da Constituição Federal.

As cláusulas pétreas têm como principal escopo assegurarem a integridade do texto constitucional, assegurando a preservação de eventuais alterações em seu núcleo essencial. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 60, §4º, quando opta por utilizar as expressões “abolir” e “tendente a abolir”, impede que sejam apreciadas pelo Congresso Nacional, tanto propostas de emendas ou situações equivalentes que tende a ab-rogar do núcleo essencial da Constituição Federal.

No que diz respeito aos direitos fundamentais, a análise de interpretação restritiva das cláusulas pétreas, analisada à luz de um viés totalmente positivista, assevera a discussão sobre a exigibilidade destes direitos. Os direitos sociais são um dos expoentes do Estado Democrático de Direito e como tal, fazem parte do núcleo essencial da Constituição Federal de 1988, visando assegurar a justiça social. Como determina Ingo Sarlet (2009), ignorá-los no núcleo intangível da Constituição é destruir a própria identidade da nossa ordem constitucional.

3.6 Titularidade dos direitos sociais

Um dos assuntos que mais interfere no tocante à justiciabilidade dos direitos sociais diz respeito a titularidade desta categoria de direitos. Os direitos sociais são universais? Ou eles devem ser atribuídos aos mais necessitados materialmente? (ACCA, 2013, p. 120). Uma das características e distinções entre direitos civis e políticos, e direitos sociais é justamente atribuir quem são os titulares de ambas categorias:

> É praticamente unânime o entendimento de que, contrariamente aos direitos civis e políticos – que têm uma titularidade universal e abstrata –, os direitos sociais têm uma titularidade específica, o que de certa forma nega o caráter da universalidade dos direitos fundamentais. Argumenta-se que os direitos civis e políticos são atribuídos ao homem enquanto ser abstrato e racional, ou seja, a todos, independentemente da sua condição social, na medida em que os bens e os valores tutelados por esses direitos, como a vida, a integridade física e psíquica ou mental, a liberdade, a honra, a intimidade etc., são bens presumidos valiosos para todos, independentemente de sua posição social, da origem, do sexo, da profissão etc., e, neste sentido, são universais. Entretanto, com os direitos sociais ocorre o inverso, pois são atribuídos não ao homem genérico enquanto ser humano, mas ao homem histórico, contextualizado, social e culturalmente determinado e inserido em um complexo de relações sociais e econômicas que leva em conta as suas condições socioculturais, como a condição de trabalhador integrante de uma determinada profissão ou categoria, de pensionista, de inválido, de viúvo, de integrar a certos grupos vulneráveis como as mulheres, os jovens, os deficientes etc. (LIMA FILHO, 2006, p. 31-33).

Por esta razão, os direitos civis e políticos por terem caráter individual, são universais, pois visam proteger a todos indistintamente, ao contrário, os direitos sociais não visam proteger o ser humano de forma abstrata, assim, os direitos sociais que têm como objeto prestações materiais do Estado, como educação, saúde e moradia têm como titulares todos aqueles que deles necessitarem.

Mais uma vez a dicotomia entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais aparece:

> [...] os direitos sociais surgiram juridicamente como prerrogativas dos segmentos mais desfavoráveis – sob a forma normativa de obrigações do Executivo, entre outros motivos porque, para que possam ser materialmente eficazes, tais direitos implicam uma intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos. A característica básica dos direitos sociais está no fato de que, forjados numa linha oposta ao paradigma kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. Ao contrário da maioria dos direitos individuais tradicionais, cuja proteção exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os direitos sociais não podem simplesmente ser "atribuídos" aos cidadãos; cada vez mais elevados à condição de direitos constitucionais, os direitos sociais requerem do Estado um amplo rol de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade – políticas essas que têm por objetivo fundamentar esses direitos e atender às expectativas por eles geradas com sua positivação (FARIA, 1994, p. 54).

A distinção dar-se-à principalmente pelo caráter coletivo que é atribuído aos direitos sociais e ao caráter individual dos direitos civis e políticos. Isto ocorre sob o forte argumento de que os direitos sociais visam garantir a igualdade material, por isso estariam sidos destinados aos grupos mais vulneráveis da sociedade. Como assevera Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 92):

> Pergunta-se também se deve distinguir entre titularidade *in abstracto* e titularidade *in concreto*. Esses direitos podem ser exercidos por todas as pessoas que tenham *a priori* a titularidade, ou deve se verificar, no caso concreto, o requisito da necessidade do titular para receber a prestação [...] A definição das pessoas que necessitam das prestações prometidas pelos direitos sociais constitui um problema interpretativo que, com algumas honrosas exceções, não despertou o interesse da doutrina, que permanece centrada na análise dos direitos de resistência e dos direitos políticos.

A partir destas premissas, os direitos sociais são considerados direitos de titularidade coletiva, e não propriamente direitos individuais, negando-lhes o caráter de direitos subjetivos. Porém, é necessário colocar, que apesar dos direitos sociais, quando se referem a determinados conteúdos, como o direito de greve (art. 9º, CF/88) e liberdade sindical (art. 8º, CF/88), serem destinados a determinados grupos, de forma mais ampla, também podem corresponder em certas situações, a um caráter mais individual, como é o caso dos direitos de proteção à maternidade e à infância, sendo titulares respectivamente as mães e as crianças. Da mesma forma, no caso dos direitos civis e políticos, verifica-se uma maior ou menor dimensão coletiva, visto que tais direitos encerram também faculdades de associação para o exercício e tutela das liberdades (SARLET, 2009).

Por conseguinte, a titularidade dos direitos sociais não pode ser restrita somente ao caráter coletivo, já que a função dos direitos sociais também é de salvaguardar

cada pessoa individualmente, isto também se aplica aos direitos civis e políticos que possuem tanto o viés grupal como individual.

3.7 A questão orçamentária: exigibilidade dos direitos sociais prestacionais e a teoria da reserva do possível

Antes de adentrarmos na questão fática de analisarmos os direitos sociais, principalmente os de cunho prestacional, à luz da teoria da reserva do possível, cabe primeiro estabelecer como foi instituída esta teoria.

As origens da teoria da reserva do possível já podem ser vislumbradas na Idade Média, com a questão filantrópica, de acordo com o qual as comunidades deveriam prestar amparo aos mais pobres “na medida de suas forças” (SGARBOSSA, 2010, p. 76). Nesta concepção, tanto a assistência social como a caridade já estavam condicionadas à disposição orçamentária.

Contemporaneamente, a doutrina (SERRANO JÚNIOR, 2012) aponta como *leading case*, o primeiro caso em que foi utilizada a expressão “reserva do possível”, o julgamento pelo Tribunal Constitucional Alemão, do caso *numerus clausus* de 18 de julho de 1972. A questão judicial levantada no julgamento, em suma, era a seguinte: Entre 1952 e 1967, o número de estudantes nas universidades alemãs aumentou consideravelmente, contudo, o governo não conseguiu acompanhar esse crescimento, principalmente na questão de infraestrutura das universidades e não conseguiu ofertar novas vagas. O impacto social foi gigantesco que as legislações estaduais começaram a restringir o número de vagas para acesso ao curso de medicina (regra *numerus clausus*). Neste sentido, o Tribunal Constitucional Alemão teve se manifestar acerca da constitucionalidade ou não das legislações estaduais. O Tribunal Constitucional entendeu que sim, as legislações eram compatíveis com a Constituição, porque verificou que, apesar do déficit de vagas, o governo estava realizando intensos esforços para a sua superação.

A Corte Constitucional Alemã entendeu que, a oferta de vagas universitárias estava sujeita à “reserva do possível”, ou seja, o poder público não poderia prejudicar outros programas sociais ou políticas públicas para ofertar mais vagas universitárias. Ficou firmado então, que deve haver um parâmetro de razoabilidade quanto à exigência de parâmetros estatais (SERRANO JÚNIOR, 2012).

De acordo com Fernando Borges Mânica (2003, p. 181):

> A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização
> do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa.

A reserva do possível é uma das condições primárias quando se trata de efetivação dos direitos sociais, principalmente aqueles de caráter prestacional, ou seja, que exigem uma ação do Estado, seja através de medidas governamentais ou políticas públicas. Por isso, a teoria da reserva do possível envolve dois aspectos: o aspecto fático e o aspecto jurídico. A reserva do possível no sentido fático, entende-se por uma limitação de concretização dos direitos fundamentais com base na escassez, pela falta de recursos financeiros. Na perspectiva jurídica, a teoria refere-se à legalidade orçamentária, assim o Estado se obriga a prestações sociais previamente estabelecidas através do orçamento público (SGARBOSSA, 2010).

A concretização dos direitos sociais prestacionais, em regra, necessitam de uma ação estatal, e trazem em si, a necessidade de aporte de recursos financeiros. Neste ínterim, quando observada sob a lógica de escassez, a reserva do possível merece atenção. Quanto a esse particular aspecto, a autora Ana Carolina Lopes Olsen (2008) discorre em sua obra sobre a diferença entre escassez natural e a escassez artificial.

Na escassez natural há inexistência de meios ou a impossibilidade de atendimento ao caso:

> A escassez de recursos, neste sentido, é reconhecida como dado de realidade a ser observado quando da definição do âmbito normativo de direito fundamental social. A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida (OLSEN, 2006, p. 198).

A autora ainda coloca como exemplo o direito à saúde no tratamento contra AIDS:

> Uma pretensão a um medicamento capaz de fornecer a cura definitiva para a AIDS mostra-se como flagrantemente impossível. Logo, esta pretensão não se encontra dentro do âmbito normativo do direito à saúde, de modo que não seria juridicamente exigível. Não há este direito, assim como não haveria o direito de o pintor pintar um quadro em um cruzamento de ruas, interrompendo o trânsito [...] (OLSEN, 2006, p. 198).

Ao contrário da escassez natural, a escassez artificial se manifesta através de uma decisão política. Os recursos econômicos se tornam escassos para um fim porque houve uma decisão política que os manejou para outro (OLSEN, 2008, p. 201). Daniel Sarmento (2008) exemplifica esta situação: um município não optar por estender o saneamento básico a uma comunidade carente, o que pode impactar em melhores condições de adequabilidade de moradia, para investir recurso público com publicidade ou obra faraônica.

Ainda que existam recursos materiais e financeiros para a concretização de determinado direito social, o Estado deve ter capacidade jurídica de sua disposição de acordo com o orçamento. Neste sentido, a reserva do possível torna-se tanto um limite fático como jurídico à concretização judicial dos direitos sociais. O mesmo não acontece com os direitos civis e políticos, considerados “sem custo” porquanto ensejam uma prestação negativa. A efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais estaria dentro da reserva do possível, ao contrário, os direitos civis e políticos não necessitariam de dispêndio financeiro. Em razão disto, Ingo Sarlet (2009) aponta que para o efeito de se admitir a imediata aplicação dos direitos sociais, o “fator custo”, nunca constituiu um elemento impeditivo da efetivação pela via jurisdicional (no sentido pelo menos da negativa da prestação jurisdicional) quando em causa direitos subjetivos de conteúdo “negativo”. O autor ainda complementa:

> É justamente neste sentido que deve ser tomada a referida “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade naquilo que depende da possibilidade de implementação jurisdicional não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para significativa parcela da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas (SARLET, 2009, p. 254).

A teoria da reserva do possível, no Brasil, perdeu seu sentido original, por falta de uma melhor interpretação tanto da doutrina como a jurisprudência, pois foi adotada como tese de defesa para a não judicialização dos direitos sociais. No Brasil, a aplicabilidade da tese da reserva do possível é ainda considerada nova. A premissa

para aplicar esta reserva baseia-se na noção de que recursos orçamentários são condições para que a Administração possa satisfazer direitos subjetivos.

Como consequência das distorções que acometem os direitos econômicos, sociais e culturais, é necessário investigar no caso concreto se a aplicação ou não da teoria é cabível, de forma pontual:

> (...) sin embargo, antes de reconocer sencillamente la escasez de recursos, se hace necesario investigar, en el caso concreto, esa escasez y los motivos que llevaron a ella. (…) ¿Será que es posible hablar de la falta de recursos para la salud cuando existen, en el mismo presupuesto, recursos utilizados en propaganda para el gobierno? Antes de que los limitados recursos del Estado se agoten para el cumplimiento de los derechos fundamentales, es necesario que se agoten en áreas no prioritarias desde el punto de vista constitucional y no desde el detentor del poder (Freire Júnior, 2005, p. 73).

Nesta ótica, Ingo Sarlet (2009, p. 255) que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos 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. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional

A reserva do possível, ao mesmo tempo, em que é uma restrição necessária, e que deve ser cautelosamente aplicada, também se insere como um dos obstáculos no que consiste a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Cabe lembrar, que a reserva do possível é, em regra, um limite fático e jurídico no intuito de preservar e melhor distribuir o orçamento público. A noção de escassez formulada por Ana Carolina Lopes Olsen (2008), conforme visto, torna-se cabível para analisar a aplicação da reserva do possível na concepção dos direitos sociais.

Neste contexto, cabe realçar que todos os direitos possuem um custo ao Estado, sejam eles liberdades negativas ou positivas. O que mais interessa no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos sociais são as escolhas de alocação dos

recursos que, na maioria das vezes, são pautadas em questões políticas e totalmente discricionárias, colocando os direitos sociais como meras intenções políticas.

3.8 Análise da exigibilidade dos direitos sociais à luz de Victor Abramovich e Christian Courtis

Como já discorrido no trabalho, nos últimos anos, os direitos sociais têm sido objeto de ataques, tendentes a restringi-los. A categoria tem sido posta em discussão, o que compromete e delimita sua articulação teórica. Nesta esteira, os autores argentinos Víctor Abramovich e Christian Courtis submetem os argumentos contrários à exigibilidade dos direitos sociais a uma forte crítica, construindo reflexões consistentes no intuito de confirmar o valor jurídico, empírico e teórico dos direitos de segunda dimensão. Por isso que neste tópico abordaremos sobre os obstáculos e os fundamentos usados pelos autores para colaborar com o devido entendimento acerca da justiciabilidade dos direitos sociais.

Já de início, Abramovich e Courtis (2004) afirmam que a doutrina aponta para um “defeito de nascimento” dos direitos econômicos, sociais e culturais, o que ocasiona a impossibilidade de alcançar a sua exigibilidade. O primeiro aspecto sustentado por quem acompanha esta tese, diz que a primeira geração de direitos (direitos civis e políticos) corrobora para gerar exclusivamente obrigações negativas, ou de abstenção, para o Estado. Ao contrário, os direitos econômicos, sociais e culturais gerariam somente prestações estatais positivas, por este motivo, ensejariam custo ao erário.

De acordo com os autores, esta visão baseia-se totalmente em uma posição naturalista que descaracteriza o complexo de obrigações inerentes a ambas categorias. De acordo com os autores “las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias substanciales” (ABRAMOVICH; COURTIS; 2004, p. 24-25).

Ainda analisando o campo de obrigações estatais em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, a adoção de dois pactos distintos refletiu a intenção de estabelecer o também alcance de obrigações diferentes referentes a cada categoria. O Pacto dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), estabelece ser necessário adotar medidas imediatas para a concretização dos direitos ali consagrados, no caso do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ao contrário, a efetivação dos

direitos econômicos, sociais e culturais se vê condicionada a disponibilidade de recursos, em consequência, a realização deve se dar de forma progressiva.

Abramovich e Courtis (2004) afirmam que as obrigações dos Estados em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais são disposições genéricas, por esta razão os autores realizam uma análise pormenorizada de cada uma delas. Quando o Pacto usa a expressão “progressivamente”, reconhece que os Estados podem, gradualmente, implementar às obrigações dispostas no Pacto, ou seja, não necessariamente de forma imediata. Este dispositivo não é claro quanto ao tempo de implementação de cada direito, porém em qualquer caso, o Estado deve justificar porque não realizou ou concretizou tal direito, ou também porque retrocedeu na sua implementação.

A segunda obrigação disposta no PIDESC analisada pelos autores argentinos trata-se da obrigação mínima dos Estados em assegurar a satisfação de pelo menos níveis essenciais de cada um dos direitos, sendo um ponto de partida para dar efetividade. Esta obrigação também surge do artigo 2.1 do Pacto. De acordo com os autores, em alguns casos, é fundamental adotar medidas que necessitam de uma ação positiva do Estado, principalmente quando os direitos não estão alcançando nível essencial para concretização, em outros casos tão somente exigem conservar a situação, não retroceder (ABRAMOVICH; COURTIS; 2004).

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, neste sentido, optou por definir o conteúdo básico de alguns direitos estabelecidos no Pacto. Em relação ao direito à saúde, por exemplo, os Estados têm a obrigação primordial de assegurar a todos, ou ao maior número de beneficiários, sem discriminação, os serviços de saúde e tratamentos terapêuticos, em especial para os grupos mais vulneráveis. Ocorre que os autores vão destacar a falta de precisão jurídica quanto a abrangência do conteúdo essencial que deve ser garantido nestes direitos:

> Si bien la tarea de interpretación del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mesurables, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la mortinatalidad infantil o de la siniestralidad laboral [...] (ABRAMOVICH; COURTIS; 2004, p. 91).

Por esta razão, a ausência de um sistema de indicadores dificulta a sistematização e a operacionalização das obrigações mínimas, já que o sistema

poderia auxiliar a identificar situações discriminatórias e condutas estatais em desacordo com a progressividade. Assim, a redação do PIDESC não estabelece quais são os grupos vulneráveis, nem abarca todos os direitos quanto a estabelecer seus níveis essenciais.

Ainda tratando das obrigações genéricas dispostas no PIDESC, Abramovich e Courtis (2004) analisam a obrigação de progressividade estabelecida no Pacto. O artigo 2.1 do PIDESC estabelece que "Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus 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." A noção de progressividade compreende dois sentidos complementares.

O primeiro sentido complementar é o da gradualidade, que "impõe aos Estados a obrigação de mover-se tão rápida e efetivamente como for possível até a meta" (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 93). O segundo sentido diz respeito ao progresso que consiste na obrigação do Estado de melhorar as condições de gozo e de exercício dos direitos do Pacto. A partir da obrigação estatal de implementação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorre a obrigação de não regressividade, ou seja, a proibição de adotar políticas e medidas ou sancionar normas jurídicas que piorem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004).

Um dos pontos considerados mais importantes na doutrina de Víctor Abramovich e Christian Courtis refere-se aos critérios para determinar a regressividade dos direitos fundamentais, principalmente porque a partir disto, se constata a progressividade ou não para implementação dos direitos:

> En cuanto a las reglas o parámetros para realizar tal comparación, consideramos que sería acertado a recurrir por analogía a los criterios utilizados em el derecho laboral para discernir la articulación entre normas, partiendo de la primacía del régimen o norma *más favorable* para el trabajador. La apelación a tales procedimientos, de arraigada tradición em el ámbito del derecho social, operará solamente como método posible de comparación entre las normas, sin ignorar las claras diferencias entre una y otra situación y la distinta finalidad que se persigue [...] en nuestro caso sólo permitirán acreditar prima facie que el Estado ha violado la prohibición de regresividad en tutela jurídica de un derecho social, trasladándose la carga de demonstrar la razonabilidad de la norma bajo un estándar de escrutinio estricto (ABRAMOVICH; COURTIS; 2004, p.112).

Ponto minimamente discutido também quanto à obrigação de progressividade, refere-se em saber o alcance da aplicação da proibição de regressividade. De acordo com os autores, a obrigação não só alcança os direitos previstos no PIDESC, bem como outros direitos econômicos, sociais e culturais de cunho constitucional.

Analisando agora o ponto principal da doutrina dos autores argentinos e que se relaciona com a presente pesquisa, está a abordagem dos vários obstáculos que apresenta a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, como será demonstrado. Abramovich e Courtis (2004) nomeiam quatro obstáculos para a judicialização desses direitos: (a) problemas na determinação da conduta devida pelo Estado; (b) a autorrestrição do poder judiciário frente a questões políticas e técnicas; (c) a ausência de mecanismos processuais adequados para sua tutela; e (d) a escassa tradição de controle judicial na matéria.

O primeiro obstáculo em relação à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais está vinculado à falta de especificação concreta do conteúdo destes direitos. Víctor Abramovich e Christian Courtis (2004, p. 122) relatam:

> Cuando una constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstenciones debidas. La falta de especificación concreta del contenido del derecho constituye, por supuesto, un obstáculo a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que evidentemente la exigencia de un derecho en sede judicial supone la determinación de un incumplimiento, extremo que se torna imposible si a conducta debida no resulta inteligible.

Inicialmente cabe destacar que este obstáculo sugere vários comentários. Em primeiro lugar, os autores ressaltam que não se trata de um problema exclusivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, como, por exemplo, qual seria o conteúdo protegido no caso da censura prévia. Porém, ressaltam que a existência desta dificuldade jamais afetou os direitos civis e políticos, no que diz respeito a afirmação de não serem justiciáveis, já que a regulamentação legislativa posterior e administrativa, bem como a jurisprudência, ficam encarregados de estabelecer qualquer dúvida em relação ao conteúdo da exigibilidade destes direitos (ABRAMOVICH; COURTIS; 2004).

Uma segunda observação que os autores fazem questão de ressaltar é a de que os problemas de falta de especificação do conteúdo de um direito são típicos das normas constitucionais ou de tratados de Direitos Humanos, pois são normas dotadas de mais nível de abstração e generalidade. Abramovich e Courtis (2004) asseveram que múltiplas razões militam a favor desta generalidade, dentre estes, porque permite

maior flexibilização a instrumentos normativos para uma maior decisão política; e, preservar a brevidade da norma. Porém, os autores concluem que mesmo dotado de generalidade, é possível verificar quando há violação de direitos.

A terceira observação abrange duas condicionantes. A primeira é a determinação semântica do conteúdo dos direitos econômicos, sociais e culturais, ou seja, aquela em que a especificação do direito se dá através de regulamentação, jurisprudencial ou dogmática. A outra determinação seria a fática que corresponderia a um número de ações que seria capaz de corresponder a satisfação de cada direito. Por fim, a última observação tecida pelos autores afirma que "el exame judicial no necesariamente debe centrarse sobre la determinación de uma conducta concreta que deba exigirse al Estado (ABRAMOVICH; COURTIS; 2004, p. 126)." Neste sentido, o Poder Judiciário também pode averiguar quais medidas o Estado deve tomar para a realização das obrigações que lhe são inerentes.

O segundo obstáculo que Abramavich e Courtis estabelecem com relação à justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais diz respeito ao critério restritivo que é atribuído a magistratura na hora de decidir sobre questões políticas. Deste modo, os autores alertam:

> Así, cuando la reparación de una violación de derechos económicos, sociales y culturales importa una acción positiva del Estado que pone en juego recursos presupuestarios, o afecta de alguna manera el diseño o la ejecución de políticas públicas, o implica tomar una decisión acerca de que grupos o sectores serán prioritariamente auxiliados o tutelados por el Estado, los jueces suelen considerar tales cuestiones como propias de la competencia de los órganos políticos del sistema (ABRAMOVICH; COURTIS; 2004, p. 127).

A margem de discricionariedade é maior quando se trata da Administração, o Poder Judiciário é vetado de atuar nesta margem, deve obedecer à legislação. Porém, os autores argentinos tentam encontrar argumentos para informar o quanto esta restrição política do Poder Judiciário afeta a exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. A primeira conclusão dos autores é de que quanto maior a margem do debate em relação a estas questões que podem se classificar em políticas ou técnicas, menores são as possibilidades do êxito da ação judicial. "Si el juez ... deve resolver sobre prioridades en la ejecución de partidas presupuestas, sobre qué sectores o grupos merecerán protección preferente del Estado, o sobre la conveniencia o inconviencia de una política, el resultado del litigio será incierto (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 128)."

Ainda analisando esta questão, os autores ainda afirmam que nem todas as obrigações estatais em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais se revestem do caráter de questões políticas ou técnicas, ao contrário, na maioria das vezes estão intentando somente a análise do controle judicial.

Outro obstáculo que importa na judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais é ausência de mecanismos processuais adequados para a tutela dessa categoria. As ações judiciais estabelecidas no ordenamento jurídico foram formuladas para a proteção dos direitos civis e políticos. Para confirmar esta tese, os autores apresentam alguns exemplos. O primeiro deles afirma que não há um adequado mecanismo de participação, de forma coletiva, no que diz respeito à legitimidade ativa quando se está falando de direitos econômicos, sociais e culturais.

Segundo Víctor Abramovich e Christian Courtis (2004), as violações dos direitos econômicos, sociais e culturais requerem uma satisfação urgente e amplitude probatória, contudo, a maioria das ações judiciais requer um direito líquido, e as medidas cautelares, um direito verosímil, por isso o procedimento se torna correto para os direitos civis e políticos. E por fim, os autores citam a problemática das sentenças que condenam o Estado a cumprir obrigações de fazer. Estas não contam com recursos processuais específicos e resultam em uma não execução da decisão judicial.

O último obstáculo que os autores atribuem a falta de exigibilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais é a ausência de tradição do controle judicial destes direitos, em especial os direitos de cunho prestacional, como direito à saúde, direito à educação, direito à moradia, dentre outros.

Abramovich e Courtis (2004, p. 131) discorrem que:

> A este problema se suma, en algunos casos, la falta de percepción de ciertos conflictos vinculados con la violación de derechos económicos, sociales y culturales, en términos de violación de derechos por las propias víctimas. En otros casos, aún cuando el conflicto sea percibido en términos jurídicos, las víctimas de estas violaciones dirigen su lucha hacia otras estrategias de reclamo – como la protesta pública, las campañas de divulgación y de presión, entre otras [...]

Desta maneira, discorrido os obstáculos que permeiam e dificultam a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, Víctor Abramovich e Christian Courtis são conscientes que a jurisdição constitucional não é a única maneira de garantir os direitos sociais. Não se escusa a responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo para a devida concretização dos direitos econômicos, sociais e

culturais. A debilidade teórica e jurídica também são desafios que afetam diretamente a exigibilidade dos direitos sociais.

A partir das premissas colocadas neste capítulo, foram demonstradas algumas das principais objeções à exigibilidade dos direitos sociais e o quanto isto ainda impacta na debilidade teórica e jurídica destes direitos. O tema atinge principalmente os direitos prestacionais, como o direito à moradia. É por isto que no último tópico a seguir, abordará o direito à moradia e o impasse para a justiciabilidade deste direito social.

4 A questionável exigibilidade do direito social à moradia

No último capítulo da presente pesquisa, o objetivo pauta-se em apresentar os principais desafios que põem em xeque a exigibilidade do direito social à moradia na Constituição Federal de 1988. Desta forma, o ponto de partida para a discussão parte do constitucionalismo dirigente, apresentando a tese defendida pelo autor português José Joaquim Gomes Canotilho, implementada pioneiramente no contexto de Portugal, mas que posteriormente foi difundida no constitucionalismo brasileiro através da Carta de 1988. Atualmente, após a mudança de postura do próprio Canotilho em relação à teoria da Constituição Dirigente, no que diz respeito a sua eficácia e se ainda seria adequada para o contexto do constitucionalismo atual. O segundo ponto do capítulo questiona se ainda pode-se falar em um dirigismo constitucional.

A Constituição Dirigente ou também denominada programática e diretiva se coaduna por conter normas definidoras de tarefas e programas, no qual o objetivo é dar uma orientação ao Poder Público de modo que este possa instituir os objetivos estatais. Por este motivo, o terceiro ponto do capítulo trata das normas programáticas e apresenta a discussão acerca da eficácia destas normas, principalmente à luz da clássica classificação das normas constitucionais do autor brasileiro José Afonso Silva chegando no problema central do trabalho, no qual serão analisados os desafios relativos à exigibilidade do direito à moradia.

Antes é apresentada a questão do deficit habitacional brasileiro, a partir de dados oficiais sobre o problema e o panorama das políticas habitacionais do país. O primeiro desafio discorrido é acerca da eficácia jurídica da norma que garante o direito à moradia, fazendo uma análise comparativa com o direito social à saúde e o direito à educação.

Por ser considerado um direito prestacional, que demanda uma ação do Estado para que possa ser implementado, o direito à moradia depende de recursos financeiros para sua concretização, é por isso que posteriormente analisa-se a aplicabilidade da teoria da reserva do possível como um limite fático e jurídico para a implementação do direito de habitação. Neste viés serão apresentadas algumas decisões judiciais sobre o assunto. Adiante, a discussão pauta-se em colocar o direito à moradia entre o mínimo existencial e um direito *prima facie*, pela moradia consistir em um dos bens mais essenciais para o ser humano.

Quando se fala em proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, não se pode deixar de lado o estudo sobre o princípio da proibição de retrocesso social, assim tal princípio será discutido no âmbito do direito social à moradia. Por fim, o capítulo pretende abordar o comportamento do Poder Judiciário no controle de políticas públicas e a responsabilidade do Estado brasileiro na aplicação do direito à moradia, apresentando alguns pontos em que o poder estatal se torna omisso.

4.1.1 A teoria da Constituição Dirigente como ponto de partida

Para falar sobre justiciabilidade do direito social à moradia, é necessário primeiramente compreender a teoria da constituição dirigente e/ou constituição programática proposta pelo professor português José Joaquim Gomes Canotilho. Esta teoria que serviu de inspiração ao constituinte brasileiro de 1988, teve como pano de fundo a promulgação da Constituição Portuguesa de 1976.

Antes de estabelecer as características do constitucionalismo dirigente, é importante sistematizar os principais pontos históricos que culminaram em uma nova Constituição em Portugal. Como boa parte de outros textos constitucionais, a Constituição Portuguesa de 1976 também foi pautada em uma revolução social. Em maio do ano de 1926, um golpe de Estado derrubou a primeira República Portuguesa, golpe este que perdurou por 48 (quarenta e oito) anos no país. Os militares convidaram Antonio de Oliveira Salazar para ser o ministro das Finanças durante o regime.

Ocorre que a economia era pouco internacionalizada e tinha dois pilares empresariais: a exploração colonial e a atividade exploradora (ARCARI. 2004). Não havia dinâmica de crescimento econômico e o país permanecia estagnado, mesmo com as medidas de Antonio Salazar. Um dos movimentos políticos de oposição surgiu em 1973 com o Movimento das Forças Armadas (MFA). Os objetivos do movimento

eram Democratizar, Descolonizar e Desenvolver. Assim, culminou-se na chamada Revolução dos Cravos[16]. Com a instauração do regime democrático em Portugal a partir de 25 de novembro de 1975, era necessária a promulgação de uma Constituição que retratasse esta mudança de paradigma do regime ditatorial para o democrático de Direito.

Instituída a Assembleia Nacional Constituinte, foi promulgada a Constituição Portuguesa de 1976 que, de acordo com Jorge Miranda (1990, p. 347):

> Ela tem como grandes fundamentos a democracia representativa e a liberdade política. Admite, no entanto (por força do Pacto MFA- partidos), a subsistência até à primeira revisão constitucional de um órgão de soberania composto por militares, o Conselho da Revolução. Por outro lado, consigna as grandes reformas de fundo que (de direito ou de facto) se efetuaram nos dois anos de revolução e aponta para um objetivo de transformação social a atingir, a que chama de "transição para o socialismo".

Na esteira da promulgação da Constituição Portuguesa de 1976, é notória a importância da tese de doutoramento do Professor José Joaquim Gomes Canotilho, professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. A tese defendida por Canotilho, 6 (seis) anos da promulgação da Constituição Portuguesa, tornou-se o tão importante livro *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas,* lançado em 1982.

De antemão, Canotilho (1994, p. 11) alerta para o tema que irá abordar na obra: "o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais". O principal objetivo do autor é demonstrar a capacidade, a força dirigente e o caráter determinante de um texto constitucional.

Nos dois primeiros capítulos da obra, Canotilho dedica-se a estabelecer uma pré-compreensão e a compreensão acerca da teoria da Constituição. No segundo capítulo o autor trata sobre a localização do problema da constituição dirigente, enunciando que é necessário tecer algumas indagações preliminares:

> 1- Quais os fins e tarefas que uma constituição deve e pode impor aos órgãos de direção política, sobretudo ao legislador?

[16] De acordo com Valério Arcari (2004, p. 73) "Toda revolução tem o seu pitoresco. Nas primeiras horas da manhã, quando uma coluna de carros militares descia a Avenida da Liberdade em direção ao Terreiro do Paço, as floristas do Parque Mayer perguntaram o que estava acontecendo; e os soldados diziam que vinham derrubar a ditadura. Elas, exaltadamente felizes, lhes ofereceram cravos vermelhos e, assim, sem o saber, batizaram a revolução com o nome de uma flor".

> 2- Como devem conceber-se as relações entre a lei ordinária e a constituição? O primado da lei constitucional justifica a redução do legislador a simples órgão de execução das imposições constitucionais?
> 3- Como conceber a vinculatividade jurídica das normas constitucionais, tendo, sobretudo, em vista que uma constituição normativa só consegue completa eficácia jurídica através da mediação concretizadora dos órgãos legiferantes?
> 4- O complexo normativo- constitucional tem todo a mesma densidade ou deve proceder-se a uma diferenciação tipológica que capte a riqueza de formas de uma constituição quanto à determinabilidade e abertura das suas normas?
> 5- O problema da concretização da lei fundamental coloca problemas de ordenação funcional de competências. Qual a incidência que este facto pode ter quanto à responsabilidade, decisão e controle das tarefas de atualização necessária de uma constituição dirigente? (CANOTILHO, 1994, p. 163-164).

Segundo Canotilho (1994), são vários problemas com questões complexas que tocam vários outros campos teóricos. Em relação à constituição dirigente e às tarefas do Estado, o autor português aponta que há dois problemas em transformar uma Constituição em um programa normativo do Estado: o postulado da negatividade ideológica ou repressiva e em segundo lugar, a lei fundamental do Estado tem de ter em conta as experiências concretas do político (CANOTILHO, 1994).

Outro ponto importante na análise acerca do constitucionalismo dirigente é o problema em saber em que medida a lei fundamental, a Constituição de um Estado, pode impor ao legislador tarefas de concretização. Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (1994, p. 174), dois aspectos devem considerados:

> (1) o legislador é um órgão político ao qual se deve reconhecer um espaço de conformação relativamente amplo; (2) a programaticidade da constituição nem sempre é sinal de "firmeza dirigente", dado que o 2º grau de concretização (o 1º será o da própria norma constitucional) se situa a nível político-legislativo, daí resultando os perigos da passagem da "constitucionalidade das leis para a legalidade da constituição".

Seguindo a análise, Canotilho verifica o problema da discricionariedade legislativa e da liberdade de conformação do legislador. Neste caso, a legislação seria a execução do texto constitucional, cabendo aos tribunais a tarefa de fiscalizar a conformidade dos atos legislativos. Nessa perspectiva, o problema da discricionariedade legislativa aparece, principalmente porque, "a discricionariedade não é visualizada como um elemento da função executiva, mas como problema da ordenação jurídica de competências" (CANOTILHO, 1994, p. 225). Em linhas gerais, as normas constitucionais dirigem-se ao legislador sob três formas fundamentais: fixando princípios, estabelecendo imposições e definindo competências.

Ainda para estabelecer uma teoria consistente acerca do dirigismo constitucional, Canotilho analisa os fins e tarefas do Estado, precipuamente as tidas *normas programáticas*:

> Umas vezes identificadas com princípios (sobretudo político- constitucionais), outras vezes deles diferenciadas, as normas-fim e as normas-tarefa (geralmente designadas por normas programáticas), pressupõem, em primeiro lugar, o delicado problema da própria distinção entre fins e tarefas. Com o emprego de fins do Estado e não de fim do Estado deixa-se já entrever que aqui interessa não tanto perguntar filosófica ou politicamente pelo fim e justificação última do poder e das instituições políticas (problema de fundamentação da ordem constitucional) como pelos objetivos que se propõem realizar os poderes públicos. Isto implica, desde logo, a importância da relação dos fins com os meios, ações ou atividades destinadas a prossegui-los (CANOTILHO, 1994, p. 286).

Quando se propõe a analisar as normas programáticas, o professor português é categórico em afirmar que estas normas são preceitos que constituem verdadeiras ordens que ensejam uma atuação positiva do legislador (CANOTILHO, 1994). Porém, o autor não se esquiva de afirmar que ainda existem preceitos utópicos que são estipulados através de imposições constitucionais. Por isso que Canotilho se detém a explicar em sua tese que a maioria dos preceitos constitucionais, tidos como programáticos porque determinam fins e tarefas do Estado, se destinam ao legislador, por isso que são todos diretivos e possuem uma tripla forma: são imposições, vinculando o legislador, de forma permanente, à sua realização; como diretivas materiais, vinculam de forma positiva, os órgãos concretizadores; e, como limites negativos, justificando a possibilidade de censura em relação aos atos que as contrariam (CANOTILHO, 1994).

No terceiro capítulo de sua tese de doutoramento, na mesma esteira de problematizar a respeito das normas programáticas, Canotilho trabalha as omissões legislativas. “O complexo problemático que costuma reconduzir à questão das imposições constitucionais legiferantes não cumpridas e ao problema do significado jurídico da *omissão do legislado* tem como pressuposto fundamental a prevalência material e formal da constituição.” (CANOTILHO, 1994, 329). Chama-se atenção para a omissão legislativa e a questão da atualização das imposições constitucionais, principalmente porque surgem dois problemas fundamentais: o primeiro deles é em relação ao dever de ação dirigida ao legislador que não foi cumprido e por isto subsiste a omissão legislativa inconstitucional e, somente o legislador pode realizar as devidas atualizações às imposições constitucionais.

Na segunda parte da tese de doutoramento no qual Canotilho atribui de *"Constituição Dirigente: Prognose ou Profecia? Direção ou Imposição?"*. Em um primeiro momento, o jurista português trata do Direito como antecipador da mudança social, por isso o texto constitucional deve acompanhar os novos avanços e anseios da sociedade. Contudo, o autor ressalta que a Constituição Dirigente tem de considerar as diferenças sociológicas e ideológicas entre direito e sociedade. Neste sentido, Canotilho assevera que:

> [...] o sentido de uma constituição dirigente: o direito como "conceito força" e a necessidade de complementar a mudança social através de um programa apelativo de ação, destinado à transformação das relações sociais, E eis-nos de novo perante mais um elemento decisivamente caracterizador da constituição dirigente: esta pressupõe uma filosofia de ação, ou seja, um accionalismo que se dirige à produção, reprodução e alteração da sociedade [...] (CANOTILHO, 1994, p. 467).

Outro ponto importante é a determinação que o autor faz em relação ao bloco dirigente. Este se traduz na eliminação de uma atividade dirigente infraconstitucional, na qual se atribui direção política ou constituem-se em atos de governo. Ao contrário, é uma atividade livre e criadora pautada fora do âmbito do Direito. Por isto que o sentido do bloco dirigente encontra respaldo nas linhas de direção política, nos princípios determinadores de fins, nas normas determinadoras de tarefas e em imposições constitucionais.

Em linhas gerais, a Constituição Dirigente proposta por Canotilho em sua tese de doutoramento, reconhece um pragmatismo de um texto constitucional, a capacidade deste se assemelhar a realidade social. "A pedra fundamental da ideia de Constituição Dirigente se consubstancia em uma proposta de legitimação material da Lei Maior por meio das finalidades e atribuições definidas no texto constitucional (SHOLZE, 2014, p. 1)". As normas constitucionais programáticas são a maior expressão do constitucionalismo dirigente, pois servem de inspiração para atuação do Poder Público.

No Brasil, o constituinte de 1988, de modo a estabelecer uma nova roupagem à ordem jurídica constitucional, com inspiração em postulados humanistas, optou por estabelecer uma Constituição que fosse capaz de conter normas com capacidade de transformação, à luz dos anseios da sociedade. Em razão disso, os compromissos que a Constituição Federal de 1988 estabelece através de suas normas, fazem com que esta seja classificada, de acordo com a sua estruturação, como *Constituição Dirigente*. Como ressalta Nelson Camatta Moreira (2008, p. 100):

> O modelo de Constituição Dirigente inspirou diversos membros da Assembleia Constituinte brasileira. Por isso, a presente Constituição não almeja simplesmente retratar a realidade política vigente, como em modelos ultrapassados do século XX, mas também cuida da inserção de objetivos programáticos que não poderiam ser aplicados no momento da elaboração do texto constitucional. Em simples termos, os agentes do Poder Constituinte originário submetem os futuros governos e a sociedade à realização de princípios constitucionalmente aventados para a transformação da realidade social.

Dentre os princípios materiais estruturantes, tais como as noções de Estado de Direito, Democracia e República, bem como a própria organização do Estado brasileiro, a Constituição Federal de 1988 passou a incluir em seu corpo normas-tarefas direcionadas principalmente ao Poder Público, como exemplo o próprio art. 3º[17], da Constituição Federal. Como determina Gilberto Bercovic (1999), exige-se uma legitimação material, que através da Constituição, consagra linhas de direção e tendência de sujeitar os órgãos de direção política à imposição de execuções constitucionais e na constitucionalização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Em razão disto, é nítido o caráter dirigente da Constituição Federal de 1988 que se preocupou não só em estabelecer a estrutura do Estado, como também ter caráter compromissório, determinado a alargar as tarefas estatais, e promover a transformação da realidade social.

4.1.2 Ainda há um dirigismo constitucional?

Malgrado o respaldo do dirigismo constitucional na Constituição Federal do Brasil, nas últimas décadas questionou-se se ainda seria viável a aplicabilidade da teoria da Constituição Dirigente. O próprio fundador desta teoria, o professor Canotilho, em nova edição da sua tese de 1994, repensou a proposta inicial de sua obra, afirmando que a Constituição, em si mesma, não pode ser capaz de ter o efeito transformador de uma realidade social, mesmo com as normas programáticas.

Dentro desta seara, uma das principais indagações:

> Permitem [...] de um ponto de vista jurídico-constitucional, as constituições do Estado Social de Direito a transformação da ordem econômica e social no

---

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

> sentido da realização da ideia da igualdade material, ou, doutra forma dito, possibilitam as normas constitucionais a transformação em sentido socialista da realidade sócio-política sem ruptura constitucional? (PINTO, 1994, p. 164).

O grande debate que surge é em relação à própria aplicabilidade de um texto constitucional de caráter dirigente, ou seja, até que ponto não seria utópico estabelecer normas-programa, e creditar nelas, uma capacidade de transformar a realidade social. Além mais, Canotilho (2001, prefácio) na nova edição de sua obra, deixa claro que:

> [...] a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos fanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do Direito constitucional ao Direito internacional e os direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a 'linha de caminho de ferro' neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de Direito, democráticos e sociais.

A rediscussão da tese pelo próprio Canotilho, propiciou debates também no Brasil, haja vista a inspiração do constituinte pela tese do professor português Lênio Luiz Streck. Nesta linha, se propôs a estabelecer uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia ou ainda Teoria da Constituinte Dirigente Adequada a Países Periféricos, que "deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. (STRECK, 2003, p. 276)."

A principal característica da Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia refere-se em questionar o caráter revolucionário que é atribuído na teoria do dirigismo constitucional de Canotilho, ou seja, "não se está – e nem se poderia – sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. (STRECK, 2003, p. 276)". O único respaldo que permanece da Teoria da Constituição Dirigente é em relação à vinculação do legislador às imposições constitucionais, a fim de propiciar o Direito como agente propiciador de políticas públicas.

O autor atribui que a concepção do constitucionalismo dirigente foi pensado para países de primeiro mundo, e não para países como o Brasil em que a desigualdade social é acentuada. Segundo Streck (2003, p. 278):

> Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, não significa defender a tese de um país autárquico. A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas têm feito em países periféricos não é a única realidade possível. Ou seja, não se pode olvidar que, junto com a globalização, vêm os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexividades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais-fundamentais previstos na Constituição brasileira. Dito de outro modo, as políticas neoliberais são absolutamente antitéticas ao texto da Constituição brasileira. Não é difícil perceber que, enquanto o neoliberalismo aponta para desregulamentação, a Constituição brasileira nitidamente aponta para a construção de um Estado Social de índole intervencionista, que deve pautar-se por políticas públicas distributivistas, questão que exsurge claramente da dicção do art. 3º do texto magno.

Uma das questões levantadas por Lênio (2003) e por outros autores, refere-se em ressaltar o caráter revolucionário da Constituição Portuguesa de 1976, e todo o contexto social e de ação de movimentos para a instauração de uma nova ordem de caráter socialista. No Brasil, o contexto foi substancialmente diferente de Portugal, apesar da nova roupagem atribuída à Constituição Federal de 1988, não se teve uma verdadeira revolução social. Ademais, a eficácia vinculante das normas programáticas, que será melhor discutido no tópico posterior, instituídas através do dirigismo constitucional, no qual na concepção simplista ainda persiste em lhe negar caráter jurídico.

Portanto, o constitucionalismo dirigente é de grande importância para a lógica constitucional e política, apesar de não ter sido formulado para a lógica brasileira, a Constituição Federal de 1988 ainda conduz os atores políticos com normas-programa. Por isso que, no tópico a seguir, será discorrido sobre a aplicabilidade das normas constitucionais programáticas, para podermos compreender a eficácia da norma garantidora do direito social à moradia, objeto de nosso estudo.

4.2 A questão das normas programáticas

O constitucionalismo dirigente proposto por José Joaquim Gomes Canotilho instituiu em seu cerne e no debate da Teoria da Constituição, as denominadas *normas*

programáticas ou *normas-programa*. Ocorre que a eficácia destas normas ainda é, segundo Paulo Bonavides (2011, p. 236):

> O problema do constitucionalismo contemporâneo, no presente quadro interpretativo das flutuações doutrinárias sobre o caráter normativo das Constituições, se concentra em principalmente determinar o caráter jurídico ou não das normas programáticas e, sobretudo o grau de eficácia e aplicabilidade (...).

Antes de adentrarmos na questão dos efeitos jurídicos das normas programáticas, é necessário tecer alguns conceitos iniciais sobre eficácia e aplicabilidade. Quando à eficácia, "uma norma só é aplicável na medida em que é eficaz" (SILVA, 2007, p. 60). A eficácia diz respeito à realizabilidade e praticidade, ao tanto que aplicabilidade, refere-se ao potencial que uma norma jurídica tem. A eficácia é a aptidão de uma norma jurídica produzir efeitos jurídicos, já a aplicabilidade é a possibilidade fática e jurídica de aplicação.

Ocorre que, as normas constitucionais não são, de acordo com o seu alcance, dotadas do mesmo grau de eficácia e aplicabilidade. O autor brasileiro José Afonso estabelece uma classificação das normas constitucionais, quanto à eficácia e aplicabilidade em: (1) normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (2) normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e, (3) normas de eficácia limitada, que podem ser (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos e (b) declaratórias de princípio programático (SILVA, 2007).

Sem pretender esgotar o tema, abordando brevemente cada uma das três classificações, as normas constitucionais de eficácia plena são aquelas de eficácia e aplicabilidade imediata. De acordo com José Afonso Silva (2007), muitas dessas normas se apresentam em forma de mera autorização ou institui simples faculdade ao destinatário, como exemplo o art. 1º da Constituição Federal de 1988[18].

A segunda classificação que o autor aborda refere-se às normas constitucionais de eficácia contida:

---

[18] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

> Isso implica o surgimento de um grupo de normas constitucionais diferente das de eficácia plena e das de eficácia limitada, exigindo tratamento à parte, porque, conquanto se pareçam com aquelas (são de aplicabilidade imediata) sob o aspecto da aplicabilidade, delas se distanciam pela possibilidade de contenção de sua eficácia, mediante legislação futura ou outros meios; e, se assemelham às de eficácia limitada pela possibilidade de regulamentação legislativa, destas se afastam sob o ponto de vista da aplicabilidade e porque a intervenção do legislador tem sentido exatamente contrário: restringe o âmbito de sua eficácia e aplicabilidade, em vez de ampliá-lo, como se dá com as de eficácia limitada (SILVA, 2007, p. 104).

As normas de eficácia contida localizam-se na fronteira entre normas de eficácia plena e normas de eficácia limitada porque possuem aplicabilidade direta, mas dependem, em regra, de intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura, como exemplo o art. 5º, VIII, da Constituição Federal de 1988[19].

O ponto central deste tópico é a abordagem sobre normas programáticas. Dentro da classificação de José Afonso Silva, estas normas são consideradas normas constitucionais de eficácia limitada. De acordo com o autor, as normas constitucionais de princípio, pertencentes ao grupo das normas de eficácia limitada, são normas que indicam uma legislação futura que lhes complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação (SILVA, 2007).

As normas constitucionais de princípio programático, objeto deste estudo, são frutos das constituições contemporâneas, que ressaltam o caráter social do Estado através de normas compromissos, de caráter dirigente. “Muitas normas são traduzidas no texto supremo apenas *em princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pela atividade dos legisladores ordinários” (SILVA, 2007, p. 137). O autor Pontes de Miranda (1972, p. 126-127), define as normas programáticas como:

> Regras jurídicas programáticas são aquelas em que o legislador, constituinte ou não, em vez de editar regra jurídica de aplicação concreta, apenas traça linhas diretoras, pelas quais se hão de orientar os Poderes Públicos. A legislação, a execução e a própria Justiça ficam sujeitas a esses ditames, que são como programas dados à sua função.

Por isso que as normas programáticas são aquelas que determinam fins ao Estado e a sociedade, são verdadeiros programas de ação e metas que devem ser

[19] “[...] ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*.”

cumpridas pelo Poder Público. Como preleciona José Horácio Meirelles Teixeira (1991, p. 324), são programáticas aquelas:

> Normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jusrisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.

Passado a delimitação conceitual, o estudo das normas programática se torna pertinente, à medida que, a Constituição Federal de 1988 está repleta destas normas; outra justificativa é que tais normas traduzem os elementos sócio-ideológicos da Constituição, no qual se encontram os direitos sociais. E por último, talvez de maior importância, é que indicam os fins e objetivos do Estado (SILVA, 2007).

Por se configurarem como de eficácia limitada, estas normas são alvo de várias críticas doutrinárias, principalmente no que diz respeito à aplicabilidade, ou seja, que não teriam caráter jurídico, seriam apenas declarações destinadas aos órgãos, desprovidas de eficácia. As normas constitucionais programáticas podem ser classificadas primeiramente em *normas programáticas em sentido estrito* que dependem de uma legislação futura para ensejar uma atuação positiva do Estado. De outro lado, há *normas programáticas meramente definidoras de programas* que estabelecem programas, porém não dependem de uma intervenção legislativa.

De acordo com Jorge Miranda (1990, p. 218), normas programáticas:

> ...são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras, explicitam comandos-valores; conferem elasticidade ao ordenamento constitucional; têm como destinatário primacial – embora não o único – o legislador, a cuja opção fica a ponderação do tempo e dos meios em que vêm a ser revestida de plena eficácia (e nisso consiste a discricionariedade)

A abordagem das normas programáticas quase sempre é vinculada aos direitos econômicos, sociais e culturais. Isso porque:

> O problema que se coloca agudamente na doutrina recente consiste em buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática (SILVA, 2007, p. 140).

A partir desta perspectiva, parte da doutrina concebe os direitos sociais não como direitos, mas princípios de orientação para o Poder Público, através de normas programáticas que dependem de providências positivas. Na lógica desta concepção, a

juridicidade dos direitos sociais é questionada. Seriam normas sem conteúdo imperativo, por impraticabilidade (BECKER, 1963).

Em suma, a vinculação jurídica das normas programáticas e a escassez de juridicidade das mesmas, colabora para a concepção da não justiciabilidade dos direitos sociais. Cabe mencionar, em específico neste caso, o direito social à moradia. Neste contexto, passaremos a analisar os desafios correlatos à exigibilidade do direito social à moradia no Brasil.

4.3 Chegando no problema central: analisando os desafios relativos à exigibilidade do direito à moradia

4.3.1 Moradia: algumas considerações sobre o déficit habitacional

A moradia é um dos bens mais importantes e essenciais para qualquer ser humano, nas palavras de Souza (2002, p. 267):

> Morar é uma necessidade – todo mundo mora, seja onde for – e as pessoas "escolhem", segundo suas possibilidades, estratégias para dar conta dessa necessidade. Compram no mercado formal ou informal suas casas, as alugam; compram terrenos e as constroem; ocupam áreas e edificam suas residências; ou, simplesmente, residem nas ruas – e até residir impõe estratégias.

Contudo, um dos principais problemas da humanidade diz respeito ao déficit habitacional. De origem latina, a própria palavra *deficit* já corresponde a falta de algo, neste caso, a falta de moradia digna e adequada. O crescimento exacerbado das cidades e populacional, aliado a exclusão social e econômica, ocasionou o problema de parcela acentuada da população que não possui acesso ao direito à moradia, ou quando possui, vive em condições precárias ou ainda, sem segurança da posse.

Para compreender acerca do deficit habitacional, é necessário tecer algumas considerações que são importantes para o estudo. O primeiro ponto é o conceito de necessidades habitacionais que inclui o deficit habitacional e a demanda adicional por novas habitações. Neste ínterim, deficit habitacional refere-se a um estoque de habitações inexistentes ou que são inadequadas. Já a demanda adicional por novas habitações corresponde ao fluxo de demanda habitacional de caráter contínuo, ou seja, refere-se a um fluxo (FGV, 2017).

Tanto à conceituação como a metodologia aplicada para o deficit habitacional são alvos de várias críticas e tentativa de aperfeiçoamento. No Brasil, a referência adotada para a estimativa do deficit habitacional é a desenvolvida pela Fundação João

Pinheiro (2015) que foi adotada pelo até então, existente, Ministério das Cidades[20] (2015).

Para o cálculo do deficit habitacional são averiguados alguns componentes. O primeiro é a coabitação familiar que ocorre quando duas ou mais famílias convivem juntas em um mesmo domicílio, podendo dar-se de forma voluntária ou involuntária; outro elemento que compõe o deficit habitacional é o número de domicílios improvisados e precários. Também dentro da metodologia adotada pela Fundação João Pinheiro, está o ônus excessivo com o pagamento de aluguel, que analisa principalmente a dinâmica da renda; Corresponde igual ao deficit habitacional, o adensamento excessivo de domicílios alugados.

De forma sucinta, os domicílios precários incluem em seu cálculo os domicílios rústicos e os improvisados. Os domicílios rústicos são aqueles em que o material utilizado para a construção de moradia é precário, ou seja, não há paredes de alvenaria ou madeira aparelhada. Os domicílios improvisados são aqueles locais cujo fim inicial não era de moradia, porém servem como uma forma de moradia alternativa.

A coabitação familiar também corresponde a dois subcomponentes: as famílias secundárias e a quantidade de cômodos. As famílias secundárias são aquelas que dividem a mesma moradia com outra família principal e que desejam construir um novo domicílio. Por outro lado, os cômodos são compostos por um ou mais aposentos localizados em casas, cortiços ou em outros locais.

O terceiro componente para o cálculo do deficit habitacional no Brasil é o ônus excessivo com aluguel. Este componente refere-se ao número de famílias com renda de até três salários mínimos que moram em casa ou apartamento, no qual 30% ou mais de sua renda são comprometidos para pagamento de aluguel urbano. Por fim, o último componente do deficit habitacional é o adensamento excessivo com aluguel, corresponde aos domicílios alugados com um número médio superior a três moradores por dormitório.

No ano de 2017, de acordo com dados divulgados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), o deficit habitacional no Brasil se distribuía da seguinte forma:

Tabela 1
Deficit habitacional e seus componentes - 2017

[20] O Ministério das Cidades foi criado 2003 com o objetivo de ser o órgão responsável pela política urbana nacional. No ano de 2019, tanto o Ministério das Cidades como o Ministério da Integração Nacional acabaram, apesar das críticas de movimentos sociais, sendo fundidos e transformados no Ministério do Desenvolvimento Regional.

Componentes	Nº de unidades	Participação relativa
Habitação precária	**967.270**	**12,4%**
Improvisados	161.710	2,1%
Rústicos	805.560	10,4%
Coabitação familiar	**3.209.299**	**41,3%**
Cômodos	117.350	1,5%
Famílias conviventes	3.091.949	39,8%
Ônus excessivo com aluguel	**3.289.948**	**42,3%**
Adensamento excessivo	**303.711**	**3,9%**
Déficit Total	**7.770.227**	**100,0%**

Fonte: FGV

De acordo com o estudo, no ano de 2017, o deficit habitacional no Brasil chegou a 7,77 milhões de unidades. Analisando os componentes do deficit habitacional, a grande concentração é no ônus excessivo com aluguel (42,3%) e a coabitação familiar (41,3%). Outra análise do deficit habitacional, porém em relação a cada Estado da Federação, o IBGE apresenta o seguinte gráfico referente ao ano de 2015:

Tabela 2

Deficit habitacional total, por componente (2015)

Unidade da Federação	Domicílio improvisado	Domicílio rústico	Domicílios com adensamento excessivo	Ônus excessivo com aluguel	Coabitação	Déficit habitacional *
Norte	**15.436**	**139.484**	**48.125**	**181.682**	**269.786**	**631.586**
Rondônia	504	11.590	4.533	28.210	7.053	49.623
Acre	4.032	3.864	1.848	5.376	11.087	25.871
Amazonas	3.763	23.825	17.558	47.653	81.827	167.731
Roraima	190	3.040	2.850	8.746	8.744	22.810
Pará	3.592	83.635	15.943	67.137	132.326	290.991
Amapá	3.355	1.032	3.096	5.678	15.229	27.875
Tocantins	-	12.498	2.295	18.882	13.520	46.685
Nordeste	**29.165**	**437.783**	**73.802**	**720.810**	**644.307**	**1.867.563**
Maranhão	4.600	243.028	5.366	39.100	96.592	373.353
Piauí	561	23.541	3.924	10.092	48.211	85.768
Ceará	2.061	68.406	19.734	137.661	66.239	286.462
Rio Grande do Norte	-	8.096	5.398	45.876	43.176	99.847
Paraíba	-	13.075	8.098	57.302	59.789	137.018
Pernambuco	3.506	31.258	14.382	159.320	82.343	285.235
Alagoas	4.187	17.950	2.993	60.434	39.495	123.264
Sergipe	2.167	5.422	722	35.415	27.116	70.842
Bahia	12.083	27.007	13.185	175.610	181.346	405.774
Sudeste	**34.072**	**71.617**	**235.144**	**1.670.114**	**637.735**	**2.562.117**
Minas Gerais	3.082	18.830	17.679	334.151	177.730	544.609
Espírito Santo	588	3.528	4.703	72.678	34.086	113.431
Rio de Janeiro	16.187	8.428	42.118	320.351	97.795	471.919
São Paulo	14.215	40.831	170.644	942.734	328.124	1.432.158
Sul	**10.263**	**52.430**	**27.662**	**380.222**	**197.871**	**658.360**
Paraná	5.067	22.652	13.133	152.670	71.894	261.675
Santa Catarina	2.783	12.515	6.258	107.790	35.476	161.345
Rio Grande do Sul	2.413	17.263	8.271	119.762	90.501	235.340
Centro-Oeste	**6.741**	**19.080**	**31.511**	**305.474**	**123.210**	**478.668**
Mato Grosso do Sul	2.107	3.373	3.794	40.042	21.916	71.232
Mato Grosso	857	4.284	4.712	43.698	21.852	74.974
Goiás	1.337	6.238	12.027	142.138	51.694	209.870
Distrito Federal	2.440	5.185	10.978	79.596	27.748	122.592
Total	**95.677**	**720.394**	**416.244**	**3.258.302**	**1.872.909**	**6.198.294**

Fonte: IBGE

A partir do gráfico, se percebe que a maior concentração do deficit ocorreu no sudeste, no qual, 2,562 milhões de famílias se encaixam em um ou mais componentes do deficit habitacional, em maiores níveis no Estado de São Paulo e Minas Gerais.

Tabela 3

Deficit Habitacional relativo, por componente (2014)

Unidade da Federação	Domicílio improvisado	Domicílio rústico	Domicílios com adensamento excessivo	Ônus excessivo com aluguel	Coabitação	Déficit habitacional *
Norte	**15.436**	**139.484**	**48.125**	**181.682**	**269.786**	**631.586**
Rondônia	504	11.590	4.533	28.210	7.053	49.623
Acre	4.032	3.864	1.848	5.376	11.087	25.871
Amazonas	3.763	23.825	17.558	47.653	81.827	167.731
Roraima	190	3.040	2.850	8.746	8.744	22.810
Pará	3.592	83.635	15.943	67.137	132.326	290.991
Amapá	3.355	1.032	3.098	5.678	15.229	27.875
Tocantins	-	12.498	2.295	18.882	13.520	46.685
Nordeste	**29.165**	**437.783**	**73.802**	**720.810**	**644.307**	**1.867.563**
Maranhão	4.600	243.028	5.366	39.100	96.592	373.353
Piauí	561	23.541	3.924	10.092	48.211	85.768
Ceará	2.061	68.406	19.734	137.661	66.239	286.462
Rio Grande do Norte	-	8.096	5.398	45.876	43.176	99.847
Paraíba	-	13.075	8.098	57.302	59.789	137.018
Pernambuco	3.506	31.258	14.382	159.320	82.343	285.235
Alagoas	4.187	17.950	2.993	60.434	39.495	123.264
Sergipe	2.167	5.422	722	35.415	27.116	70.842
Bahia	12.083	27.007	13.185	175.610	181.346	405.774
Sudeste	**34.072**	**71.617**	**235.144**	**1.670.114**	**637.735**	**2.562.117**
Minas Gerais	3.082	18.830	17.679	334.151	177.730	544.609
Espírito Santo	588	3.528	4.703	72.878	34.086	113.431
Rio de Janeiro	16.187	8.428	42.118	320.351	97.795	471.919
São Paulo	14.215	40.831	170.644	942.734	328.124	1.432.158
Sul	**10.263**	**52.430**	**27.662**	**380.222**	**197.871**	**658.360**
Paraná	5.067	22.652	13.133	152.670	71.894	261.675
Santa Catarina	2.783	12.515	6.258	107.790	35.476	161.345
Rio Grande do Sul	2.413	17.263	8.271	119.762	90.501	235.340
Centro-Oeste	**6.741**	**19.080**	**31.511**	**305.474**	**123.210**	**478.668**
Mato Grosso do Sul	2.107	3.373	3.794	40.042	21.916	71.232
Mato Grosso	857	4.284	4.712	43.698	21.852	74.974
Goiás	1.337	6.238	12.027	142.138	51.694	209.870
Distrito Federal	2.440	5.185	10.978	79.596	27.748	122.592
Total	**95.677**	**720.394**	**416.244**	**3.258.302**	**1.872.909**	**6.198.294**

Fonte: IBGE

Na análise do deficit habitacional relativo, a tabela a seguir demonstra:

Tabela 4

Deficit Habitacional relativo, por componente (2014)

Unidade da Federação	Domicílio improvisado	Domicílio rústico	Domicílios com adensamento excessivo	Ônus excessivo com aluguel	Coabitação	Déficit habitacional*
Norte	**0,3%**	**2,6%**	**0,9%**	**3,4%**	**5,1%**	**11,9%**
Rondônia	0,1%	2,0%	0,8%	4,8%	1,2%	8,4%
Acre	1,7%	1,6%	0,8%	2,3%	4,7%	11,0%
Amazonas	0,3%	2,1%	1,5%	4,1%	7,1%	14,6%
Roraima	0,1%	1,8%	1,7%	5,3%	5,3%	13,9%
Pará	0,1%	3,4%	0,6%	2,7%	5,4%	11,8%
Amapá	1,5%	0,5%	1,4%	2,5%	6,8%	12,4%
Tocantins	0,0%	2,5%	0,5%	3,7%	2,7%	9,2%
Nordeste	**0,2%**	**2,4%**	**0,4%**	**3,9%**	**3,5%**	**10,0%**
Maranhão	0,2%	11,7%	0,3%	1,9%	4,7%	18,1%
Piauí	0,1%	2,3%	0,4%	1,0%	4,6%	8,2%
Ceará	0,1%	2,4%	0,7%	4,8%	2,3%	9,9%
Rio Grande do Norte	0,0%	0,7%	0,5%	4,0%	3,8%	8,7%
Paraíba	0,0%	1,0%	0,6%	4,3%	4,5%	10,3%
Pernambuco	0,1%	1,0%	0,5%	5,1%	2,7%	9,2%
Alagoas	0,4%	1,7%	0,3%	5,8%	3,8%	11,8%
Sergipe	0,3%	0,7%	0,1%	4,8%	3,7%	9,6%
Bahia	0,2%	0,5%	0,3%	3,3%	3,5%	7,7%
Sudeste	**0,1%**	**0,2%**	**0,8%**	**5,5%**	**2,1%**	**8,5%**
Minas Gerais	0,0%	0,3%	0,2%	4,6%	2,4%	7,5%
Espírito Santo	0,0%	0,3%	0,3%	5,3%	2,5%	8,2%
Rio de Janeiro	0,3%	0,1%	0,7%	5,2%	1,6%	7,7%
São Paulo	0,1%	0,3%	1,1%	6,1%	2,1%	9,3%
Sul	**0,1%**	**0,5%**	**0,3%**	**3,6%**	**1,9%**	**6,2%**
Paraná	0,1%	0,6%	0,3%	3,9%	1,8%	6,6%
Santa Catarina	0,1%	0,5%	0,3%	4,4%	1,4%	6,6%
Rio Grande do Sul	0,1%	0,4%	0,2%	2,8%	2,1%	5,5%
Centro-Oeste	**0,1%**	**0,4%**	**0,6%**	**5,7%**	**2,3%**	**9,0%**
Mato Grosso do Sul	0,2%	0,4%	0,4%	4,4%	2,4%	7,7%
Mato Grosso	0,1%	0,4%	0,4%	3,9%	1,9%	6,6%
Goiás	0,1%	0,3%	0,5%	6,2%	2,2%	9,1%
Distrito Federal	0,2%	0,5%	1,1%	8,1%	2,8%	12,5%
Total	**0,1%**	**1,0%**	**0,6%**	**4,6%**	**2,7%**	**8,8%**

Fonte: IBGE

A partir da segunda tabela, verifica-se que o ônus excessivo com o aluguel alcançou um alto percentual (4,6%), principalmente em duas regiões: Centro-oeste e Sudeste. Em segundo lugar, a coabitação que afeta principalmente a região Norte do país (5,1%).

Como pode-se perceber, o deficit habitacional brasileiro é um desafio enorme e alarmante, não sendo um problema recente, ao contrário, é fruto de vários outros processos principalmente àqueles ligados à urbanização de grande parte das cidades do país. Por isso é que foi necessário repensar o papel do Estado. Através deste, foram elaboradas políticas públicas para este fim no setor habitacional como fórmula

para amenizar o problema de habitação do país. É o que será discorrido no próximo tópico.

4.3.2 Uma análise das políticas públicas habitacionais brasileiras

Como afirma Elza Canuto (2010, p. 181), a expressão, *políticas públicas,* não deixa de ser, ou ter, um caráter redundante, pois a política é, essencialmente, pública. Contudo, políticas públicas referem-se as medidas e práticas adotadas pelos Estados de modo a dar efetividade prática aos direitos consagrados em seu texto constitucional.

Nesse sentido,

> A expressão política pública designa atuação do Estado, desde a pressuposição de uma bem demarcada separação entre Estado e sociedade [...]. A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social (GRAU, 2000, p. 21).

A implementação de políticas públicas deu-se principalmente a partir da evolução do movimento constitucionalista, pois houve grande mudança na atuação do Estado, de forma a materializar a ordem social então instaurada. O direito à moradia, como integrante da categoria dos direitos sociais e que em regra, enseja uma atuação do Estado, está condicionado à execução de políticas públicas para a promoção da política habitacional.

Fazendo um panorama da política habitacional no Brasil, cabe ressaltar que até o início do século passado, a ação governamental no processo habitacional era insignificante (CANUTO, 2010, p. 190). Como ainda discorre Elza Canuto (2010, p. 190):

> O Governo concentrava sua preocupação nas condições sanitárias das cidades, a fim de evitar epidemias. Na década de 1930, com a intensificação da industrialização, houve uma concentração populacional nas cidades e, em consequência, um déficit na oferta de moradias. Foi então, que o Estado começou a intervir no processo habitacional, criando, dentro do sistema previdenciário, também.

O primeiro ato instituído neste período foi a criação dos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAP's) que além de serem institutos vinculados a várias categorias profissionais, também financiavam habitação. No ano de 1946, foi criada a Fundação da Casa Popular que no governo de Eurico Gaspar Dutra (1946-1951) foi o primeiro órgão federal a centralizar investimentos voltados para o setor habitacional, que diferente dos IAP'S, atendia a população fora do mercado formal de trabalho.

Porém, como ressalta Elza Canuto (2010), a má gestão dos recursos públicos acabou por decair os programas habitacionais na década de 1950, em 1953 o governo até tentou transformar a Fundação Casa Popular em um banco hipotecário, porém a ideia fracassou.

Passado o período, no ano de 1961, foi criado o Plano de Assistência Habitacional (PAH) que resguardava o teto de 20% dos rendimentos para o financiamento habitacional. Em 1964, com o estabelecimento do governo do Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, no qual o ministro do planejamento, Roberto Campos “sustentava que o proprietário da casa própria não seria afeito a se tornar um aliado da desordem” (CANUTO, 2010, p. 191). Nesse contexto foram criados o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e o Banco Nacional de Habitação (BNH).

O BNH foi criado com o intuito trazer um equilíbrio econômico ao Estado com financiamentos habitacionais, através de um Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Com isso, o BNH centralizou a política habitacional no país, no qual a maioria do seu capital provinha dos recursos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) (CANUTO, 2010). O BNH sempre priorizou a construção em grande quantidade de unidades habitacionais, ao menor custo possível, não se preocupando com a qualidade e infraestrutura, é o que alerta Bonduki e Maria Leite (2008, p. 93):

> Os conjuntos foram localizados nas franjas urbanas, onde a terra era barata, mais distante do trabalho e desprovida de infraestrutura e equipamentos, uma opção que agravou os problemas urbanos e ambientais, estendeu desmesuradamente a urbanização e criou áreas descontínuas, vazias ou ociosas. Em consequência, os investimentos para permitir a mínima inserção urbana foram elevadíssimos.

Além disso, como o BNH tornou-se o principal gestor dos recursos do FGTS, viu-se envolvido em vários casos de corrupções, o principal deles, a intervenção na Cooperativa Habitacional da Guanabara, o que fez com que o Banco se ligasse ainda mais aos interesses da iniciativa privada, não resolvendo os problemas do deficit habitacional. No final da década de 1966, o BNH retomou programas voltados para habitação popular como as Companhias Habitacionais (Cohabs) e o Plano de Habitação Popular (Planhap).

A política habitacional desenvolvida pelo BNH sofreu várias críticas, principalmente porque os investimentos em habitação popular acabaram diminuindo porque cada vez mais o uso do FGTS era destinado a outros ramos, o que acabou assolando o deficit habitacional:

> Estima-se que menos de 13% dos recursos chegaram às famílias com renda mensal inferior a cinco salários mínimos, classe que, realmente, necessitava de concretização da política habitacional projetada pelo Poder Público. A política habitacional não teve o caráter redistributivo planejado, atuando como um mecanismo de aprofundamento de segregação e exclusão social, já que a maior parte dos seus recursos foi destinada ao financiamento de moradia para as classes médias e alta (CANUTO, 2010, p. 191).

Como sua existência viu-se prejudicada devido à atuação “elitizada”, o BNH foi extinto por meio do Decreto-Lei nº 2291 de 21 de novembro de 1986. Na década de 1980, com a extinção do BNH e a queda de recursos destinados tanto as COHABS e aos financiamentos habitacionais, o governo federal lançou em 1987 o Programa Mutirões Habitacionais, que tinha como principal meta financiar habitações para famílias com renda inferior a três salários mínimos. Porém, o programa não logrou êxito e acabou sendo extinto.

Na década de 1990, as políticas habitacionais não tiveram grande efetividade, devido à divergência entre as agências internacionais e os Estados, no caso o Brasil. No governo Collor, entre 1990 a 1992, o principal programa destinado à moradia foi o Plano de Ação Imediata para a Habitação (PAIH) que tinha como objetivo financiar 245 mil habitações em 180 dias, o que não aconteceu.

Já no governo de Itamar (1992 a 1994), criaram-se os Programas Habitar Brasil e Morar Município que se tratavam de ser financiamentos habitacionais de “ajuda mútua”. Também neste governo, teve-se dois avanços: o primeiro deles foi a criação de fundos para habitação e o segundo foi a constituição, em 1992, do Fórum Nacional, composto por vários setores desde a sociedade civil até empresários da construção civil. O objetivo primordial do Fórum era almejar desenvolvimento para o setor habitacional (MOTTA, 2010).

O período do governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC) (1995-2003) foi marcado por políticas de características neoliberais, mas mesmo assim, se avançou no reconhecimento de políticas ligadas à regularização fundiária. No início dos anos 2000, foi aprovada a Lei Federal nº. 10.257 denominada de Estatuto das Cidades que trata de estratégias para implementação da política urbana, garantir a função social da propriedade e o acesso universal à cidade.

No governo de Luís Inácio Lula da Silva, entre 2003 a 2010, a principal política instituída foi o Programa Minha Casa Minha Vida[21] no qual o objetivo é propiciar o financiamento de casas para famílias com renda entre 0 a 10 salários mínimos. “Além de seu objetivo social, o Programa, ao estimular a criação de empregos e de investimentos no setor da construção, também foi uma reação do governo Lula à crise econômica mundial do fim de 2008” (MOTTA, 2010, p. 9).

Em síntese, a breve digressão histórica das políticas habitacionais instituídas no Brasil mostra que a maioria dos programas teve como alicerce o setor privado, através de financiamentos, o que de certo modo baseou-se na lógica do mercado e do lucro. Nos tópicos seguintes da pesquisa, abordaremos, em termos específicos, os desafios em relação à justiciabilidade do direito social à moradia.

4.3.3 A eficácia constitucional da norma garantidora

Desde a edição da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, o direito à moradia encontra respaldo no elenco de direitos sociais preconizados no art. 6º da Constituição Federal. Porém, ao contrário dos demais direitos, que receberam o devido tratamento e detalhamento[22] no texto constitucional, a proteção ao direito à habitação é previsto no rol dos direitos sociais constantes do art. 6º, mas não possui sua delimitação normativa no texto constitucional, por isso e por outros motivos, que a exigibilidade em face dos poderes públicos é sempre questionável.

Um dos principais pontos para essa investigação parte da constatação de se atribuir o caráter de norma programática aos direitos sociais, especialmente o direito de moradia. Como ressalta Odoné Serrano Júnior (2012), o direito humano fundamental à moradia em sua dimensão prestacional está previsto em norma constitucional que tem a estrutura de princípio, ou seja, estabelecida em norma programática.

Como já discorrido na pesquisa, a maioria das normas programáticas depende de uma legislação infraconstitucional para se tornar plena, o que ocasiona uma certa dose de discricionariedade do legislador. Como assevera Canotilho (1994), as normas

[21] Para mais detalhes do funcionamento do Programa minha casa Minha Vida consultar a cartilha de apresentação do Programa, disponível em: http://downloads.caixa.gov.br/_arquivos/habita/mcmv/CARTILHACOMPLETA.PDF

[22] O direito à saúde, por exemplo, além de constar no rol dos direitos sociais do art. 6º, CF/88, também se encontra melhor detalhado em vários outros dispositivos como o art. 196, CF/88: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

constitucionais programáticas vinculam juridicamente o exercício da função legislativa na escolha dos fins. Nesse sentido, Inocêncio Mártires Coelho (2000, p. 41) afirma que:

> [...] as disposições constitucionais, em sua maioria, não são autoaplicáveis, porque a Constituição, não se executa em si mesma, antes impõe ou requer a ação legislativa, para lhe tornar efetivos os preceitos, o que não quer dizer, entretanto, que a Lei Maior possua cláusulas ou preceitos a que se deva atribuir o valor moral de conselhos, avisos ou lições; até porque todos têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos.

Neste caso, justifica-se a não efetivação do direito social à moradia por se constatar que a norma asseguradora tem pouca ou quase nenhuma eficácia prática, a não ser a disposição legal no texto constitucional. Além disso, para compreender a questão da efetividade jurídica do direito à moradia é importante recapitular a distinção doutrinária e a divisão entre direitos de defesa e direitos de prestação, ou ainda, a dimensão negativa e positiva dos direitos.

Na função de defesa ou dimensão negativa, o direito à moradia expressa-se como um conteúdo de deveres de abstenção do Estado, ou seja, o Estado não pode e não deve interferir neste conteúdo. Essa dimensão funcional se concretiza em normas que asseguram a inviolabilidade do domicílio, por exemplo. Cabe ainda citar que nesta dimensão, concretiza-se o direito à moradia nas normas que a protegem contra penhora, alienação voluntária, dação de pagamento, entre outros atos de despejos (SERRANO JÚNIOR, 2012).

Como direito à prestação, o direito à moradia demanda uma proteção estatal por meio de medidas ou ações destinadas a este fim. Assim, demanda tutela contra danos potenciais, oriundos de condutas indevidas ou por meio de medidas estatais que interfiram diretamente na realidade concreta. Também, nesta função proporcional, o direito à moradia impõe ao Estado o dever de fomentar ou facilitar o acesso (SERRANO JÚNIOR, 2012). Essa proteção pode se realizar de diversas formas, como a disponibilização de abrigos às pessoas em situação de rua, auxílio-aluguel, investimentos em regularização fundiária e urbanização de assentamentos, dentre outros. Em razão disso, a exigibilidade do direito à moradia é questionada no viés promocional deste direito, ou seja, no seu caráter de demandar uma atuação do Estado.

Desse modo, uma das conquistas mais importantes do constitucionalismo é o reconhecimento dos direitos sociais, a moradia como um bem extremamente importante para a manutenção de uma vida digna, coloca o direito de ter uma moradia

como muito mais do que um direito de habitação, é o reconhecimento de um conjunto de bens que também devem ser protegidos, como saneamento básico e mobilidade urbana. Apesar de não ser detalhado de forma completa na Constituição Federal de 1988, ao assegurar o direito de moradia, o constituinte assumiu a responsabilidade do Estado brasileiro de também implementá-lo. A norma apesar de não ser considerada de aplicabilidade imediata, institui o dever estatal de promoção. Neste condão, a seguir será tratado sobre a diferença substancial de aplicação, principalmente sob o viés judicial, dos demais direitos sociais, com foco no direito à educação e direito à saúde.

4.2.2 Dos demais direitos sociais

Neste item, o estudo analisará a discrepância em considerar os demais direitos sociais como direitos subjetivos, precipuamente o direito à educação e o direito à saúde, se comparados com o direito social à moradia digna e adequada. Cabe ressaltar que “as permissões para o uso de faculdades humanas, quando concedidas por meio de normas jurídicas, constituem, precisamente, os direitos subjetivos” (TELLES JR., 2008, p. 332). Ou seja, direito subjetivo é a potencialidade para o exercício de determinado direito. Analisaremos a seguir, respectivamente, o direito social à educação e o direito social à saúde.

a) Direito subjetivo à educação

Dentro da ordem dos direitos sociais prelecionados na Constituição Federal de 1988 está o direito à educação (art. 6º, *caput*). De acordo com José Augusto Peres: “Apesar do emprego de um vocábulo da maior significância como é educação, o texto constitucional preocupa-se exclusivamente, ou quase, com a educação escolarizada” (1988, p. 2-3). Assim, o texto constitucional brasileiro salvaguarda a educação escolarizada, principalmente o ensino público.

Dispõe o artigo 208, incisos I, IV, §1º da Constituição Federal:

> Art. 208 da CF: O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria. (...) IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade. (...) §1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Parte da doutrina considera que este artigo coloca a educação como um direito público subjetivo na Constituição Federal de 1988, como assevera Clarice Duarte (2004, p. 113), o “reconhecimento expresso do direito ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo autoriza a possibilidade de, constatada a ocorrência de uma lesão, o mesmo ser exigido contra o Poder Público de imediato e individualmente.” Ocorre que, diferente do direito social à moradia, o direito de educação possui um respaldo legal mais minucioso que é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº. 9.394/96, que declara também que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, ou seja, as partes poderão acionar o Poder Público para exigi-lo quando se sentirem lesadas:

> A mesma lei ainda determina que qualquer das partes mencionadas têm legitimidade para peticionar, junto ao Poder Judiciário, quando do não oferecimento ou oferta irregular do ensino obrigatório, sendo a ação judicial gratuita e de rito sumário. Desta forma, comprovada a negligência, a autoridade competente poderá ser imputada por crime de responsabilidade (SILVEIRA, 2008, p. 540).

Nesta mesma lógica, o próprio Pontes de Miranda (1972) considera a educação como um direito público subjetivo, coloca o ensino (escolarizado) como de competência estatal e que deve ser oferecido e ministrado de forma gratuita, além do mais, Pontes coloca que deve haver um extenso assistencialismo, ou seja, não basta que a escola seja gratuita, material escolar, transporte escolar e uniforme também tem de serem gratuitos.

O autor Luís Roberto Barroso (2003), quanto à aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais, os divide em três grupos: a) direitos que geram de pronto situações desfrutáveis, que dependem de apenas uma abstenção do poder público; b) normas de direitos sociais que ensejam uma prestação positiva do Estado; e, c) normas constitucionais de direitos sociais que ensejam uma atuação legislativa infraconstitucional. A partir dessa divisão, Barroso coloca que alguns direitos não podem ser negados à tutela jurisdicional, como é o caso do direito à educação, principalmente direito ao ensino fundamental. Porém, o autor ainda alerta:

> [...] o dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que sejam redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos. Não pretendeu o constituinte limitar outras posições jurídicas de vantagem, mas, tão-somente, ser meridianamente claro em relação a esta posição específica (BARROSO, 2003, p. 115-116).

Assim, além de ser considerado direito público subjetivo em seu caráter coletivo, também é direito público subjetivo individual, motivo pelo qual a tutela jurisdicional deve ser atendida, por isso que os direitos à educação fundamental e infantil:

> "... por inerentes e essenciais à personalidade humana, individual ou coletiva, sistema político algum pode denegar sob pena de ilegitimidade, são reconhecidos pelos princípios fundamentais da ordem jurídica interna e externa e proclamados e disciplinados por atos internacionais, por preceitos constitucionais e pelas normas comuns (...) É da mais alta importância considerar-se que os direitos públicos subjetivos das pessoas e dos grupos, ou entes sociais, não se esgotam na categoria dos direitos cívicos ou políticos; antes, compreendem todos os poderes erigidos em direitos essenciais da personalidade, que a todos os poderes do Estado, ou dos Estados, se sobrepõem (RAÓ, 2002, p. 853)

Analisando a jurisprudência acerca da exigibilidade judicial do direito à educação, chama-se atenção o estudo feito por Leandro Sarai. A análise dos dados deu-se a partir da seleção de 142 (cento e quarenta e dois) julgados no período de 1998 a 2015 no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Outros problemas de pesquisa foram suscitados pelo autor, mas no que toca ao nosso assunto, importante mencionar a exigibilidade do direito à educação e o grau de satisfação destas demandas:

> Aqui aparece o resultado mais impressionante. Dos 142 casos, apenas 11 foram desfavoráveis. Porém, olhando de perto cada caso em que o pedido não foi acolhido, percebe-se que o direito à educação praticamente não foi negado em nenhum deles, conforme síntese dos casos feita a seguir: a) Foi negado o direito de escolher a escola, mas não a vaga; b) Foi negado o direito de matrícula em escola particular por aluno inadimplente; c) Foi reconhecida a regularidade da extinção da pensão por morte, tendo em vista os termos da legislação regente; d) Foi reconhecida a regularidade da extinção da pensão por morte, tendo em vista os termos da legislação regente; e) Foi negado a pretensão de escolher o horário das aulas; f) Não foi acolhida a pretensão de fixar judicialmente os critérios para o custeio do vestibular; g) Foi mantida a reprovação por faltas na universidade; h) Foi considerada regular a transferência compulsória do aluno por motivos de comportamento; i) Foi considerada regular a transferência compulsória do aluno por motivos de comportamento; j) Foi negada a matrícula em escola técnica por não ter o aluno passado no Vestibulinho; k) Foi negada a pretensão de obrigar o município a pagar a tarifa integral do transporte para o aluno estudar em Escola Técnica do Estado em outro município, em caso em que o município já pagava metade dos custos. Assim, poder-se-ia apontar 100% não só no reconhecimento da exigibilidade judicial, mas no próprio acolhimento da pretensão de concretização do direito à educação. Talvez isso se deva pela relação que a jurisprudência mantém com a doutrina e pelo fato de esta se apresentar de forma predominante no sentido da exigibilidade do direito à educação (SARAI, 2017, p. 172-173).

Por conseguinte, não restam dúvidas que a maior parte da doutrina considera o direito à educação um direito público subjetivo, o próprio texto constitucional disciplinou desta forma o que ocasiona para o poder público a necessidade de sua implementação e tutela jurisdicional.

b) Direito subjetivo à saúde

Analisando outro direito social, que diferente do direito à moradia, é consagrado como direito subjetivo é o direito social à saúde. O constituinte de 1988 fez a opção de assegurar o direito à saúde, que deveria ser construído segundo princípios expressos[23] no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Na mesma linha do direito à educação, o direito social à saúde é considerado direito público subjetivo, cuja garantia é dever do Estado, ou seja, um direito público subjetivo a prestações materiais.

O que mais colabora para afirmar a existência de um direito subjetivo à saúde refere-se ao fato do Poder Judiciário dar uma interpretação parcial deste direito, quebrando a lógica original do Sistema Único de Saúde (WERNER, 2008). Ademais, a própria autora ainda coloca que: “A interpretação atual majoritária considera o direito à saúde como um direito de todos, de acesso universal e um dever do Estado. Será que foi esta a intenção da Constituição Federal de 1988?” (WERNER, 2008, p. 101).

Investigando o direito à saúde na seara judicial, também chama-se atenção para o fato de ações pleiteando medicamentos ou tratamentos terapêuticos terem aumentado de forma significativa, ou seja, o chamado efeito de judicialização da saúde. No que diz respeito ao direito à saúde:

> Na prática, o que tem ocorrido, na maioria dos casos, tendo como referência o Estado de São Paulo, é que os benefícios relativos a prestações quanto ao direito à saúde têm sido concedidos de forma liminar, sem a oitiva do Poder Público, e são confirmados pela primeira Instância, sendo que, muitas, não são sequer analisados pelo colegiado, sendo a pretensão de plano obstaculizada, diante da nova dinâmica processual (WEINER, 2008, p. 103).

Assim, foram identificadas algumas ideias centrais no discurso dos magistrados que concedem o direito à saúde:

> [...] ideia central A. O Estado de São Paulo, bem como seu Secretário de Estado da Saúde, são competentes para compor o polo passivo da ação; ideia central B. A atuação do Poder Judiciário não está interferindo no princípio da separação dos poderes do Estado. Está apenas resguardando um direito constitucional; ideia central C. Demonstrado o autor ser portador de uma doença e necessitar de um determinado medicamento, é curial seja o Estado obrigado a providenciar a sua implementação; ideia central D. O direito de

[23] Art. 196 da Constituição Federal.

> todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos; ideia central E. A regra inscrita no artigo 196 da Constituição Federal é autoaplicável, não depende de regulamentação para ser exercida (MARQUES; DALLARI; 2007, p. 105).

Na lógica dos autores que impetram as ações ligadas ao direito à saúde, as ideias centrais são:

> [...] ideia central A. O autor é portador de uma determinada doença, que está colocando em risco a sua vida ou a sua saúde; ideia central B. O medicamento prescrito pelo profissional médico que assiste o autor representa um avanço científico e é o único capaz de controlar a moléstia que lhe acomete; ideia central C. O autor não possui condições financeiras para adquirir o medicamento; ideia central D. O direito do autor à saúde e à assistência farmacêutica integral é um direito fundamental, garantido por Lei; ideia central E. As leis que subsidiam o direito à saúde e à assistência farmacêutica compreendem o fornecimento do medicamento específico necessitado pelo autor; ideia central F. Os direitos à saúde e à assistência farmacêutica não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos; ideia central G. Os direitos fundamentais à saúde e à assistência farmacêutica não podem ser condicionados por políticas públicas de saúde ou por questões orçamentárias; ideia central H. Os juízes têm se manifestado favoravelmente em pedidos semelhantes ao do autor; ideia central I. A política de assistência farmacêutica do Estado possui falhas e, por isso, não contempla o medicamento pleiteado; ideia central J. O Estado deve reparar o dano material e moral causado ao autor em decorrência de sua omissão (MARQUES; DALLARI; 2007, p. 104).

Evidencia-se, portanto, que houve um crescimento de demandas judiciais em defesa do direito à saúde, e esse fato se dá principalmente pela lógica de considera-lo um direito subjetivo, no qual o Estado é incumbido de prestá-lo, geralmente, não se faz análise substancial da decisão, o que pode comprometer todo um planejamento estatal. Desta maneira, dando continuidade a pesquisa, a pauta a seguir será verificar a aplicabilidade da teoria da reserva do possível ao direito social à moradia.

4.3.4 Reserva do possível como obstáculo orçamentário para a concretização do direito à moradia

Hodiernamente, a temática acerca da efetividade do direito social à moradia percorre pela questão dos custos orçamentários. Como já se tratou sobre a conceituação e aplicabilidade da teoria da reserva do possível, o objeto deste tópico se delimitará a analisá-la na ótica de aplicação e eficácia do direito à moradia, percorrendo também pela questão do orçamento público.

A reserva do possível representa um limite fático e jurídico à concretização judicial dos direitos sociais, é utilizada, precipuamente, para impedir a intervenção

judicial em situações que necessitam de gastos orçamentários. Porém, antes de analisar o controle judicial do direito à moradia à luz da reserva do possível, interessante é verificar a questão orçamentária referente a este direito ainda no âmbito administrativo.

As políticas públicas que propiciam a concretização material da vontade estatal e a implementação dos direitos, esvaziam-se se não tiverem o adequado suporte financeiro. Por isso que é necessário compreender o funcionamento do regime de orçamento público no Brasil. Neste sentido, “o orçamento público é a simples previsão de gastos, que pode ocorrer ou não” (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 119).

O autor Eduardo de Lima Caldas (2002, p. 9-10) coloca que o orçamento público

> Não é uma mera listagem de números e valores de significado apenas contábil, embora muitas vezes seja apresentado numa forma técnica muito complexa, o que dificulta o conhecimento e a apropriação do seu conteúdo por parte de grupos organizados da sociedade. O acesso a essas informações permite à população intervir na disputa por recursos voltados à melhoria das suas condições de vida. Quando as reinvindicações de um segmento da sociedade são publicamente incorporadas ao orçamento, estas deixam de ser entendidas como um favor e adquirem caráter de direito.

Na mesa linha, Hélio Saul Mileski, coloca que o orçamento público é de extrema importância para a concretização das metas que desejam ser alcançadas como políticas públicas, na medida em que

> É por meio do orçamento público que o Estado pode proceder a uma redistribuição de renda, aumentando ou reduzindo a carga tributária. É pelo orçamento público que o Estado diz se vai colocar uma lâmpada no último poste, da última rua, da última vila periférica, ou se vai construir um palácio ou uma usina elétrica (MILESKI, 2003, p. 45.)

Neste condão, a Constituição Federal de 1988 tratou em seus dispositivos constitucionais acerca do orçamento e finanças públicas. O Poder Executivo tem o condão de fazer escolhas de quais destinos serão conferidos aos orçamentos públicos por meio da elaboração do projeto de três normas orçamentárias: plano plurianual, diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, art. 165, I, II e III, respectivamente. Ao Poder Legislativo cabe chancelar estas propostas feitas pelo Poder Executivo, adequando-as ou até mesmo, descartando-as. De acordo com Karina Brandão Castro (2014, p. 136):

> A programação financeira reflete as prioridades econômicas e as diretrizes de investimentos, ao definir as áreas de atuação que receberão recursos. Nesse sentido, as decisões postas no orçamento devem legitimar-se pelos valores constitucionalmente protegidos e convencer que estão levando a sociedade para um futuro melhor.

Nesse mesmo sentido, a vinculação entre efetivação dos direitos sociais e orçamento público é sempre necessária, como entende Ricardo Lobo Torres (2008, p. 110):

> O relacionamento entre políticas públicas e orçamento é dialético: o orçamento prevê e autoriza as despesas para a implementação das políticas públicas; mas estas ficam limitadas pelas possibilidades financeiras e por valores e princípios como o do equilíbrio orçamentário.

Averiguando dados relativos ao orçamento destinado à habitação no Brasil, o projeto de lei orçamentária anual de 2019 determinou a proposta de atuação para cada área através da classificação funcional, no âmbito dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União. Verificando o dispêndio com o direito à moradia, o governo previa o valor de R$ 22,5 milhões e 100% em investimentos estruturantes[24], sendo que R$ 15 milhões seriam destinados à melhoria das condições de habitalidade de assentamentos precários (BRASÍLIA, 2018). Ao contrário da habitação, para saúde e educação o orçamento previsto era de 114,3 bilhões e 114, 1 bilhões, demonstrando que são consideradas metas prioritárias da Administração Federal.

Ocorre que, a lei orçamentária autoriza, mas não obriga o Poder Público à realização dos gastos públicos, e a falta de cumprimento de políticas públicas leva a judicialização de determinadas demandas. A partir disso, um dos grandes debates em torno da exigibilidade judicial dos direitos sociais esbarra no próprio controle judicial destas políticas, no que diz respeito a interferência do judiciário na aplicação de políticas públicas e a teoria da reserva do possível. Acerca da temática reserva do possível, o debate é tenso principalmente com relação aos limites necessários à sua aplicação e o ônus argumentativo do Poder Público quando alega falta de recursos.

No âmbito do direito à moradia, a situação de alegação na esfera jurisdicional da teoria da reserva do possível é bastante acentuada, principalmente porque a eficácia da norma deste direito é considerada de ordem programática, ou seja, de implementação gradual, na medida dos limites financeiros do Estado, não se tratando de um direito subjetivo, como se observa neste caso:

> ADMINSTRATIVO – MUNICIPIO DE NOVA FRIBURGO – AUXÍLIO NOVO LAR – ENCHENTES – LEI Nº 3.894/2011- ESTADO DO RIO DE JANEIRO- CONCESSÃO DE MORADIA DEFINITIVA- DIREITO À MORADIA- NORMA PROGRAMÁTICA- AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO- Cuida a hipótese de Ação Condenatória objetivando a parte Autora o pagamento pelo Município de Nova Friburgo da verba denominada “Auxílio Novo Lar”, por ter sido vítima das

[24] Correspondem a investimentos relativos a obras ou outros procedimentos com intervenções físicas, para a conformação das infraestruturas físicas.

> enchentes que assolaram o Município em janeiro de 2011, e a disponibilização de moradia definitiva por parte do Município e do Estado. – O Município de Nova Friburgo instituiu o benefício denominado “Auxílio Novo Lar” através da Lei nº. 3.894/11, destinando-se às famílias atingidas pelos desastres ocorridos em janeiro de 2011, estabelecendo o art. 7º. que o valor do benefício seria de uma parcela única de R$ 2.000,00 (dois mil reais) para cada família. Preenchimento dos requisitos. - É possível a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Súmula nº 60 deste E. Tribunal de Justiça. – Precedente jurisprudencial deste E. Tribunal de Justiça. – **Direito à moradia que constitui norma constitucional de caráter programático, e não, direito subjetivo da parte.** – Sentença mantida. – Aplicação do caput do art. 557 do Código de Processo Civil. – Recursos liminarmente rejeitados.
> (TJ- RJ-APL: 00053628120118190037 RIO DE JANEIRO NOVA FRIBURGO 3 VARA CÍVEL, Relator: CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA, Data de Julgamento: 22/11/2012, SÉTIMA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 30/11/2012) (grifo nosso).

Apesar de na decisão ter sido concedido o benefício instituído pelo Município de Nova Friburgo, o Tribunal ressalta que o direito à moradia constitui norma programática, não sendo considerado direito subjetivo. O entrave da teoria da reserva do possível aparece justamente neste argumento, pois como direito prestacional e de implementação quase sempre onerosa, depende da disponibilidade financeira do Estado. Como coloca Ana Paula de Barcellos (2006, p. 117):

> Estabelecida essa premissa – isto é: políticas públicas são indispensáveis para a garantia e a promoção de direitos fundamentais -, o fato é que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público, e os recursos públicos são limitados. Essas são evidências fáticas e não teses jurídicas. A rigor, a simples existência dos órgãos estatais - do Executivo, do Legislativo e do Judiciário – envolve dispêndio permanente de recursos públicos, ao menos com a manutenção das instalações físicas e a remuneração dos titulares dos poderes e dos servidores públicos, afora outros custos. As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. E como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido.

Ocorre que, analisando a judicialização de outros direitos sociais, principalmente o direito social à saúde, seguindo na lógica comparativa, a teoria da reserva da possível é quase sempre afastada das decisões judiciais, sobressaindo-se a garantia do direito em questão, independente da disponibilidade de recursos financeiros. Discorrendo primeiramente o direito social à saúde, verifica-se o número crescente de demandas solicitando medicamentos ao Estado, a fim de que este cubra o devido tratamento terapêutico não alcançado pelo Sistema Único de Saúde (SUS). De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de demonstra esse crescimento

Tabela 5 Volumetria das demandas judiciais atinentes ao direito sanitário nos anos de 2016 e 2017

Tipos de processos	Relatório Justiça em Números 2016 - CNJ	Relatório Justiça em Números 2017 - CNJ	Aumento (%)
Controle social e Conselhos de saúde	1.468	2.008	37%
Convênio médico com o SUS	737	1.037	41%
Doação e transplante órgãos/tecidos	491	597	22%
Erro médico	38.810	57.739	49%
Fornecimento de medicamentos	200.090	312.147	56%
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642	8.774	56%
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611	56.105	53%
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449	427.267	46%
Saúde mental	3.001	4.612	54%
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos	151.856	214.947	42%
Tratamento médico-hospitalar	60.696	98.579	62%
TOTAL	**792.851**	**1.183.812**	**49%**

Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A partir da tabela apresentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), verifica-se que o número de processos relativos ao direito à saúde aumentou em quase 50%. Cabe ressaltar que a análise se deu somente no âmbito do Poder Judiciário, não contendo dados relativos ao âmbito administrativo. A primeira questão a ser levantada é a de que o direito à saúde, também é considerado, a luz da doutrinária, como um direito de natureza programática, como assevera Luís Roberto Barroso (2008, p. 23): “O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais.” Porém, na seara judicial, a maioria das ações que tratam sobre o direito à saúde o colocam como direito subjetivo.

Sob a ótica da reserva do possível e o direito à saúde, comprova-se que o dispêndio financeiro com este direito, na seara judicial é gigantesco, indo na contramão do necessário controle de gastos com os direitos sociais que a doutrina coloca. Os dados elaborados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em 2016 atribuem que:

> [...] no período de 2009 a 2015, o gasto do Ministério da Saúde com medicamentos solicitados pela via judicial foi de R$ 3,4 bilhões em valores de 2015, atingindo no último ano o patamar de R$ 715 milhões (Vieira, 2016). De acordo com dados da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, o crescimento real do gasto com as ações judiciais de medicamentos foi de 547% entre 2010 e 2016, passando de R$ 199,6 milhões para R$ 1,3 bilhão em valores de 2016. No acumulado, o gasto foi de R$ 4,8 bilhões (Brasil, 2017b). No período de 2010 a 2015, os medicamentos mais solicitados pela via judicial destinaram-se ao tratamento de doenças raras e da diabetes, sendo que as cinco tecnologias mais judicializadas foram, nesta ordem, tira reagente, insulina glargina, insulina lispro, insulina asparte e eculizumabe. Em 2015, metade das vinte tecnologias mais caras demandadas ao Ministério da Saúde por meio do Judiciário não tinha registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, destacando-se nas

> solicitações os medicamentos biológicos. Como se pode constatar, as demandas judiciais explicam em parte o aumento do gasto com os componentes estratégico e especializado da assistência farmacêutica, particularmente com este último.

Cabe ressaltar também, que a maioria das demandas judiciais contêm pedidos de antecipação de tutela ou medidas liminares[25]. No contexto da análise jurisprudencial acerca do direito à saúde, diferente do direito à moradia, na maioria das demandas judiciais a aplicação da cláusula da reserva do possível é afastada, a título de exemplo:

> **APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO NÃO FORNECIDO PELO SUS. ILEGITIMIDADE PASSIVA. AFASTADA. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL AFASTADO.**
> **Tratamento não disponibilizado pelo SUS**. A Constituição Federal é de clareza solar ao determinar que se trata de um dever do Estado *lato sensu* em garantir o direito à saúde a todos os cidadãos, porquanto elevou tal direito ao patamar de social e fundamental, já que se encontra intimamente ligado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos artigos 1º, inciso III; 6º e 196 todos da Carta Magna.
> É pacífico o entendimento de que estando comprovada a necessidade do tratamento à manutenção da saúde do indivíduo, bem como a impossibilidade de substituição do medicamentos/tratamentos/equipamentos por algum disponibilizado pelo SUS, é da responsabilidade do Estado prover o tratamento para as pessoas em situação de hipossuficiência, sobretudo quando resta demonstrada a hipossuficiência econômica da família.
> **Legitimidade passiva dos Entes Públicos.** Ainda que o insumo pleiteado integre a Lista de responsabilidade de outro ente federativo, os dois entes são legítimos para responder pelos termos da ação. Dessa forma, havendo provas de que a criança necessita de medicamento e de que sua família não tem condições de arcar com o custo, é de ser reconhecido o pedido.
> **Princípio da Reserva do Possível**. Inaplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível, pois não foi demonstrado que o Município não dispõe de recursos públicos suficientes ao custeio do tratamento.
> **Cerceamento de defesa.** O julgador é o destinatário da prova, podendo, na busca da verdade real dos fatos, determinar de ofício as diligências úteis e necessárias para formação do seu convencimento e indeferir as inúteis. No presente caso, os documentos juntados aos autos esclarecem suficientemente qual o medicamento de que necessita o menor.
> **REJEITARAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO APELO.UNÂNIME.**
> (Apelação Cível nº. 70079893475, Sétima Câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 27/03/2019).

De forma resumida, trata-se de uma ação ordinária na qual uma menor de idade, representada pela sua genitora, pleiteia em face do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Gravataí o tratamento para epilepsia e síndromes epiléticas generalizadas idiopáticas. O tratamento dá-se com a utilização do medicamento *oxicarbazepina*, devendo fazer o uso três vezes diariamente. A autora na inicial alega não possuir recursos financeiros para arcar com o tratamento, que não integra a lista do SUS. O

[25] Trata-se de uma ordem judicial provisória que analisa algum pedido urgente no âmbito do processo judicial.

juízo de primeira instância confirmou a procedência do pedido da autora para condenar os réus, solidariamente, a fornecer o tratamento na quantia indicada no receituário médico, de modo contínuo e por tempo indeterminado, enquanto perdurar a necessidade da autora. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul optou por confirmar a decisão de primeira instância, condenando tanto o Município como o Estado, de forma solidária, a custearem o tratamento médico para a autora. No que diz respeito à reserva do possível, tanto o juiz de 1º grau como o Tribunal, afastaram a alegação de falta de recursos financeiros pelos entes, entendo que o direito à saúde se correlaciona com o direito à vida.

O presente caso é somente um dos inúmeros que o Poder Judiciário enfrenta e que determina as opções em termos de orçamento e de aplicação da reserva do possível. Na maioria das ações judiciais relativas à prestação do direito à saúde, verifica-se o crescente número de demandas individuais e também, a solicitação do bloqueio das contas do ente para assegurar o custeio do tratamento.

Como dispõe Elza Canuto (2010), o dogma da reserva do possível não pode provocar a reversibilidade de qualquer direito social ou a sua inocuidade; o que se vislumbrou ao longo deste tópico foi de que a realização dos direitos sociais de cunho prestacional, além de estar condicionada a teoria da reserva do possível, deve estar em consonância com as escolhas e estratégias que ficam a cargo do Poder Público. Cabe ressaltar que toda a implementação de direitos enseja um custo ao Estado, tanto direitos sociais como também os direitos civis e políticos, isso não é o cerne da questão. O que deve ser debatido é a invocação da tese da teoria da reserva do possível para afastar a implementação de direitos fundamentais, quando na realidade o que afasta é a decisão política sobre gastar ou não recursos públicos na implantação deste, ou daquele direito fundamental (GALDINO, 2005).

Sendo assim, o direito à moradia, por evidente, é limitado pelo princípio da reserva do possível, mas o desafio primordial deste direito social é estar entre as escolhas e metas do Poder Público. A moradia, apesar de ser um bem essencial e que não se resume somente ao direito de propriedade, não se encontra como prioridade, principalmente se comparado com o direito à saúde, nas decisões alocativas de recursos financeiros.

4.4 Entre o mínimo existencial e um direito *prima facie* de moradia

No âmbito dos direitos sociais, situação bastante evidente no que toca a tutela destes direitos, neste caso concedida independente de prévia dotação orçamentária, refere-se a proteção do chamado *mínimo existencial.* De acordo com Ricardo Lobo Torres (2009, p. 8), o direito ao mínimo existencial é “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas.” O autor ainda coloca:

> Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não-fundamental (direito à saúde, à alimentação etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil estremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (...) (TORRES, 2009, p. 8).

Nesse seguimento, Odoné Serrano Júnior (2012) traz o conceito de mínimo existencial a partir da Sentença C-776, de 2003, da Corte Constitucional da Colômbia[26], que assim dispõe:

> O objeto do direito fundamental ao mínimo existencial abarca todas as medidas positivas e negativas constitucionalmente ordenadas com o fim de evitar que a pessoa se veja reduzida em seu valor intrínseco como ser humano devido a não contar com as condições materiais que a permitam levar uma existência digna. Este direito fundamental busca garantir que a pessoa, centro do ordenamento jurídico, não se converta em instrumentos de outros fins, objetivos, propósitos, bens ou interesses, por mais importantes ou valiosos que estes sejam. Tal direito protege a pessoa contra toda forma de degradação que comprometa não só a sua existência física senão todo o seu valor intrínseco (...) o direito fundamental ao mínimo existencial apresenta uma dimensão positiva e uma negativa. A dimensão positiva deste direito pressupõe que o Estado, e ocasionalmente os particulares (...) estão obrigados a fornecer à pessoa que se encontra em uma situação na qual ela mesma não pode agir autonomamente e que comprometa as condições materiais de sua existência, as prestações necessárias e indispensáveis para ela sobreviver dignamente e evitar sua degradação ou aniquilamento como ser humano. Na sua dimensão negativa, o direito fundamental ao mínimo existencial se constitui como um limite ou cota mínima que não pode ser ultrapassada pelo Estado em matéria de disposição dos recursos materiais que a pessoa necessita para levar uma vida digna (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 201).

Os principais fundamentos para a concepção do mínimo existencial são de origem filosófica, Daniel Sarmento (2016) diz que a garantia das condições básicas de vida para a população não decorreu de preocupações morais, e sim pelo receio de possíveis revoltas populares que pudessem abalar o *status quo*. O autor apresenta também, os dois principais fundamentos do mínimo existencial: liberdade e democracia. Em relação ao elo entre mínimo existencial e liberdade, tanto John Rawls

[26] A decisão da corte colombiana invalidou parcialmente uma lei tributária que instituía imposto sobre valor agregado sobre uma série de produtos, além de bens e serviços.

como Robert Alexy, o primeiro a partir da filosofia política e o segundo no campo da dogmática constitucional, conceberam a ideia do mínimo existencial a partir da liberdade. Na sua obra *O Liberalismo Político*, John Rawls afirma:

> (...) o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades fundamentais, pode sem muitos problemas ser precedido de um princípio lexicamente anterior que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos na medida em que satisfazê-las seja necessário para que eles entendam e tenham condições de exercer estes direitos e liberdades de forma efetiva (RAWLS, 2011, p. 8).

Para Alexy (2017), partindo da premissa de liberdade fática, o direito ao mínimo existencial é o sopesamento entre princípios. O segundo fundamento atribuído ao mínimo existencial é a democracia. Esta relação entre mínimo existencial e democracia é melhor trabalhada com o filósofo alemão Jürgen Habermas. Para o filósofo, o conceito de democracia é mais amplo do que o ato político de governar e de representação, é também o diálogo social, ou seja, a democracia deve ser deliberativa para que se inicie um processo discursivo, mas para isso a garantia dos direitos fundamentais torna-se imprescindível. Habermas então elenca uma série de direitos fundamentais, dentre estes, “direitos fundamentais as condições de vida, garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados [...] (HABERMAS, 1997, p. 159-160).

Nesta medida, o mínimo existencial corresponde a um conteúdo básico de direitos e prerrogativas que deve ser assegurado a qualquer ser humano, por isso que a doutrina entende que somente as prestações que compõem o mínimo existencial é que poderão ser exigidas judicialmente de forma direta, já as demais prestações ficam sujeitas a possíveis intervenções do legislador ou vedação do retrocesso (SERRANO JÚNIOR, 2012).

É importante assinalar que o conceito de mínimo vital foi consagrado na Declaração de Direitos Humanos, em seus artigos 23 e 25, que estabelecem:

> Art. 23, nº 3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.
> Art. 25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Nesta ordem, a construção jurídica de um direito ao mínimo vital vem fortemente ligada a propiciar jusfundamentalidade aos direitos sociais, ou seja, tudo o que não pertencer ao mínimo existencial carece de exigibilidade, como explica Ricardo Lobo Torres (2003, p. 1-2):

> A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático.

Odoné Serrano Júnior (2012, p. 207) afirma que o direito ao mínimo existencial é dotado de jusfundamentalidade em sua dupla dimensão:

> ...a de proteção negativa, contra a incidência de tributos ou qualquer outra imposição do Estado (inclusive atos jurisdicionais expropriatórios de propriedade mínima com vistas à satisfação de direito de crédito de outrem) e a de proteção positiva, consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres no sentido de assegurar-lhes as condições mínimas para uma vida digna. É plenamente garantido, inclusive pela jurisdição, independentemente de prévia reserva orçamentária, por ter como fundamento a proteção à vida, à liberdade, à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Daí se falar que o mínimo existencial é o núcleo duro dos direitos fundamentais, a sua parte irrestringível, tendo, portanto, a natureza de regra e não apenas, de princípio.

Assim, no que tange ao direito à moradia digna, no que se refere ao mínimo existencial, cabe se questionar qual o núcleo do presente direito que seria intangível e que poderia ser considerado um direito subjetivo? Existe alguma prestação que designa o direito à moradia contida no contexto do mínimo existencial? O autor Odoné Serrano Júnior volta a preconizar que

> "...no que tange ao direito à moradia digna, no que se referir ao mínimo existencial, quando a pessoa, por circunstâncias alheias à sua vontade, estiver desalojada ou estiver na eminência de ficar, a adjudicação individual da prestação estatal pertinente pode ser postulada e obtida jurisdicionalmente (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 213).

Neste sentido, cabe-se questionar ainda, se a possibilidade de adjudicação de tutela favorável ao direito à moradia em sua dimensão prestacional se limita à proteção somente do mínimo existencial? A jurisprudência assenta-se na corrente de que, apesar de o direito à moradia ser considerado norma de caráter programático, contêm um núcleo que pertence ao chamado mínimo existencial, e que a partir disso, torna-se plenamente exigível, como se demonstra a seguir:

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUXÍLIO-ALUGUEL. DIREITO À MORADIA. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. 1. O artigo 6º, caput e art. 23, incisos IX e X, da Constituição Federal são normas de eficácia limitada, na modalidade normas programáticas. Entretanto, a despeito da necessidade de superveniência de lei regulamentar tais preceitos ou da necessidade de previsão orçamentária para efetivação de tais direitos, certo é que todas as normas constitucionais, até mesmo as de eficácia limitada, **contém um mínimo de eficácia necessária para sua aplicação, é o chamado mínimo existencial, no qual se insere o direito à moradia.** 2. No âmbito do Município de São Paulo, a questão está prevista na Lei Municipal nº 16.050/2014 e na Portaria nº 131/SEHAB/2015, sendo que esta última estabelece que o auxílio-aluguel poderá ser concedido por até 12 (doze) meses, prorrogável por igual período. 3. Autora que já recebeu o benefício por 30 (trinta) meses, inexistindo suporte legal para a concessão do benefício por tempo indeterminado. Procedência do pedido. Sentença reformada. Recursos providos.
> (TJ-SP – APL: 10463594120148260053 SP 1046359 – 41.2014.8.26. 0053, Relator: Camargo Pereira, Data de Julgamento: 12/03/2019, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 13/03/2019) (grifo nosso).

Como já mencionado, o direito ao mínimo existencial corresponde a uma norma jurídica, que apesar de não constar no texto constitucional brasileiro de 1988, de forma expressa, se desprende da aplicação de tratados internacionais e de direitos fundamentais como o direito à vida, à dignidade, à igualdade, à saúde, ao trabalho e à seguridade social, e o direito à moradia consta neste conteúdo, como expõe Ricardo Lobo Torres (2003, p. 289):

> E o direito à moradia, é fundamental ou social? No que concerne aos indigentes e às pessoas sem teto a moradia é direito fundamental, integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. Já as moradias populares ou habitação para a classe média se tornam direitos sociais, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias.

Nos demais casos, quando não se estiver diante de situações protegidas pelo mínimo existencial, quando a situação é mais ampla, se terá que realizar um juízo de ponderação para verificar se o que se postula pode ser abrigado por um direito subjetivo *prima facie* (ALEXY, 2017). Dentro desta lógica, pode-se exigir o direito à moradia na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.

4.5 Princípio da proibição do retrocesso social e a estrita relação com o direito social à moradia

O texto constitucional brasileiro ao assegurar o Estado Democrático e Social de Direito, compromete-se a garantir os direitos sociais. Porém, a plena realização destes direitos ainda é um desafio, principalmente pela falta de recursos financeiros do

Estado. Com o enfraquecimento no cumprimento dos direitos sociais, o Estado se viu no dever de empregar medidas compensatórias para a manutenção dos direitos já adquiridos.

Nessa senda, um dos importantes instrumentos para a preservação dos direitos sociais já conquistados e implementados é o princípio da proibição do retrocesso social. O princípio da proibição do retrocesso social está ligado justamente a ideia de segurança jurídica na qual o Estado não poderá extirpar direitos fundamentais que já estão consolidados, nem mesmo restringi-los (NASCIMENTO, 2006). O autor ainda coloca:

> A Constituição brasileira de 1988, na esteira das cartas modernas, atribuiu à segurança jurídica a importância que há muito era merecida. Basta olhar para a fundamentalização do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF/88). Tal reconhecimento deve-se acima de tudo, à insustentabilidade de um Estado Democrático de Direito sem a estabilidade e a previsibilidade das relações jurídicas. A segurança jurídica tem, portanto, valor inquestionável na defesa da sociedade frente aos atos de despotismo do poder público. Desse modo, após consolidada e delineada uma garantia fundamental, não pode, o Estado quebrar a relação de confiança construída com os administrados e extirpar dos seus patrimônios jurídicos os direitos fundamentais que os protegem das brutalidades do cotidiano. Sabe-se, contudo, que somente a mudança permanece, haja vista as relações sociais serem frequentemente revistas pelas novas concepções culturais. O direito, de tal forma, nada mais é senão fruto de uma realidade societária. Assim sendo, não há que se idealizar um ordenamento que vigore perpetuamente, pois o direito tem de perseguir os anseios da sociedade e estar sempre à disposição dos sujeitos, sob pena de tornar-se ineficaz e cair no esquecimento. Ocorre, entretanto, que algumas modificações no ordenamento jurídico se dão de maneira tão abrupta e sem nenhuma causa justificante, que a materialidade do princípio da segurança jurídica é posta ao chão, restando somente a formalidade (NASCIMENTO, 2006, p. 236).

O princípio da proibição do retrocesso social é uma garantia implícita que decorre de vários outros princípios além da segurança jurídica, como o princípio da máxima efetividade dos direitos e do próprio fundamento da dignidade da pessoa humana. Nesta perspectiva, o princípio da proibição do retrocesso social, consiste, segundo Slaibi Filho (2006, p. 106):

> [...] em critério hermenêutico pelo qual o intérprete, quanto ao tema de igualdade de tratamento nos direitos sociais, deve manter um trajeto gradualista, sempre ascendente em busca de maior igualdade, de forma a evitar recuos históricos na proteção destes direitos.

A origem deste princípio está na obra do autor Konrad Hesse, de 1978, no qual o jurista desenvolveu a teoria da irreversibilidade. Segunda esta teoria, o Estado ficaria vinculado ao dever de progressividade, porque caso atuasse no sentido de

implementar medidas regressivas no que toca aos direitos, estas medidas seriam irregulares e inconstitucionais (NETTO, 2010). Neste sentido:

> A *Nichtumkehrbarkeitstheorie* ou teoria da irreversibilidade, desenvolvida por Konrad Hesse, partiria da afirmação de que não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, mas uma vez produzidas as regulações, uma vez realizada a conformação legal ou regulamentar deste princípio, as medidas regressivas afetadoras destas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas. (NETTO, 2010. p. 101-102)

Porém, em terras alemãs, a teoria não surtiu os efeitos necessários, principalmente pela dependência de recursos econômicos para se concretizar. A teoria da irreversibilidade foi bem aceita na Europa, especialmente em Portugal, no qual José Joaquim Gomes Canotilho a desenvolveu. Canotilho apresenta o princípio do retrocesso ligado à exigibilidade dos direitos sociais, apresentando uma dimensão subjetiva destes direitos.

Segundo o autor português, o princípio da proibição do retrocesso social impõe que o núcleo essencial dos direitos sociais deve ser preservado, não se deve estabelecer medidas que visem anular ou aniquilar estes direitos já consagrados no texto constitucional (CANOTILHO, 1994). Assim, apesar da liberdade de atuação do legislador em editar atos, este se vê limitado pelo princípio do não retrocesso social que resguarda o núcleo essencial dos direitos sociais. Por isso que este princípio pode ser concebido como um limite à atuação legiferante que possa vir a restringir direitos e garantias fundamentais.

O fundamento do princípio da proibição do retrocesso social está na própria Constituição, que ao assegurar a dignidade da pessoa humana, não admite retrocessos em termos de direitos fundamentais. Assim, no direito brasileiro o texto constitucional, como já mencionado, não tratou explicitamente do princípio da vedação do retrocesso. O autor Felipe Derbli (2007), reconhece a existência deste princípio na Constituição Federal de 1988, pois: (1) a Carta constitucional de 1988 determina a ampliação dos direitos fundamentais sociais (art. 5º, § 2º, e art. 7º, caput), almejando uma redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária, na busca pela justiça social; (2) como a Constituição brasileira adota o caráter dirigente, impõe a realização progressiva dos direitos sociais fundamentais, com vista à máxima efetividade.

Barroso (2001, p. 158-159) adverte que:

> "...por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.

Para mais, o princípio da proibição do retrocesso social guarda estrita relação com o dever de progressividade dos direitos sociais, ou seja, de otimizar a extensão e aplicação destes direitos. O Estado está incumbido de realizar os direitos fundamentais sociais por meio de prestações fáticas ou normativas, de maneira atuante e progressiva.

Em relação ao direito à moradia, o princípio da proibição do retrocesso social possui aplicação primordial para a exigibilidade deste direito:

> Tomando o assim denominado princípio da proibição de retrocesso (que, em princípio, não tem o condão de afastar necessárias e legítimas restrições e adaptações no âmbito da indispensável liberdade de conformação da qual dispõe o legislador numa ordem democrática) num sentido mais amplo do que o convencional, poder-se-á sustentar (embora se cuide de aspecto reconhecidamente controverso) que o direito à moradia (notadamente pela sua estreita vinculação com o direito à vida e a dignidade da pessoa) não mais poderá ser suprimido do texto da Constituição por meio de emenda constitucional, passando a integrar o elenco dos limites materiais (ainda que na condição de limite implícito) da nossa Constituição, nem ser objeto de restrição – igualmente no bojo de uma reforma constitucional - que venha a atingir o núcleo essencial (no mínimo o conteúdo existencial) do direito à moradia, que, de resto – consoante já demonstrado – encontra proteção também em face de eventuais medidas restritivas impostas pelo poder público e no âmbito das relações entre particulares (SARLET, 2010).

No que diz respeito ao direito de habitação, o princípio da proibição do retrocesso social manifesta-se, por exemplo, na não edição de normas que afrontem este direito ou tende a restringi-lo, bem como, a devida prestação do serviço público, entre outras ações que não venham a ensejar um regresso deste direito social. Não são permitidos, a partir do princípio da vedação do retrocesso, atos ou medidas que impliquem em involução, atraso ou anacronismo em relação a este direito que já está salvaguardado no texto constitucional.

Pela dimensão positiva, o Estado deve fazer a vontade da Constituição, procurando sempre dar a máxima efetividade à norma constitucional, isso se dá principalmente na formulação de políticas públicas adequadas, a fim de propiciar moradia digna a todos, principalmente aos menos favorecidos. Por isso que a seguir

será discorrido sobre o controle judicial de políticas públicas, principalmente aquelas ligadas à habitação.

4.6 Poder Judiciário e o controle de políticas públicas: entre o princípio da separação dos poderes

Em princípio, pela estrutura da teoria da separação dos poderes, no qual o Estado brasileiro adota, não cabe ao Poder Judiciário dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas[27], mas mesmo assim a atuação do judiciário tem impacto na realização destas políticas, o que desencadeia uma série de desafios já que extrapola a sua função primordial que é a tarefa jurisdicional.

O autor Andreas Krell argumenta que (1999, p. 162):

> [...] o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com sua grande força simbólica, um efeito paralisante às reinvindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servir ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal. O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de “freios e contrapesos”.

No Brasil principalmente nos últimos tempos, tem se intensificado a atuação política do Poder Judiciário. O Judiciário tem sido acionado constantemente face às omissões do Executivo e do Legislativo para a concretização dos direitos fundamentais sociais, isso é cada vez mais recorrente, atribuindo-se ao Judiciário uma postura cada vez mais “intervencionista”. Neste sentido, o Poder Judiciário tem uma atribuição residual quando o assunto são políticas públicas, devendo fazer, dentro do limite de suas atribuições, possível correções destas políticas.

Um dos impasses no controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário dá-se porque a elaboração e formulação destas políticas tem um caráter eminentemente político. Assim, há necessidade de análise técnica e participação popular, o que não caberia ao Poder Judiciário fazer. Porém, como enfatiza Verbicaro (2008, p. 391) o “protagonismo do Poder Judiciário decorre da própria Carta Constitucional de 1988 que o legitimou a atuar na arena política para a proteção do extenso rol de direitos fundamentais que passaram a receber garantia de proteção jurídica”. Ademais, o autor ainda coloca que a indeterminação de algumas normas

[27] Políticas Públicas são diretrizes, estratégias e medidas que devem ser alcançadas pelo Poder Público afim de realizar os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal.

constitucionais, possibilita que o juiz se desvincule da aplicação estrita da lei (VERBICARO, 2008).

No Brasil, por muito tempo, o Poder Judiciário e a atuação dos tribunais se limitaram a não adentrar em mérito administrativo. A mudança de atuação estatal do Estado Liberal para o Estado Social, e agora para o Estado Democrático de Direito, não cabe mais falar em um Poder Judiciário neutro e longe das ingerências sociais, logo, das políticas estatais. O autor Oswaldo Canela Junior (2009), quando trata do conceito de políticas públicas, coloca-a como toda atividade política exercida pelo Legislativo e pelo Executivo, mas que cabe ao Poder Judiciário analisá-las, a sua constitucionalidade.

Nessa perspectiva, ao atuar na esfera política, o Poder Judiciário contribui para salvaguardar os anseios das minorias que não são atendidas pelas políticas formuladas no âmbito do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Com toda a discussão acerca da possibilidade de o Poder Judiciário fazer ou não controle das políticas públicas, o STF já se manifestou, neste sentido, nas palavras do Min. Celso de Mello, na ADPF Nº 45 MC/DF:

> Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível 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.

Constatou-se que o legislador não é o único incumbido de viabilizar os preceitos constitucionais, também cabe ao Judiciário a tarefa de fazer lograr a Constituição Federal e cumprir as possíveis omissões do Poder Executivo. Essa discussão acontece também em razão da escassa implementação dos direitos fundamentais sociais,

principalmente àqueles que demandam prestações positivas do Estado, ou seja, se concretizam por meio de políticas públicas.

A maioria das demandas que são levadas para o Poder Judiciário em termos de políticas públicas tratam de conflitos que envolvem a implementação de determinada política pública e a escassez orçamentária, adentrando na reserva do possível. Deste modo, o Poder Judiciário já se manifestou no sentido de que a escassez orçamentária, que é expressa a partir da teoria da reserva do possível, por si só, não é argumento sólido para afastar a implementação dos direitos fundamentais sociais, ainda que os recursos públicos sejam limitados, não é vedado ao Poder Judiciário fazer escolhas de alocação de verbas orçamentárias quando para cumprimento dos direitos sociais.

O controle judicial de políticas públicas pelo Poder Judiciário também esbarra no exercício da governabilidade, na questão da democracia participativa. O Poder Legislativo, nesta seara, perde a condição de ser o principal orientador das metas que devem ser alcançadas pelo Estado, descaracterizando a vontade popular. Por sua vez, o Poder Judiciário assume papel cada vez mais ativo, o que de certa forma aumenta os chamados fenômenos da judicialização da política e ativismo judicial[28].

No contexto do direito à moradia, por ser um dos bens mais essenciais da vida humana, quando desrespeitado ou não ofertado, também é levado à apreciação judicial, e o Poder Judiciário torna-se o ente responsável por definir quais as devidas prestações dos serviços de moradia. Dois são os principais impasses que são levados à apreciação judicial: alocação de recursos e inclusão em programas e políticas habitacionais. A jurisprudência a seguir, demonstra esta afirmação:

> ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. POLÍTICAS PÚBLICAS. DIREITO À MORADIA. AQUISIÇÃO DE UNIDADE HABITACIONAL. MORADOR DE RUA. 1. Impossível concluir, em juízo de cognição sumária, pela existência de omissão estatal injustificada do Estado a causar violação ao direito fundamental de moradia dos agravantes. 2. As escolhas feitas pelo Gestor Público, quanto à alocação de recursos, frente à temática da situação de rua, envolvem muito mais elementos do que aqueles suscitados por meio da presente ação, não sendo possível vislumbrar a invocada ineficiência estatal na tratativa do tema. 3. Imprescindível também pensar sobre as consequências que essa proteção por meio de Juízo sumário operaria em face de outros sujeitos – que, eventualmente, não são de rua, mas também vivem em condições de miserabilidade. 4. Mantida a decisão agravada. (TRF-4 – AG: 50666015520174040000050666601-55.2017.4.04.0000, Relator: Luís Alberto D' AZEVEDO AURVALLE, Data de Julgamento: 16/05/2018, QUARTA TURMA).

[28] Judicialização da política e ativismo judicial apesar de serem termos correlatos, não se confundem. A judicialização acontece quando algumas questões de âmbito político e social são levadas ao Poder Judiciário. Já o ativismo judicial se manifesta quando o Poder Judiciário toma atitudes mais proativas, que interfere em questões sociais e que não estariam no âmbito de suas funções.

Trata-se de um recurso de agravo de instrumento que foi interposto contra decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência em ação movida por um casal, em situação de moradores de rua, que requeriam em sede de liminar a determinação que a União disponibilizasse o valor de R$ 125.000,000 (cento e vinte cinco mil reais), com base na tabela da Portaria n. 267/17 do extinto Ministério das Cidades, para o fim específico da aquisição de unidade habitacional ou a permissão de aplicar o referido valor em algum fundo financeiro no intuito de rendimento mensal para custeio de moradia até o julgamento definitivo da ação. Caso a demanda não fosse atendida, solicitou-se que o casal obtivesse vaga em serviço de acolhimento, ou em caso de inexistência de vagas, que a União, em solidariedade com os demais entes, disponibilizasse mensalmente o montante de R$ 1.000,00 (mil reais) ao órgão de assistência local para provimento de moradia.

Para a análise do comportamento do Poder Judiciário em face de políticas públicas habitacionais, chama-se atenção para o fato, na jurisprudência acima, que o relator do caso, ao analisar o pedido, de plano indefere o pedido de liminar ao afirmar que “não é possível concluir, em um juízo de cognição sumária, pela existência de omissão estatal injustificada do Estado a causar violação ao direito fundamental de moradia dos autores (TRF4, 2018).”

No que tange a inclusão do casal no Programa Minha Casa, Minha Vida, o relator é categórico ao dizer que apesar de serem prioridades, por estarem em situação de moradores de rua, face à vulnerabilidade social, ressalta que há milhares de pessoas na mesma situação do casal e que não cabe ao Poder Judiciário determinar que sejam beneficiadas umas em detrimento das outras (TRF4, 2018); ademais, o relator coloca que o procedimento judicial é inadequado para tratar sobre o tema complexo que é o estabelecimento de políticas públicas de acesso à moradia, porque perpassa outros temas, como a condição de miserabilidade que parcela acentuada da população vive no Brasil.

O relator ainda afirma que o processo judicial é estreito demais para a discussão de implementação e acesso ao direito à moradia e que a situação, por envolver outros temas, é de caráter político, cabendo ao Poder Executivo e Legislativo assim discutirem acerca de políticas públicas habitacionais.

Com isso, pode-se perceber que o controle judicial de políticas públicas se constituiu no Brasil principalmente a partir da Constituição Federal de 1988 que

ordenou uma nova postura ao Poder Judiciário, mais atuante na concretização dos direitos fundamentais sociais. Há várias críticas com relação a essa atuação, a mais forte é a de que estaria ferindo o princípio da separação dos poderes, por não ser considerado um poder que expressa a vontade popular, diferente do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

No que cabe ao direito à moradia, o Poder Judiciário mostra-se cauteloso ao analisar políticas públicas habitacionais, principalmente porque o tema é complexo e demanda uma análise minuciosa desde a questão orçamentária, os requisitos para participar de determinado programa habitacional e a insuficiência da prestação estatal em cada caso, por isso que na maioria das vezes, o tema não deve e nem pode se esgotar somente na seara judicial, já que envolve uma série de articulações que não cabe somente a este Poder.

Contudo, buscando dar efetividade as decisões judiciais que tratam acerca do direito à moradia, cabe mencionar as decisões estruturantes como forma de dar promoção as políticas públicas quando analisadas pelo Poder Judiciário. Segundo Arenhart (2013), as decisões estruturantes são importantes, à medida que, apontam diretrizes básicas que devem ser buscadas pelas partes processuais, visando um decisão judicial capaz de ser concretizada.

4.7 Discutindo sobre a omissão estatal e a responsabilidade do Estado Brasileiro na materialização do direito social à moradia

Como afirma Marcelo Neves (1994), o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada, por isso a responsabilidade estatal aumenta para que se efetive a prestação de serviços públicos, delineada na Constituição Federal de 1988. Ocorre que, os direitos fundamentais sociais como o direito à habitação, contêm estrutura diferente da estrutura dos direitos fundamentais clássicos. Estes últimos diferenciam-se das normas que vinculam o poder estatal, principalmente porque os primeiros instituem objetivos, prestações e tarefas dirigidas à atuação do Poder Público. Isso assenta na discussão da responsabilidade do Estado frente a implementação dos direitos fundamentais sociais.

O direito à moradia, integrante da categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, enseja, como já mencionado na pesquisa, uma ação positiva do Estado que deve para isso, implementar políticas públicas que visem assegurar este direito a

todos, por meio de medidas e ações com este fim, no caso, por meio de política pública urbana e habitacional. Mesmo a maioria dos direitos sociais têm abrangência de norma de caráter programático, mas como alerta Canotilho (1989, p. 132):

> [...] devido a essa ruptura à doutrina clássica, pode e deve-se dizer que hoje não há normas constitucionais programáticas. É claro que continuam a existir normas-fim, normas-tarefa, normas-programa que impõe uma atividade e dirigem materialmente a concretização constitucional. Mas o sentido destas normas não é o que lhes assinalava tradicionalmente a doutrina: simples programas, extorsões morais, declarações, sentenças políticas, aforismos políticos, promessas, apelos ao legislador, programas futuros, juridicamente desprovidos de qualquer vinculatividade. Às normas programáticas é reconhecido um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Mais do que isso: a eventual mediação da instância legiferante na concretização das normas programáticas não significa a dependência deste tipo de normas da *interposio* do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes.

Assim, cabe ao Estado concretizar as normas programáticas preconizadas através dos direitos sociais. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no âmbito do sistema de proteção internacional dos Direitos Humanos, no qual o Brasil é signatário, em seu art. 2º, item 1, coloca que o Estado comprometeu-se a adotar medidas, tanto por esforço como pela assistência e cooperação internacional, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar progressivamente, por todos os meios apropriados, os direitos conferidos no Pacto, no qual está o direito à moradia, por isso que

> Como resultante de as normas definidoras do direito à moradia terem aplicação imediata, estas têm eficácia plena. Isto é, de imediato 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. Essa obrigação não significa de forma alguma prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim de constituir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não tem acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitalidade e de vida (SAULE JÚNIOR, 1997, p. 71).

As políticas públicas envolvem um conjunto de medidas. Uma política habitacional ou que oferte o acesso à moradia, envolve a elaboração de leis programáticas, definição de planos diretores de cidades, zoneamento, a definição de estruturação de órgãos e procedimentos com o fim de alcançar o estabelecimento da política e seu alcance.

A Constituição Federal de 1988, no art. 21, XX, determina que compete privativamente a União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, incluindo habitação, saneamento básico e transporte urbano. Nesta perspectiva, cabe a União instituir as diretrizes primordiais para a definição da política urbana com a colaboração dos demais entes federados. Como exemplo, definir critérios objetivos para a aplicação e destinação dos recursos do sistema financeiro de habitação (SAULE JÚNIOR, 1997).

Cabe aos três entes, nos termos do art. 23, inc. IX, da Constituição Federal, promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Essa norma emite a obrigação dos entes federativos de atender os grupos sociais marginalizados e excluídos do mercado imobiliário, mediante a realização de programas de habitação de interesse social (SAULE JÚNIOR, 1997), trata-se de uma competência comum entre União, Estado e Municípios.

Apesar das normas constitucionais instituírem o dever do Estado de colocar em prática políticas públicas habitacionais, ainda é preocupante os problemas com relação ao acesso à moradia no Brasil, principalmente no que toca a omissão estatal frente a este problema. No Brasil um dos principais problemas da falta de moradia é o número crescente da população de rua. Os autores Vieira, Bezerra e Rosa (1994, p. 93-95), identificam três situações em relação à permanência na rua:

- As pessoas que ficam na rua – configuram uma situação circunstancial que reflete a precariedade da vida, pelo desemprego ou por estarem chegando na cidade em busca de emprego, de tratamento de saúde ou de parentes. Nesses casos, em razão do medo da violência e da própria condição vulnerável em que se encontram, costumam passar a noite em rodoviárias, albergues, ou locais públicos de movimento.
- As pessoas que estão na rua – são aquelas que já não consideram a rua tão ameaçadora e, em razão disso, passam a estabelecer relações com as pessoas que vivem na ou da rua, assumindo como estratégia de sobrevivência a realização de pequenas tarefas com algum rendimento. É o caso dos guardadores de carro, descarregadores de carga, catadores de papéis ou latinhas.
- As pessoas que são da rua – são aqueles que já estão faz um bom tempo na rua e, em função disso, foram sofrendo um processo de debilitação física e mental, especialmente pelo uso do álcool e das drogas, pela alimentação deficitária, pela exposição e pela vulnerabilidade à violência.

Os três segmentos refletem a problemática que é histórica no país, e que demonstra o desinteresse do Estado pelas pessoas em situação de rua, que na maioria das vezes são vítimas desta negligência. A população de rua, além de não ter o acesso à moradia, sofre com medidas e ações dos entes públicos que visam o processo de higienização social das cidades. Em resumo, este processo se verifica quando há medidas e ações que buscam revitalizar os grandes centros urbanos, que resulta na

exclusão da população pobre destes lugares, como reintegração de prédios, ações de fiscalização de comerciantes informais, no intuito de “embelezar” os centros.

Ao passo que o Brasil possui uma crescente população de rua, o número de imóveis vagos é alto, tornando-se um paradoxo. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (Pnad) é de 6,07 milhões o número de domicílios vagos no Brasil. O número inclui unidades em construção e cabe ressaltar que o estudo não considera a habitalidade imediata nestes imóveis. O Estado, por sua vez, mostra-se inerte na tentativa de realizar medidas para a reocupação destas moradias.

Apesar da problemática, um dos principais instrumentos desenvolvidos foi o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) Progressivo. A finalidade deste imposto é justamente a promoção da ordenação territorial e do desenvolvimento urbano, sendo utilizado para “evitar a ociosidade da terra urbanizada, recuperar as mais valias produzidas por investimentos públicos, mitigar a informalidade, legitimar a posse quando viável e universalizar a provisão de recursos públicos” (CESARE, p. 18, 2015). Neste contexto, uma das principais funções do IPTU progressivo é a extrafiscalidade, de tornar onerosa a moradia ociosa, buscando a realização da função social da propriedade.

Desse modo, quando o Brasil optou com ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, comprometeu-se a adotar medidas para assegurar progressivamente, até o máximo de seus recursos, o direito social à moradia. A partir disso, o autor Nelson Saule Júnior (1997, p. 71) elenca algumas medidas que são de responsabilidade do Estado brasileiro, visando a progressiva implementação do direito à moradia, são elas:

- adoção de instrumentos financeiros, legais, administrativos para a promoção de uma política habitacional;
- a constituição de um sistema nacional de habitação descentralizado, com mecanismos de participação popular;
- revisão de legislações e instrumentos de modo a eliminar normas que acarretem algum tipo de restrição e discriminação sobre o exercício do direito à moradia;
- a destinação de recursos para a promoção da política habitacional;

Neste sentido, a obrigação do Estado brasileiro não está em garantir, de forma individual, moradia a todos, mas sim de garantir meios e ações para propiciar políticas públicas para este fim. Principalmente destinando recursos financeiros para a promoção da política habitacional, garantir o direito de acesso à justiça destinados à proteção do direito à moradia e a participação popular na formulação das políticas habitacionais.

Portanto, neste último capítulo buscamos analisar de forma minuciosa os desafios que colaboram por afirmar que o direito à moradia não se trata de um direito exequível. De pronto, foi necessário apresentar a teoria da Constituição Dirigente, importante ponto de partida para compreender a institucionalização das normas programáticas no texto constitucional de 1988, que influem na aplicabilidade dos direitos sociais, precipuamente no direito social à moradia. Pode-se perceber que a moradia apesar de ser considerada um direito social por excelência, envolve uma gama de bens e componentes jurídicos, que se não concretizados simultaneamente, não alcançam o fim que o direito deseja para ser implementado.

A escassa concretização do direito de habitação pode ser vislumbrada com o déficit habitacional que é cada vez crescente no Brasil que hoje já alcança números alarmantes como se constatou em dois dos principais componentes do cálculo: coabitação familiar e ônus excessivo com aluguel. Nesse cenário, quando se analisou as políticas públicas implementadas no Brasil, a maior parte delas ainda concede ao setor privado grande protagonismo, principalmente através de financiamentos.

Sendo assim, os desafios que foram trazidos neste último capítulo da pesquisa referem-se à dinâmica jurídica para a concretização do direito à moradia, mas não se deve excluir a análise de outros campos que interferem na concretização dos direitos fundamentais, como o campo econômico e o sociológico. Porém, cabe ressaltar que o Estado tem a incumbência de instituir medidas e ações com a observância e o dever de progressividade em relação ao direito social à moradia.

5 Considerações Finais

As discussões que envolvem a exigibilidade dos direitos sociais são imprescindíveis para o desenvolvimento acerca da efetividade desta categoria de direitos. A Constituição Federal ao assegurar a dignidade como valor supremo e o Estado Democrático de Direito como pilar do sistema institucional brasileiro, colocou os direitos fundamentais sociais em situação privilegiada constitucionalmente, de modo que, estes direitos além de serem garantidos pelo Estado, devem ser fomentados por políticas públicas com este fim.

Neste contexto, a presente pesquisa se ateve a estudar alguns desafios em relação à exigibilidade dos direitos sociais, de forma pormenorizada, se restringiu a trazer ponderações acerca da justiciabilidade do direito social à moradia. Vale ressaltar que a escolha pelo direito à moradia se deve ao fato de que a moradia é desde os tempos mais remotos uma necessidade humana que serve de proteção, abrigo e privacidade, além mais, o próprio direito à moradia envolve uma gama de outros bens jurídicos que necessitam concomitantemente serem efetivados para concretizar o direito de moradia.

O trabalho foi dividido em três capítulos que se consubstanciam com os três objetivos que permeiam a pesquisa. No primeiro capítulo buscou-se compreender a construção jurídica do direito à moradia, apresentou-se o conceito de moradia, a importância e os principais documentos jurídicos que tratam sobre este direito. Neste primeiro capítulo verificou que dentre os bens mais essenciais para a manutenção de uma vida digna, a moradia encontra-se entre os primeiros, por toda a relevância, necessitou de tutela jurídica. Constatou-se que os primeiros documentos jurídicos que resguardaram o direito à moradia, principalmente os de ordem internacional, tal como a Declaração Universal de Direitos Humanos não se dedicaram a especificar e delimitar o conteúdo deste direito, porém cabe destacar que o Comentário Geral nº. 4 da

Organização das Nações Unidas foi de extrema importância para especificar o que seria e o que abrangeria (os componentes) do direito social à moradia.

Ainda analisando o primeiro capítulo desta dissertação, é necessário colocar que no Brasil a moradia foi incluída de forma tardia no rol dos direitos sociais, somente nos anos 2000, por meio de emenda constitucional que de forma expressa foi colocada neste rol. Mesmo que implicitamente o direito à moradia já estivesse incluído entre os objetivos do Estado brasileiro, constar no rol dos direitos sociais propiciou, hermeneuticamente falando, segurança jurídica e força jurídica para este direito.

No segundo capítulo da pesquisa, optou-se por expor a questionável justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nessa conjuntura, aferiu-se que a categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais possui descrédito jurídico se comparada com os direitos civis e políticos, não somente pela questão da diferença entre direitos plenamente autoaplicáveis ou não. Na própria lógica da historicidade de implementação de cada categoria, é possível notar a diferença em relação ao tratamento jurídico dado aos direitos civis e políticos, que os colocam como superiores aos direitos econômicos, sociais e culturais, como o fato do PIDESC não contar, a priori, com sistema de monitoramento, ao contrário dos direitos civis e políticos que de antemão, já continham esta possibilidade.

Ainda em relação ao segundo capítulo, foi identificado que a ausência de um sistema de indicadores dificulta a sistematização e a operacionalização das obrigações mínimas que devem ser garantida. Cabe ressaltar que o principal aporte teórico desta segunda parte do trabalho, os autores argentinos Victor Abramovich e Christian Courtis, ao apresentarem os argumentos contrários a exigibilidade dos direitos sociais, propuseram excelentes reflexões que serviram de embasamento para o estudo da segunda dimensão de direitos.

No último capítulo desta dissertação, discorreu-se sobre os desafios relativos à exigibilidade do direito de moradia. Um dos pontos mais importantes neste terceiro capitulo foi analisar a construção da teoria da constituição dirigente difundida no texto constitucional brasileiro. Principalmente porque foi a partir desta concepção de dirigismo constitucional que surgiram às normas programáticas, que dependem de intervenção legislativa para surtirem efeitos jurídicos, no qual, os direitos sociais, principalmente o direito social à moradia fazem parte.

Antes de analisarmos somente a norma jurídica que assegura o direito à moradia, não se pode esquecer que a falta de moradia é um problema social de ordem

mundial, no Brasil, milhões de pessoas não possuem acesso a este direito básico ou quando possuem, o local não possui condições mínimas de habitalidade. Os números do deficit habitacional não deixam dúvidas que um dos problemas mais graves ocasionados pela exclusão social é a falta de habitação, porém como pode-se observar na análise do déficit, o ônus excessivo com aluguel e a coabitação familiar demonstram a mudança da conjuntura que impedem a eficácia na concretização do direito à moradia.

Como direito prestacional que é, o direito social à moradia é implementado por meio de políticas públicas. No terceiro capítulo explorando o histórico de políticas públicas dedicadas a área da habitação, o que mais se notou foi a descontinuidade das políticas públicas e a maioria voltada para a financeirização do setor imobiliário.

Ainda no que diz respeito ao último capítulo da dissertação, em relação aos desafios atribuídos para não considerar o direito à moradia um direito exigível, pode-se constatar, principalmente quando se fez a análise com outros direitos sociais como a educação e a saúde, que o direito de moradia possui uma deficiência normativa, principalmente no que diz respeito a delimitação do seu conteúdo e o alcance da obrigação estatal.

Em virtude do que foi levantado durante a análise dos três capítulos que compuseram a dissertação, várias conclusões foram alcançadas. Primeiramente, antes de se falar de direito à moradia, é necessário pensar em concretizar primeiramente o chamado direito à cidade. O direito à cidade não foi tratado ao longo da pesquisa pela questão da delimitação do assunto, porém, a concretização do direito à moradia, por si só, não é capaz de gerenciar uma população de maioria urbana, que necessita de serviços públicos urbanos, como mobilidade/ transporte e saneamento básico. Nesta linha, a ampliação do acesso ao direito à moradia se vê condicionada também a uma melhor gestão urbana, com políticas que ensejam planejamento urbano, instrumentos democráticos de acesso à terra e legislação suficiente para assegurar melhor a distribuição do espaço urbano.

Outro importante ponto que foi averiguado ao longo deste trabalho diz respeito as políticas habitacionais no Brasil. Apesar destas terem o impulso de vários movimentos sociais para se constituírem, houve presença marcante da questão da especulação imobiliária e do setor privado, o que torna necessário repensar o papel dos movimentos sociais em prol de moradia digna e adequada.

Nas questões jurídicas em torno da exigibilidade do direito à moradia, verificou que a interdependência entre moradia e outros bens jurídicos que são necessários para a manutenção da vida humana, tal como saúde e liberdade coloca que o direito à moradia não se resolve somente com a produção de unidades habitacionais, mas sim com moradias em locais de boa infraestrutura que assegurem o feixe de bens jurídicos que estão incluídos no direito à moradia.

Ademais, é necessário desvincular o direito à moradia do direito de propriedade. A maioria das políticas habitacionais brasileiras, como foi estudado neste trabalho, privilegia o direito de propriedade e não, propriamente, o direito à moradia. Para que o direito à moradia seja realmente realizado é necessário muito mais do que ter o poder jurídico de usar, gozar e dispor de um determinado local, como se predispõe o direito de propriedade. O direito à moradia além de envolver o direito de propriedade, também envolve uma gama de outros fatores para ser realizável, como segurança legal da posse, custo acessível e habitalidade para que a segurança física de seus moradores seja garantida. Assim, percebeu-se que é necessário se pensar em políticas públicas também desvinculadas do direito de propriedade, um exemplo é a política do aluguel social, implementada já em alguns municípios brasileiros.

Quanto à reserva do possível, esta influi diretamente na efetividade do direito à moradia, principalmente porque ela é invocada sob o argumento do direito à moradia ser considerado norma programática. Não se nega que o Estado possui uma limitação orçamentária e que deve sim, realizar direitos à medida de seu orçamento. Porém, verificou-se ao longo da pesquisa que o direito à moradia na maioria das vezes não é prioridade entre as escolhas do poder público.

Transcorrido estas primeiras considerações, respondendo a questão primordial deste trabalho, se o direito social à moradia seria ou não exigível, verificou-se que a exigibilidade deste direito somente acontece quando diz respeito ao seu conteúdo essencial, que torna este direito imediato e plenamente exigível. A dificuldade, todavia, reside em saber qual é o conteúdo mínimo que deve ser garantido em termos de direito à moradia. Por isso que a interferência legislativa neste caso é necessária, para precisar este conteúdo. Verificou-se também que a exigibilidade do direito à moradia só aparece, em regra, quando está fundada na garantia do mínimo existencial, o que coloca as exigências deste direito em uma seara restrita demais e impacta na sua eficácia jurídica.

Por fim, cabe esclarecer, que as hipóteses levantadas no trabalho, principalmente a de que o direito à moradia não constitui direito subjetivo e sim, é um direito que deve ser concretizado por meio de políticas públicas se confirma. Além disso, a exigibilidade do direito social à moradia não está condicionada somente a um menor grau de eficácia da respectiva norma garantidora, ao contrário, é resultado de uma série de outros fatores que não são jurídicos, como exclusão social, econômica, má gestão ambiental, falta de oportunidade de empregos e violência e de uma efetiva política de Estado.

Referências

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

ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria Brasileira dos Direitos Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1998.

ARCARI, Valério. Quando o futuro era agora: trinta anos da revolução portuguesa. **Revista Outubro**, n. 11, São Paulo: Xamã, 2004, p. 71-92.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro, Documentário, 1979.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturantes no direito processual civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v.38, n.225, p.401,nov.2013.

BACHELARD, G. **A poética do espaço.** Martins Fontes: São Paulo, 1998.

BALBIM, Renato. Direito à Cidade, participação local e relações internacionais in Marx, Vanessa e Costa, Marco Aurélio (Org.) **Participação, Conflitos e Intervenções Urbanas: contribuições à Habitat III.** Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, n. 3, jul./set. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade das normas.** 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

_____.**Interpretação e Aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Minas Gerais, v. 15, p. 13-38, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** São Paulo: Saraiva, 1963.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, p 35-51, abr/jun 1999.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos.** trad. Carlos Nelson Coutinho. Campus: Rio de Janeiro, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

BONDUKI, Nabil; LEITE, Maria J. B. Habitação Popular in MONTEZUMA, Roberto (org). **Arquitetura Brasil 500 anos**. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, pp. 22-120, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 8. Ed. Sã Paulo: Saraiva, 2014.

BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império.** Brasília: Senado Federal, 1978.

BRANDÂO, D. Q.; HEINECK, L. F. M. Significado multidimensional e dinâmico do morar: compreendendo as modificações na fase de uso e propondo flexibilidade nas habitações sociais. **Ambiente Construído**, Porto Alegre, v.3, n.4, p.35-48, out./dez. 2003.

CALDAS, Eduardo de Lima. **Apresentação e acompanhamento do orçamento público no município de São Paulo no período recente.** São Paulo: Instituto Pólis: PUC-SP, 2002.

CAMARENA, Carlos Salvador Rodríguez. La exigibilidade de los derechos sociales a partir de su estructura. **Rev. Ciência Jurídica**, Vol.3, Núm. 6, 2014.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. **A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição.** Inédito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador.** 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANUTO, Elza Maria Alves. **Direito à moradia urbana: aspectos da dignidade da pessoa humana.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A interação entre direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, n. 182, jul./dez. 1993. p. 27-54.

CASTRO, Karina Brandão. O papel do orçamento na efetivação dos direitos sociais. **Rev. SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, 2014, p. 131-148.

Cesare, C. M., Fernandes, C. E. C., & Baima, C. Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana**: Caderno Técnico de Regulamentação e Implementação.** Brasília: Ministério das Cidades, 2015.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos da Teoria da Constituição e de Interpretação Constitucional. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2005.

CORDEIRO, Karina da Silva. **Direitos Fundamentais Sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial – o papel do poder judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

COUTO, Mônica Bonetti. **Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** São Paulo: Ed. Clássica, 2013.

CHAUI, M. S. Cultura e Democracia. In: Crítica y Emancipación. **Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales**, Buenos Aires, v. 1, 2008. p. 53-76.

DAMIANO, Henrique. O estado social e o reconhecimento dos direitos sociais. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, SP, n. 27, p. 19-35, jul./dez. 2005.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DONEDA, Danilo. **Considerações iniciais sobre os bancos de dados informatizados e o direito à privacidade.** 2000. Disponível em:

http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8196-8195-1-PB.htm. Acesso em: 13 de maio de 2019.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em perspectiva**, v.18, p.113-118, 2004.

DRAIBE, S. M. O *Welfare State* no Brasil: características e perspectivas. **Cadernos de Pesquisa NEPP Unicamp**. Campinas, 1993. (Caderno nº8).

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. **Revista USP.** São Paulo, n. 21, 1994, p. 47- 57.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FONTANELLA, Gabriela Soutier. **O direito fundamental à moradia e os despejos forçados.** Monografia- Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. Paraná, 2015.

FORTUNA, Juliana. **O conceito de acessibilidade e suas relações com educação e cidadania.** Criciúma: Ed. Do Autor, 2009. Disponível em: http://capes.gov.br/servicos/banco-de-teses. Acesso em: 21 de agosto de 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Análise das Necessidades Habitacionais e suas Tendências para os Próximos Dez Anos.** São Paulo, 2017.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estudos Políticos e Sociais. **Déficit habitacional no Brasil**. Convênio PNUD/Secretaria de Política Urbana (Ministério do Planejamento), Belo Horizonte, 2015.

FREIRE JÚNIOR, A. B. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

FREUD, S. (1976). Três Ensaios Sobre Sexualidade. In: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Edição standard brasileira (Vol. VII).** Rio De Janeiro: Imago. (Trabalho original publicado em 1905).

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Fábio Guedes. Conflito social e *welfare state*: Estado e desenvolvimento social no Brasil. **RAP**, Rio de Janeiro 40(2):201-36, Mar./Abr. 2006.

GOMES, Francisco Donizete. **Direito Fundamental Social à Moradia: Legislação Internacional, Estrutura Constitucional e Plano Infraconstitucional.** Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?. In: **Era das transições**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HERRERA FLORES, Joaquim. **De habitaciones propias y otros espacios negados.** Bilbao, Universidad de Deusto, 2005.

_____. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Tradução de Carol Proner. Em: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2004, p. 359-385.

KRELL, Andréas J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. **Revista Direitos e Deveres**, nº 5, p. 133-171, 1999.

KOWARICK, Lúcio. **Escritos urbanos. Fotografias: Tomás Rezende.** São Paulo: Ed.34, 2000.

LAVALLE, Adrián Gurza. Cidadania, igualdade e diferença. **Lua Nova**, São Paulo, n. 59, p. 75-93, 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452003000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em 09 de agosto de 2019.

LEFEBVRE, H. Préface. In: RAYMOND, H.; HAUMONT, N. et al. **L'habitatpavillonnaire.** Paris, ISU/Centre de Recherches d'Urbanisme, 1966.

LIMA FILHO, Francisco C. Garantia constitucional dos direitos sociais e a sua concretização jurisdicional. **Revista do TRT da 24ª Região**, n.11, 2006, p. 19-54.

LOPES, Roberta Castilho Andrade. **A construção do direito à moradia no Brasil: da formação da norma à judicialização no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. 2014. Tese (Doutorado em Habitat) - Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

LOURENÇO, Paulo B.; BRANCO, Jorge M. ***Dos abrigos da pré-história aos edifícios*** de ***madeira do século XXI***. CITCEM. Dept. Engenharia Civil, Universidade do Minho, Guimarães, 2012. p.201-213. Disponível em: http://hdl.handle.net/1822/26503. Acesso em: 08 de mai. de 2019.

MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público.** Belo Horizonte, n. 1, abr./jun. 2003.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Rev Saúde Pública**, 2007.

MARSHALL, T.H. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI*. Un desafío clave para el derecho y la justicia. Madrid: Dykinson, 2010. p. 30.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Curso de Direitos Humanos.** 5ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo I. 4ª Ed, Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

MOREIRA, Nelson Camatta. Constitucionalismo Dirigente no Brasil: em busca das promessas descumpridas. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 87-128, jul./dez., 2008.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973.

MOURA. Alessandro de. **Quilombolas e favelas:** negação e reafirmação das condições da população negra no Brasil. Marília. Unesp, 2006. Disponível em: www.unesp.edu.br.

MOURA, Clóvis**. História do Negro Brasileiro.** São Paulo: Editora Àtica S.A, 1989.

MOTTA, Luana Dias. **A questão da habitação no Brasil: políticas públicas, conflitos urbanos e o direito à cidade.** UFMG, 2010. Disponível em: http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/geral/anexos/txt_analitico/MOTTA_Luana_-_A_questao_da_habitacao_no_Brasil.pdf. Acesso em 02 de janeiro de 2020.

NASCIMENTO, Rafael. O princípio da proporcionalidade como via de aferição do retrocesso social. **Revista Petardo**, Anuário PET. Santa Catarina: Fundação Boiteux, 2006.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito fundamental à moradia.** São Paulo: Editora Pillares, 2008.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível.** Curitiba: Juruá, 2008.

PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZAROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Orgs.). **Constituição e Estado social: Os obstáculos à concretização da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008.

PEIXOTO, MMF. Do constitucionalismo social ao desconstitucionalismo neoliberal: uma análise da historicidade do movimento constitucional no início do século XXI sob uma perspectiva da reconstrução fraternal do humanismo. **Amicus Curiae**, V.8, N.8, 2011.

PERES, José Augusto. **O Direito Educacional,** de suas origens remotas a uma tentativa de sistematização. Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, Faculdad de Pedagogia, 1987.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Housing and property restitution in the context of the return of refugees and internally displaced persons: fnal report of the Special Rapporteur.** New York: United Nations Economic and Social Council, 2005. Disponível em: http://www.unhcr.org/50f94d849.pdf, acesso em 22 de agosto de 2019.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 13.ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PISARELLO, Gerardo. **Vivienda para todos: um derecho en (de) construción, el derecho a una vivienda digna y adequada como derecho exigibile.** Barcelona: Içaria, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentário à Constituição de 1967.** São Paulo: Editora RT, 1972.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 1ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos.** Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RUBIN, Graziela Rossatto; BOLFE, Sandra Ana. O desenvolvimento da habitação social no Brasil. **Revista do Centro de Ciências Naturais e Exatas – UFSM**, Santa Maria, v. 36 n. 2 mai-ago. 2014, p. 201–213. Disponível em: http://oaji.net/articles/2017/1602-1487076445.pdf. Acesso em: 08 de mai. de 2019.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e Justiça: a política social na ordem brasileira.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1979.

SARAI, Leandro. Efetividade do direito à educação na Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à Luz da Jurimetria. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 17(32): 151-178, jan.-jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. 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, nº. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLE . Acesso em: 15 de dezembro de 2019.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. In: **Revista brasileira de Estudos Constitucionais** – RBEC, n.º 8, ano 2, Belo Horizonte, out/dez 2008.

_____. Um dossiê sobre taxonomia das gerações de direitos. **Revista Estudos Institucionais,** Vol. 2, 2, 2016, p.499-516.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos Sociais:** Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008.

_____. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, vol. 08, nº 4. ISSN 2317-7721 pp. 1644- 1689, 2016.

SAULE JÚNIOR, Nelson. O direito à moradia como responsabilidade do estado brasileiro. **Cadernos de Pesquisa**, nº7, São Paulo, 1997.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento.** Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, Fernanda Xavier da. As Constituições da era Vargas: uma abordagem à luz do pensamento autoritário dos anos 30. **Política & Sociedade: revista de sociologia política**, Florianópolis, v. 9, n. 17, p. 259- 288, out. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 212, p. 89-94, 1988.

_____. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Direito constitucional positivo.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Adriana Dragone. A exigibilidade do direito à educação básica pelo Sistema de Justiça: uma análise da produção brasileira do conhecimento, **RBPAE** – v.24, n.3, p. 537-555, set./dez, 2008.

SOHN, Louis B.; BUERGENTHAL, Thomas. **International protection of human rights.** Indianopolis, Bobbs-Merrill, 1973.

SOUZA, Gustavo de Oliveira Coelho de. Cidade, Meio ambiente e Modernidade. In: SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão (Org.). *Urbanização e cidades*: perspectivas geográficas. Presidente Prudente: Unesp; FCT; GasPerr, 2002.

SCHOLZE, Victor. Emprego da teoria da constituição dirigente adequada à realidade brasileira. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4129, 21 out. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/30277. Acesso em: 12 dez. 2019.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos, reserva do possível**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SPINOSA, Vanessa. **Pela Navalha: Cotidiano, moradia e intimidade (Belém 1930).** 2005. Dissertação (Mestrado em história social) - Programa de pós-graduação em história social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC), São Paulo.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TELLES JR., Goffredo**. Iniciação na ciência do direito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-2

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário.** 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TJ-SP, APELAÇÃO: 10463594120148260053 SP 1046359 – 41.2014.8.26. 0053, Relator: Camargo Pereira,DJ: 12/03/2019, 3ª Câmara de Direito Público**, JusBrasil**, 2019. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685081025/apelacao-apl-10463594120148260053-sp-1046359-4120148260053/inteiro-teor-685081044. Acesso em dezembro de 2019.

TJ- RJ, APELAÇÃO: 00053628120118190037, Relator: CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA, Rio de Janeiro, Nova Friburgo, 3ª Vara Cível, DJ 22/11/2012, **JusBrasil**, 2012. Disponível em: https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386907105/apelacao-apl-53628120118190037-rio-de-janeiro-nova-friburgo-3-vara-civel?ref=serp. Acesso em dezembro de 2019.

TJ-RS, APELAÇÃO CÍVEL: 70079893475, Sétima Câmara cível, , Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em 27/03/2019, **JusBrasil**, 2019. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/695766896/apelacao-civel-ac-70079893475-rs?ref=serp. Acesso em dezembro de 2019.

TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO: 50666015520174040000005066601-55.2017.4.04.0000, Relator: Luís Alberto D' AZEVEDO AURVALLE, DJ: 16/05/2018, **JusBrasil**, 2018. Disponível em: https://trf-

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583060637/agravo-de-instrumento-ag-50666015520174040000-5066601-5520174040000. Acesso em dezembro de 2019.

VIEIRA, M. da C.; BEZERRA, E. M. R.; ROSA, C. M. M. (Orgs.). **População de rua: quem é? Como vive? Como é vista?**, São Paulo: Hucitec, 1994.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, p. 389-406, jul./dez. 2008. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a03v4n2. Acesso em: dezembro de 2019.

WERNER, P. O direito social e o direito público subjetivo à saúde: o desafio de compreender um direito com duas faces . **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 92-131, 1 jul. 2008.

YAZBEK. M. C. Pobreza no Brasil contemporâneo e formas de seu enfrentamento. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo: Cortez, n. 110, p.288-322, 2002. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010166282012000200005&lng=pt&nrm=iso>.Acesso em: 13 de agosto de 2019.