



O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E A EXISTÊNCIA EFETIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING UNDER THE RESERVE OF POSSIBILITY

Josué Mastrodi

Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho (2003). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1994). Professor-pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Professor da disciplina Direito Administrativo do curso de graduação em Direito. Atualmente em pesquisa sobre Direitos Fundamentais e Políticas de Integração Social. Atua nas seguintes áreas: Filosofia do Direito, Teoria dos Direitos Fundamentais, Eficácia de Direitos Sociais e Constitucionalidade de Políticas Públicas. E-mail: mastrodi@puc-campinas.edu.br

Mariane Dantas Rosmaninho

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. E-mail: mrosmaninho@trt15.jus.br

Resumo

Buscamos demonstrar, em termos lógico-analíticos, e exclusivamente a partir dos textos normativos que compõem o sistema de direito positivo brasileiro, que o direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição Federal brasileira, deve ser interpretado como *direito à moradia adequada*, nos termos do artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226/1991 e ratificado pelo Decreto Executivo nº 591/1992, e que esse conteúdo normativo gera ao Estado o *dever de garantir a todos os cidadãos o exercício desse direito social*. Ainda que o direito à moradia tenha caráter fundamental e deva ser compreendido além do mínimo existencial, nos termos do que se convencionou denominar de moradia adequada, ele somente pode ser concretizado por meio de políticas públicas, não havendo possibilidade de concretização judicial desse direito simplesmente porque o Estado não possui nenhuma habitação disponível em estoque.

Palavras-chave: Direito fundamental à moradia. Reserva do possível. Mínimo existencial.

Abstract

We seek to demonstrate, in logical and analytical terms, and exclusively from the legal texts that constitute the positive Law system in Brazil, that the right to housing set forth in Article 6 of the Brazilian Federal Constitution should be interpreted as the *right to an adequate housing* under Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), that became normative in Brazil by the Legislative Decree Nr. 226/1991 and Executive Decree Nr. 591/1992, and that this normative content causes *Government to ensure that all citizens shall exercise this social right*.

Although the right to housing has a fundamental character and must be understood beyond the existential minimum clause, due to the concept of an adequate housing, it can only be realized through public policies, with no possibility of achieving this right by judicial means due to the fact Government does not have any house in stock.

Keywords: Fundamental Right to housing. Under reserve of possibility clause. Existential minimum theory.

1. SOBRE O CONTEXTO DE REALIZAÇÃO DESTA PESQUISA

Esta pesquisa trata do direito à moradia como corolário da dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de um estudo segundo perspectiva idealista e racionalista do direito. Nesse sentido, o objeto de nossa análise se desenvolve no âmbito da compreensão analítica dos textos normativos que validamente determinam a existência do direito à moradia, bem como a eficácia jurídica dessas disposições normativas. Embora não haja, na metodologia adotada, envolvimento direto quanto à não-efetividade desse direito, que possui o duplo caráter de direito humano e de direito fundamental, certas incursões no mundo real acabam ocorrendo.

O desenvolvimento da compreensão do direito *de moradia*, efetivo –e não apenas válido e com aptidão para gerar efeitos que não se realizam na prática–, compreendido a partir de base realista e empírica, é tema de nosso grupo de pesquisa institucional. Contudo, os estudos sobre direitos sociais, ao menos na esfera da ciência do direito, ainda estão *preponderantemente voltados à análise de textos normativos válidos*, com preocupação no máximo secundária à evidência de que todos precisam de uma habitação como condição *biológica* de sobrevivência. Sentimos, assim, necessidade de, ao iniciarmos nossas pesquisas, desenvolver a compreensão do atual estado de coisas na área jurídica sobre o que se entende pelo direito à moradia para, num segundo momento, desenvolvermos a compreensão desse mesmo direito social a partir não mais da validade jurídica, mas da necessidade fática que precisa de reconhecimento normativo; não mais de um direito a uma abstrata moradia, mas direito de uma moradia real, uma condição necessária para o desenvolvimento da vida pessoal e familiar e, nesse sentido, uma condição fática sem a qual não é possível sequer falar em direitos.

2. ALGUMAS NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O TEMA

O Brasil é constituído segundo um Estado Democrático de Direito e, nos termos do artigo 1º, inciso III de sua Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana é norma embasadora e informativa de toda estrutura estatal e normativa, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Não é só. A mesma Constituição, ao tratar da ordem econômica, no artigo 170, *caput*, funda-a na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e na justiça social, prevendo a garantia de uma *existência digna* a todos os cidadãos.

O exercício do poder estatal tem a consolidação da dignidade da pessoa humana por pressuposto jurídico-constitucional. Em termos de direito administrativo, diz-se que toda atividade pública deve ser motivada pela dignidade e deve ter como finalidade permanente a satisfação deste princípio na melhor forma possível.

Dentre os direitos fundamentais sociais, está positivado o direito à moradia, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. O direito à moradia se refere não só à ocupação de um lugar no espaço, mas às condições que tornam este espaço um local próprio para habitação (STEFANIAK, 2010, p. 240), como fornecimento de água e energia elétrica, coleta de esgoto e de lixo, acesso próximo a transportes públicos, hospitais, postos de saúde, creches, escolas, praças, parques e outros serviços públicos (CABRAL, 2005, p. 4). Este direito é tão importante para o exercício da cidadania que, uma vez garantido, acaba por contribuir, também, para o acesso a outros direitos fundamentais sociais como educação, saúde e lazer.

Com a Emenda Constitucional nº 26/2000, o direito à moradia foi expressamente elevado ao status de Direito fundamental social, por sua inserção no *caput* do artigo 6º da Constituição brasileira. No entanto, em que pese a fundamentalidade desse direito a servir de motivo e finalidade para políticas públicas de habitação, não há ações efetivas do Estado visando a solucionar o déficit habitacional brasileiro.¹ É comum haver ocupações irregulares nas cidades, decorrência da necessidade de moradia pelas famílias pobres e do desinteresse estrutural do Estado e da sociedade civil na promoção de políticas habitacionais visando a implementação desse direito em melhores condições (ABREU, 2011, p. 394).

3. O DIREITO À MORADIA É DIFERENTE DOS OUTROS DIREITOS SOCIAIS?

As normas que consagram os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidas como normas de natureza programática, de eficácia limitada e dependente de legislação integrativa, e, por esta razão, enquanto não existir legislação integrativa, essas normas constitucionais não geram direitos subjetivos públicos ao cidadão.

Essa mesma integração legislativa seria responsável pela indicação dos

¹ Recentemente, o governo federal propôs, no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento, desenvolvimento de política habitacional, no entanto muito incipiente. Em seguida, propôs por medida provisória 459, convertida em lei 11.977/2009, o *Programa Minha Casa Minha Vida*, que efetivamente tem se apresentado eficiente, mas *insuficiente*. Só na cidade de Campinas, ainda que o programa preveja a construção de 7.440 unidades habitacionais até 2012, a Companhia de Habitação do Município - Cohab - informa a existência de 45 mil famílias aguardando inclusão no programa (COHAB, 2012).

recursos disponíveis para efetivação desse direito. Os limites econômicos impõem que certas prestações, como a construção e entrega de moradias, situem-se dentro da chamada reserva do possível, isto é, da capacidade material de concretização desse direito. Ou seja, ainda que haja lei prevendo a construção de moradias, não há como construir casas para todos ao mesmo tempo.

O poder judiciário tem atuado de forma ativa na promoção de direitos fundamentais. É comum o ajuizamento de ações pelas quais o cidadão requer ao juiz que um direito social lhe seja garantido, em regra por conta da recusa do administrador público de lhe conferir o direito pleiteado. Ainda que haja discussões sobre eficácia restrita e reserva orçamentária para efetivação de direitos, os juízes costumam entender que o direito fundamental deve ser concretizado a qualquer custo: se não há verba disponível, que a administração se organize para que recursos sejam realocados e os direitos fundamentais, satisfeitos. Afinal, decidir de forma diferente seria negar a validade e a eficácia dos direitos constitucionalmente assegurados. Ainda que tal direito seja conferido no âmbito do que se convencionou denominar *mínimo existencial*: concessão de direitos ao menos no limite necessário da sobrevivência.

Não obstante, parece-nos que a moradia é um direito social um pouco diferente dos demais. Ela se refere a um teto, mas também a todo um planejamento habitacional para que o morador tenha acesso a equipamentos públicos, a transporte público etc.. *Essas características impedem que haja estoque disponível*, e com isso impedem até mesmo que haja intervenção judicial na discricionariedade do administrador, comum no que respeita aos demais direitos.

Só é possível a um juiz exigir do administrador que forneça um medicamento ou que abra (mais) uma vaga em creche ou escola pública porque há condição material de impor essa obrigação judicial: já existem medicamentos em estoque, já existem creches e escolas construídas e servidores públicos contratados; ao juiz é possível exigir que esse equipamento disponível tenha seus serviços ampliados para incluir quem vai a juízo requerer acesso a tratamento de saúde ou vagas escolares. No entanto, no caso de moradia, não há casas disponíveis, não há como o juiz exigir que o administrador entregue uma casa ao autor da ação. Nesse sentido, tanto a tese da reserva do possível quanto da ineficácia imediata da norma constitucional que garante o direito à moradia adquirem seu mais sensível grau de concretude.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, entendemos por bem não repisarmos todo o já consolidado embasamento doutrinário e jurisprudencial quanto à compreensão da natureza das normas constitucionais, já partindo, dentre as várias correntes teóricas sobre validade e eficácia dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, daquela pela qual se conferem eficácias jurídica e social aos direitos sociais, na mesma medida em que se conferem tais eficácias aos direitos individuais, que seria a identificada pela quarta resposta de HIERRO, abaixo transcrita.

Tanto no pensamento filosófico jurídico como na doutrina jurídico-constitucional, a divisão entre estas duas categorias de direitos humanos parece constituir um problema, ainda que o problema pareça estar reduzido a saber se os direitos sociais são ou não autênticos direitos. Sobre esta questão podemos encontrar quatro respostas: 1) que os chamados direitos econômico-sociais não são em nenhum sentido autênticos direitos subjetivos, sendo apenas princípios ou objetivos políticos; 2) que os direitos econômico-sociais não são autênticos direitos subjetivos jurídicos mas são autênticos direitos subjetivos em outro sentido (no sentido político; F. ATRIA...); 3) que os direitos econômicos-sociais são autênticos direitos subjetivos cuja

proteção suscita problemas específicos e podem ser juridicamente implementados por meio das técnicas específicas adequadas (ABRAMOVICH e COURTIS...); e 4) que os direitos econômicos-sociais são autênticos direitos subjetivos e não suscitam nenhum problema específico que não já tenham suscitado os direitos individuais e políticos e, em consequência, que as técnicas de satisfação e proteção dos direitos não passam pela distinção entre esses dois tipos de direito. (HIERRO, 2007, p. 252)

Segundo tal posição, que assumimos para fundamentar esta pesquisa, os direitos individuais e os sociais não possuem qualquer diferença estrutural: ambas as categorias referem-se a direitos *igualmente relativos* (não-universais, não-absolutos, não-definitivos, pois dependentes da estrutura histórica e social para sua promoção), igualmente custosos (há custos para sua promoção tanto de direitos individuais quanto sociais).²

4. COMPREENSÃO HISTÓRICA: DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm sido compreendidos conforme diferentes classificações doutrinárias e históricas, invariavelmente identificado em meio a conceitos correlatos, tais como direitos humanos, direitos subjetivos, direitos civis, direitos naturais e liberdades públicas.³ Para este trabalho, entendemos adequada a distinção sintética apresentada por KOERNER (2003, p. 146), para quem, “*do ponto de vista interno, os direitos humanos são traduzidos nos direitos fundamentais da Constituição e na estrutura institucional do Estado de Direito.*” Este autor considera, a nosso ver com razão, que os direitos humanos, por não serem instituídos pela ordem jurídica interna de um Estado, possui caráter moral (“*ou, no máximo, quase-jurídico*”). Não obstante, seu conteúdo e extensão acabam sendo identificados pela forma como são positivados na ordem estatal:

O direito internacional dos direitos humanos ingressaria na ordem jurídica nacional sobretudo por meio dos direitos fundamentais. Seriam fonte do Direito nacional, com o papel de princípios que dão fundamento às normas constitucionais e servem de base para a crítica de dispositivos particulares da ordem jurídica interna (KOERNER, 2003, p. 147).

² Além de HIERRO (2007), outros autores que já trataram deste assunto em sentido análogo são HOLMES e SUNSTEIN (1999), ABRAMOVICH e COURTIS (2002) e MASTRODI (2008).

³ Sobre o tema, pode-se conferir extensa exposição classificatória dos vários conceitos que envolvem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. CANOTILHO (2002, p. 293-398) distingue direitos humanos de direitos fundamentais, expondo estes como positivados em determinada ordem jurídica e aqueles como válidos para todos os povos e a qualquer tempo (dimensão jusnaturalista e universal); apresenta a distinção entre *direitos naturais e direitos civis*, identificando aqueles como direitos prévios à organização da polis, reconhecidos e declarados por esta, e estes que somente são válidos porque constituídos pela polis, organização social que é a condição para existência de tais direitos etc.

Nesse sentido, o conteúdo moral dos direitos humanos se converte em conteúdo jurídico de normas de direitos fundamentais, conteúdo que impõe, por sua coercibilidade, as bases para a construção de possibilidades que permitam a reprodução da vida humana em sociedade de forma digna (PANSIERI, 2008. p. 121-122).

Em termos históricos, praticamente todas as Constituições brasileiras, até mesmo a monárquica de 1824, trataram do tema, compreendido sempre segundo a estrutura histórica de cada época.⁴ Até a Constituição de 1967, o texto constitucional era compreendido muito mais como um estatuto definidor das competências dos órgãos e agentes estatais. Embora houvesse positividade sobre a validade de certos direitos fundamentais, estes eram entendidos dentro de uma natureza declaratória e não-cogente, pois dependeriam de definição legislativa. A lei era, desde a França de 1789, a única norma pela qual se poderiam prescrever direitos e deveres juridicamente exigíveis. Somente a partir da segunda metade do século XX que se passou a considerar, nas sociedades ocidentais,⁵ a validade jurídica de direitos constitucionalmente determinados.

Tal evolução da chamada teoria dos direitos fundamentais inverteu a ordem de importância dos temas positivados pelas Constituições: se antes estas primeiro definiam o Estado para, somente então, disciplinarem eventuais direitos dos cidadãos-*súditos*, a Constituição de 1988 determinou o âmbito de proteção dos cidadãos (não mais súditos) para, depois, atribuir ao Estado as competências necessárias para defesa daqueles direitos. Os cidadãos são *desinstrumentalizados*, e o Estado é posto como instrumento a seu serviço, garantidor de direitos de liberdade (direitos civis e políticos) e promotor de direitos de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).

5. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS DIMENSÕES DE DIREITOS

Reconhecem-se, atualmente, três dimensões de direitos fundamentais, cada uma vinculada a um dos três valores constantes do tríptico da revolução francesa (liberdade, igualdade e solidariedade). BONAVIDES (2009, p. 563-579), assim como outros autores, classificam os direitos fundamentais em gerações ou dimensões de direitos, que evoluem historicamente da primeira à última dimensão. Os direitos de primeira dimensão (liberdade) são os direitos civis e políticos; os direitos de segunda geração (igualdade) são os direitos sociais, econômicos e culturais; os direitos de

⁴ Sempre levando em conta que em cada um dos momentos históricos os termos positivados em cada texto normativo foram compreendidos segundo sentidos diferentes, a Constituição monárquica de 1824 instituiu a *Garantia dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos*; a Constituição republicana de 1891 apresentou uma Declaração de Direitos dos Cidadãos Brasileiros; a de 1934, talvez influenciada pela Constituição de Weimar, pela reconstrução da Europa e dos EUA após o *crack* da bolsa de New York, elevou o país à condição de Estado Social de Direito; a Constituição outorgada de 1937 instituiu Direitos e Garantias Individuais; mesma terminologia das Constituições de 1946 e de 1967. A Constituição de 1988, elevando o Brasil a Estado Democrático de Direito, instituiu, no âmbito dos Direitos e Garantias Individuais, a positividade de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e também de Direitos Sociais, estes que, na Constituição anterior, eram entendidos como posições jurídicas dependentes da Ordem Econômica e Social.

⁵ Por força do golpe de 1964 e dos vinte anos de ditadura militar, esses ventos democráticos chegaram às costas brasileiras somente em meados da década de 1980, ao menos a tempo para arejar os debates constituintes da Assembleia Nacional de 1986.

terceira geração (solidariedade) são os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.⁶

Os primeiros direitos fundamentais a se apresentarem no panorama ocidental foram os direitos individuais e, por esta razão, são conhecidos como direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade (especificamente as liberdades civis e políticas). São direitos que possuem o indivíduo como seu titular e que ostentam a proteção da subjetividade como seu traço característico. São direitos de resistência ou de oposição à atuação abusiva do Estado⁷ ou mesmo de terceiros.

Caminhando na história, os próximos direitos a se apresentarem no cenário internacional foram os direitos sociais, econômicos e culturais, portanto, conhecidos como direitos de segunda dimensão e correspondem ao valor de igualdade entre os homens. A partir de meados do século XIX, lutas sociais por melhores condições de trabalho tornam claro que as liberdades conquistadas nas declarações liberais de direito não eram universais, ao contrário, serviam apenas à preservação dos interesses de um determinado grupo social e não da sociedade como um todo, e nem mesmo da maioria da sociedade.

A individualidade dos direitos civis e políticos não garantia o exercício desses mesmos direitos à grande massa trabalhadora. Melhores condições de trabalho para o empregado, porém, representavam custos em que os empregadores não estavam dispostos a incorrer; Melhores condições de vida representavam aumento de salário e a necessidade de realização de obras de urbanização para permitir-se a convivência das grandes aglomerações humanas. O Estado, cuja abstenção (não-intervenção) garantia os direitos de liberdade, é chamado a assumir tarefas pró-ativas, incluindo prestações de serviços públicos, os quais, no século XX, passaram a ser assegurados como direitos inerentes à cidadania.

Diante deste deslocamento da função estatal do Estado Liberal mínimo para o Estado Social, este passa a ter responsabilidade pela promoção da segurança, de bem estar social e econômico. Tanto a Constituição mexicana de 1917 quanto a alemã (de Weimar) de 1919⁸ redefiniram a relação entre Estado e o cidadão. Essas Constituições tinham o objetivo de impor condições sociais de igualdade real ou material, pelas quais todos teriam a possibilidade de participação e de utilização dos bens sociais

⁶ BONAVIDES (2009) afirma a existência de uma quarta dimensão, relacionados à democratização, à informação e ao pluralismo. Não obstante, embora reconheçamos tal estrutura teórica, preferimos manter posição quanto apenas às duas primeiras dimensões de direitos, das quais as demais dimensões seriam apenas aspectos e, portanto, totalmente dependentes delas. A este respeito, MASTRODI (2008).

⁷ BONAVIDES (2009, p. 563-564). Alguns documentos históricos são marcantes para sua configuração e emergência, a saber: (a) a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei "João Sem Terra"; (b) o Tratado da Paz de Westfália, de 1648; (c) o *Habeas Corpus Act*, de 1679; (d) o *Bill of Rights*, de 1688; (e) as Declarações de direitos dos Estados Unidos (Declaração de Virgínia, Declaração de Pensilvânia e a Declaração de Maryland), seguida das nove emendas da Constituição, de 1787; (e) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo como principal base teórica e filosófica o Contrato Social de Rousseau e as concepções jusnaturalistas (direitos de todos os homens, em todos os tempos, em todos os lugares). A partir daí estes direitos passaram a ser identificados como universais, inerentes a todos os homens.

⁸ O Estado Social está conectado intimamente ao constitucionalismo contemporâneo, tendo como marcos históricos, além dessas duas Constituições, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia de 1918 e a estruturação administrativa do governo dos Estados Unidos denominada *New Deal*, promovida pelo presidente Franklin Delano Roosevelt entre 1933 e 1936.

(PANSIERI, 2008, p. 128). O Estado deixa de apenas se abster (omissão ou atuação negativa) e passa a ter o dever de atuar em algumas situações com a finalidade de assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais (ação ou prestação positiva) tais como: moradia, alimentação, segurança social, além de que o direito a propriedade sofre restrições para atender a sua função social (PANSIERI, 2008, p. 127-8).

Após a Segunda Grande Guerra (1939-1945), desenvolve-se um processo de internacionalização dos direitos humanos⁹ e de pressão da comunidade internacional no sentido de tais conteúdos *quase-jurídicos* serem internalizados nos sistemas normativos dos Estados, na forma de direitos fundamentais. Nesse momento histórico, são afirmados os direitos de terceira geração, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (e também os de quarta geração, se considerada esta classificação, tais como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo).

PIOVESAN (2010, p. 34), com acerto habitual, identifica que os direitos, na verdade, independentemente de sua classificação em dimensões, são indivisíveis, dada sua inerente integralidade. Direitos civis, políticos e sociais são apenas dimensões da mesma e única realidade jurídica. Neste contexto, o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, a liberdade perde a sua função, meramente negativa, típica do Estado Liberal, e passa a exigir ações positivas do Estado visando a real liberdade do Estado Social que é a liberdade do igual. Não é outro o entendimento de CANOTILHO (2002, p. 480):

Existe uma relação indissociável entre direitos económicos sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos económicos, sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a *referentes* económicos, sociais e culturais.(...) A liberdade igual aponta para a *igualdade real* (art. 9.º), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens económicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de forma a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse de um posto de trabalho.

Em suma, ainda que se afirmem todas essas dimensões de direitos, elas interagem entre si, complementam-se. O surgimento de uma nova dimensão de direitos

⁹ Neste contexto, por força da formalização de uma proteção internacional dos direitos humanos, cria-se uma sistemática normativa de proteção internacional, com possibilidade de responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos, a saber: (a) Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) - coloca no mesmo grau de importância os direitos civis e políticos e os direitos económicos, sociais e culturais e afirma a interrelação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos; (b) Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais de 1966 - cujo maior objetivo foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal de Direitos do Homem sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Este pacto expande o elenco dos direitos sociais, económicos e culturais da Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre os quais o direito à moradia, que é objeto deste trabalho; (c) Convenção Americana de Direitos do Homem, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

não exclui as precedentes. Assim, afasta-se a idéia de sucessão de gerações de direitos e acolhe-se a ideia da expansão, acumulação e fortalecimento dos direitos fundamentais. Daí a tese da indivisibilidade dos direitos humanos e, por decorrência, também dos direitos fundamentais.

Portanto, é equivocado o entendimento que somente os direitos de primeira geração seriam direitos fundamentais. São fundamentais os direitos civis e políticos, que limitam a atuação do Estado (primeira dimensão), como também os direitos sociais, econômicos e culturais (segunda dimensão), que exigem do Estado uma atitude ativa, intervencionista, planejadora e comprometida com a promoção do bem-estar econômico e social.

Em termos concretos, na vida real, condições materiais são imprescindíveis à plena realização das pessoas. Estas somente são livres se houver condição para o exercício dessa liberdade, e tais condições, como não caem do céu, devem ser promovidas pela sociedade civil organizada. De modo que inexistente direito à liberdade (primeira dimensão) sem o direito à igualdade (segunda dimensão) e vice-versa (PIOVESAN, 2010, p. 144-146). A esse respeito, é expressiva a seguinte consideração:

Os direitos da matriz social passam a ser vistos não como direitos contra o Estado, mas sim como direitos que só podem ser exercidos por meio do Estado, de atuações estatais visando à satisfação das necessidades dos homens. Sua característica principal é a necessidade de intervenção do Estado em seu favor, de modo a conferir eficácia e efetividade (i.e., eficácia no plano concreto) a tais direitos. Seriam direitos a receber prestações de serviços públicos pela sociedade e/ou pelo Estado, no sentido de conferirem igualdade concreta de oportunidades a todos os membros do grupo social. Nesse sentido, os direitos sociais devem ser entendidos como a materialização, no plano concreto, das Liberdades Públicas existentes no plano metafísico da matriz liberal. Os direitos sociais nada são senão as Liberdades Públicas em sua dimensão positiva. Não podemos imaginar direitos mais fundamentais que estes (MASTRODI, 2008, p. 82).

6. DO SURGIMENTO DO DIREITO À MORADIA NOS DOCUMENTOS NORMATIVOS

Foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seus artigos 22 a 27, que, pela primeira vez, a ordem internacional reconheceu os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia.¹⁰ A partir deste diploma a moradia passou a constar de diversos tratados e documentos internacionais, em especial o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC),

¹⁰ “Art. 25, 1º. *Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.*” Em que pese a Declaração de 1948 afirmar como direito humano o padrão de vida e não a moradia propriamente dita, não há como identificar padrão de vida a uma condição obtida exclusivamente a partir do esforço exclusivo de cada indivíduo.

de 1966, em seu artigo 11, §1º, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.¹¹

No ordenamento constitucional brasileiro, os direitos sociais foram positivados, a partir da Constituição de 1988, em especial no artigo 6º. O direito à moradia foi elevado ao status formal de direito constitucional e posto nesse mesmo artigo 6º somente no ano 2000, por força da emenda nº 26.

Conforme PANSIERI (2008, p. 112-130), o Direito à moradia evoluiu No plano constitucional brasileiro do seguinte modo: (a) a Carta Imperial de 1824 e a primeira Constituição republicana de 1891 não traziam previsão expressa na tutela do Direito à moradia, apenas se referiam à propriedade em uma perspectiva individualista típica do momento histórico. Foi na Constituição de 1891 que, pela primeira vez, fez-se menção que a casa seria asilo inviolável. E esta menção foi repetida em todas as Constituições seguintes; (b) na Constituição de 1934, o indivíduo deixa de ser o centro do debate e entra o coletivo. Foi a primeira vez que houve a busca por um benefício social coletivo no que concerne à propriedade; (c) na Constituição de 1937, é mantida a mesma concepção da Constituição de 1934; na Constituição de 1946 é garantido o direito de propriedade, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou de utilidade pública ou por interesse social. Além disso, prevê o uso da propriedade condicionada ao bem-estar social; (d) No ano de 1964, ainda sob a égide da Constituição de 1946, o Estatuto da Terra traz um grande avanço quanto à questão da função social da propriedade; (e) a Constituição de 1967 trouxe de forma clara a função social de propriedade e fez uma referência à moradia tão discreta quanto ineficaz; (f) Constituição Federal de 1988 traz a moradia pela primeira vez expressa no texto em diversos dispositivos: seja no artigo 7º, IV, quando definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre elas, a moradia; seja no artigo 24, IX, quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios para “*promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico*”; também, a vinculação social da propriedade prevista nos artigos 5º, XXIII; 170, III e 182, §2º, bem como a previsão constitucional de usucapião especial urbano (artigo 183) e rural (artigo 191).

7. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF) reclama na sua dimensão positiva a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade (SARLET, 2011, p. 107 e seguintes), sempre seria

¹¹ Há vários outros documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, em especial: os Comentários Gerais nº 04 e nº 07 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, respectivamente de 1991 e 1997. Aqueles definem a compreensão do artigo 11.1 do PIDESC e identificam os componentes do direito à moradia adequada; estes comentam o artigo 11.1 do PIDESC especificamente quanto à questão das remoções e despejos forçados; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, em seu artigo 5º, e, *iii*, ratificada pelo Brasil em 1969; a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979, em seu artigo 14, 2, h, ratificada pelo Brasil em 1984; a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 1989, em seu artigo 27, 3, ratificada pelo Brasil em 1990; a Convenção de Genebra sobre o estatuto dos refugiados (ACNUR) de 1951, em seu artigo 21, ratificada pelo Brasil em 1960; a Convenção 169 da OIT, de 1989, em seu artigo 20, c, ratificada pelo Brasil em 2002; e as Declarações sobre assentamentos urbanos de Vancouver em 1976 e sobre o direito às cidades de Istambul em 1996 (Agendas Habitat I e II, respectivamente).

possível reconhecer um direito fundamental à moradia, independente de haver previsão expressa na ordem constitucional, pois a moradia é inequivocamente destinada à proteção da dignidade.

De todo modo, somente os direitos expressamente previstos no artigo 5º da Constituição de 1988 (direitos de liberdade) são aceitos como direitos fundamentais, por unanimidade, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Quanto aos direitos sociais (direitos de igualdade), previstos constitucionalmente não no artigo 5º, mas no 6º, ora são entendidos como direitos humanos apenas, ora como princípios organizadores, ora como direitos, ora como direitos fundamentais de eficácia plena (HIERRO, 2007), e se submetem a quatro correntes quanto à *hierarquia dos tratados de proteção de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio*.¹²

Uma dessas correntes atribui às normas contidas no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a mesma hierarquia de leis federais. Justifica-se esse entendimento - de que o direito à moradia teria força de lei, mas não de princípio constitucional - com base na formalidade do §3º do artigo 5º da Constituição, que determina que apenas os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelas duas casas legislativas do Congresso Nacional em 2 turnos de votação com maioria qualificada (que é mesmo procedimento para edição de emendas à Constituição) adquirem o *status* de norma constitucional formal e material.

No entanto, deve-se esclarecer que esse § 3º foi acrescido ao artigo 5º, em 08 de dezembro de 2004, pela emenda constitucional nº 45. Como o PIDESC foi promulgado em 06 de julho de 1992, ele se incorporou ao nosso ordenamento jurídico antes da referida emenda constitucional. Fica, então, a dúvida: como pode o PIDESC não ser constitucional se, quando de sua ratificação, foram seguidas todas as formalidades necessárias para sua internalização como norma constitucional, na forma do §2º do mesmo artigo 5º?¹³

É nesse sentido que uma segunda corrente identifica o PIDESC como norma de natureza constitucional. O artigo 5º da Carta de 1988, por seus parágrafos 1º e 2º, confere ao PIDESC valor jurídico de norma materialmente constitucional e de aplicação imediata, por ser um tratado de proteção dos direitos humanos e por ter sido ratificado pelo Decreto Executivo nº 591/92, anteriormente à emenda constitucional nº 45/2004, com ampla maioria nas duas casas do Congresso Nacional, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros de cada casa.

Assim sendo, em que pese toda a discussão doutrinária,¹⁴ adotamos

¹² Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal (PIOVESAN, 2010, p.71).

¹³ Constituição Federal da República de 1988. Art. 5º ...:
“§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.
§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.
§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

¹⁴ Defender que somente os tratados que observarem o §3º, do artigo 5º, da Carta Magna terão status de norma constitucional é aceitar que o poder constituinte derivado (limitado e subordinado), através da EC nº 45/2004, possa atuar de forma a restringir ou a limitar direitos fundamentais instituídos

posicionamento no sentido de que, desde 1992, com a ratificação do PIDESC pelo Brasil (instrumento internacional de proteção aos direitos humanos), todos os direitos humanos ali prescritos, dentre eles o direito à moradia, passaram a ser, também, direitos fundamentais.

Quanto à realização do direito à moradia, nos termos do PIDESC (artigo 2º, §1º, do Pacto), ela deve ser progressiva, uma vez que os Estados se obrigam a adotar medidas, até o máximo dos seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, gradativamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seus comentários, enfatiza o dever de os Estados-partes assegurarem, pelo menos, o *núcleo essencial*¹⁵ de cada direito econômico, social e cultural previsto no Pacto (PIOVESAN, 2010, p. 181). Desta forma, o legislador pátrio dos Estados que observam o PIDESC, ao regulamentar os direitos previstos no referido documento, deve observar seus núcleos essenciais, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

8. CONTEÚDO DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA

Quanto ao conteúdo do direito à moradia, o legislador constitucional pátrio, ao se referir ao termo “moradia”, no artigo 6º da Constituição, diferentemente do que ocorreu em outros países, o fez sem muitas qualificações. Melhor seria se tivesse preenchido seu conteúdo pois, quanto maior a determinabilidade de conteúdo de um direito, maior sua justiciabilidade. Na expressão de ABRAMOVICH e COURTIS (2002), maior sua *exigibilidade por via judicial*.

Em que pese o não-preenchimento de seu conteúdo e sua não-adjetivação pelo constituinte, no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, em especial na versão em língua portuguesa ratificada pelo Brasil em 1992, foi utilizada a expressão *moradia adequada*:

Artigo 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e *moradia adequadas*, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância

pelo poder constituinte originário (ilimitado e incondicionado). Tal afirmação seria materialmente inconstitucional, uma vez que os direitos fundamentais de uma ordem constitucional fazem parte da sua essência e, portanto, somente podem ser alterados por uma nova ordem constitucional, ou seja, por um novo poder constituinte originário. Para mais além: não há lógica alguma em defender a retroatividade da aplicação do §3º e negar status de norma constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados antes do advento da emenda 45/2004, cujos processos de ratificação não seguiram a regra do §3º simplesmente porque não haveria como adivinhar o futuro.

¹⁵ Existem duas teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a teoria absoluta e a teoria relativa. Pela teoria absoluta, cada direito fundamental tem um conteúdo essencial absoluto fixo; seu núcleo estaria protegido por um limite externo que funcionaria como uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição. Pela teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental não seria fixo, ou seja, não seria sempre o mesmo, dependeria das condições fática e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. (SILVA, 2011, p. 27).

essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.
(Os grifos não estão no original.)

Nesse sentido, desde 1992, quando o PIDESC foi internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro, *moradia adequada* passou a ser previsto normativamente e seu conteúdo, uma vez que inexistente qualquer outro ato normativo que o defina, deve ter como parâmetro os componentes previstos na Relatoria especial da ONU¹⁶ para o direito à moradia adequada, ou mesmo na Agenda Habitat II, em especial pelo conceito proposto pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Urbanos de Istambul de 1996, que estão identificados em seus artigos 60 e 61 que, embora extensos, merecem transcrição:

60. Moradia adequada significa mais do que ter um teto sobre suas cabeças. Isso também significa ter um lugar privado, espaço, acessibilidade física, segurança adequada, segurança da posse, estabilidade estrutural e durabilidade, aquecimento, iluminação e ventilação, serviços adequados de infraestrutura básica, incluindo abastecimento de água, saneamento e tratamento de lixo, fatores adequados de qualidade ambiental e de saúde, e uma localização conveniente e acesso ao emprego e serviços básicos, tudo a um custo razoável. A adequação de todos esses fatores deve ser determinada em conjunto com as partes interessadas, tendo em conta as perspectivas de desenvolvimento gradual. (...)

61. Desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o direito à moradia adequada tem sido reconhecido como um importante componente do direito a um padrão de vida adequada. (...). A provisão de habitação adequada para todos exige ação não apenas pelos governos, mas por todos os setores da sociedade, incluindo a iniciativa privada, ONGs, comunidades e autoridades locais e organizações e entidades associadas à comunidade internacional. Em um contexto global de criação de condições favoráveis, os governos devem tomar medidas apropriadas para promover, proteger e garantir a realização plena e progressiva do direito à moradia adequada. Tais medidas são, entre outras, as seguintes:

1. prever que, para moradia, a lei deve proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra a discriminação baseada em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição;

¹⁶ Integram o conceito de moradia adequada: (a) uma condição de ocupação estável, ou seja, morar em um local sem o medo de remoção ou de ameaças indevidas ou inesperadas; (b) Acesso a serviços, bens públicos e infraestrutura, como energia elétrica, sistema de esgoto e coleta de lixo; (c) acesso a bens ambientais, como terra e água, e a um meio ambiente equilibrado; (d) moradia a um valor acessível ou com subsídios ou financiamento que garantam custos compatíveis com os níveis de renda; (e) boas condições de habitação, respeitado um tamanho mínimo, com proteção contra frio, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e suscetibilidade a doenças; (f) acesso prioritário à moradia para grupos em situação de vulnerabilidade ou desvantagem; (g) localização adequada, com acesso a médicos e hospitais, escolas, creches e transporte, em áreas urbanas ou rurais; (h) adequação cultural, construída com materiais, estruturas e disposição espacial que viabilizem a expressão de identidade cultural e a diversidade dos vários indivíduos e grupos que a habitam.

2. fornecer a todas as pessoas, incluindo mulheres e pessoas que vivem na pobreza, segurança jurídica da posse e acesso igual à terra, bem como efetiva proteção contra despejos forçados que são contrários à lei, tendo em conta os direitos humanos e observando que os sem-teto não deve ser penalizado por sua condição;
3. adotar políticas destinadas a tornar as moradias habitáveis, acessíveis e disponíveis, mesmo para aqueles que não podem pagar uma moradia condigna por conta própria, por meio, nomeadamente, do seguinte:
 - a. aumentar a oferta de moradia a preços acessíveis com medidas reguladoras e incentivos de mercado;
 - b. aumentar o número de habitações a preços acessíveis através da concessão de subvenções e subsídios de aluguel e outra assistência às pessoas que vivem na pobreza;
 - c. apoiar programas de habitação para arrendamento de propriedade e de base comunitária, cooperativa e sem fins lucrativos;
 - d. promover serviços de apoio para sem-abrigo e outros grupos vulneráveis;
 - e. mobilizar novas fontes de recursos financeiros e outras entidades públicas e privadas de desenvolvimento de habitação e comunidade;
 - f. criar e promover incentivos baseados no mercado para incentivar o setor privado para atender às necessidades de habitação a preços acessíveis para locação e da propriedade;
 - g. promover padrões sustentáveis desenvolvimento geográfico e sistemas de transporte que melhorem o acesso aos bens, serviços, lazer e locais de trabalho;
4. acompanhar e avaliar eficazmente as condições de moradia, incluindo-se a extensão da falta de moradia e de habitações inadequadas e, em consulta com a população afetada, formulação e adoção de políticas de moradias adequadas e implementar estratégias eficazes e planos para lidar com estes problemas.

STEFANIAK (2010, p. 241) ressalta que o direito à moradia adequada desenvolvido na Declaração de Istambul serviu à formatação do conceito de direito à cidade, integralmente incorporado ao Estatuto da Cidade, Lei Federal nº 10.257/2001, não sendo portanto possível “*questionar a legitimidade do conceito de moradia escrito na carta de Istambul.*”¹⁷

9. DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL

Foi a partir da década de 1950, em especial na Alemanha, que se passou a

¹⁷ Sobre o estatuto da cidade, vale referência ao seu extenso artigo 2º, cujos 16 incisos preveem as políticas públicas necessárias à organização do espaço urbano e da promoção das condições necessárias ao uso do solo, entre outros, para o fim de moradia adequada. A relação entre moradia adequada e direito à cidade consta do caput do art. 2º e do seu inciso I, ora transcritos: “Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.”

considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana não exigia somente a garantia da liberdade (direitos civis e políticos), mas também um mínimo de segurança social (garantia de igualdade). A dignidade da pessoa humana reclama uma existência digna, que para tanto depende de recursos materiais mínimos. Essa linha de compreensão do direito, denominada *Jurisprudência dos Valores*, em claro rompimento com o positivismo jurídico então predominante, passou a pautar tanto a ação tanto de tribunais quanto de legisladores.

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também, uma postura ativa no sentido de garantir a vida. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 179).

Tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência alemãs se sustenta que, embora a dignidade da pessoa humana não possa ser quantificada para garantir condições existenciais mínimas, o valor da prestação assistencial, que sempre estará acima do limite da pobreza absoluta, varia conforme a época, a localidade e o padrão socioeconômico vigente em cada sociedade (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 180).¹⁸

Em excelente monografia sobre o tema, KRELL (2002, p. 62-3) afirma que a teoria do “mínimo existencial” tem a função de afirmar ao indivíduo um direito subjetivo contra o Estado nas situações em que esse mesmo indivíduo não tiver recebido do Poder Público prestações dos serviços sociais básicos que possibilitem sua existência digna. No seu entendimento, o “padrão mínimo social” para sobrevivência sempre considerará a necessidade de um atendimento básico e eficiente pelo Estado de direitos sociais como a saúde, alimentação básica, vestimentas, educação de primeiro grau e moradia.

No Brasil, esta teoria é pouco explorada e o ordenamento jurídico, embora não tenha previsto expressamente o mínimo existencial, consagra o princípio da dignidade

¹⁸ Os alemães fazem uma distinção quanto ao conteúdo e alcance do mínimo existencial, desdobrando-o em *mínimo existencial de caráter fisiológico*, em que seu conteúdo essencial esteja fundado na dignidade da pessoa humana “*abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação*”, e em *mínimo de caráter sociocultural* (assegura ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social e fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade). Também vale a referência a decisão do Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão 509/2002 quanto ao mínimo existencial, que reconheceu tanto um direito negativo quanto um direito positivo a serem garantidos em um patamar abaixo do qual não há sobrevivência condigna, “*como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material.*” (SARLET e FIGUEIREDO, 2007, p. 181-2).

da pessoa humana como norma embasadora e informativa de toda a ordem constitucional (artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988). Além disso, ao tratar no artigo 170 da ordem econômica, funda-a na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e na justiça social e prevê a garantia de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Existência digna que, por óbvio, está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Tanto no direito comparado, quanto no direito pátrio, a dignidade da pessoa humana refere-se a uma existência digna. Logo o Estado, no exercício de seu poder, deve ter como meta a satisfação das condições materiais básicas para consecução deste fim.

10. DIREITO À MORADIA MÍNIMA? ISSO NÃO TEM RELAÇÃO COM O CONCEITO DE MORADIA ADEQUADA

Em que pese a teoria do mínimo existencial como patamar mínimo para exercício de ações estatais visando a promoção de direitos de igualdade, tais como o direito à moradia, o conceito de moradia adequada previsto no artigo 11.1 do PIDESC, no artigo 60 da Declaração de Istambul e, de forma implícita, no artigo 2º do Estatuto das Cidades dão a conformação mínima ao direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição de 1988.

Nesse sentido, não há que se falar em promoção de políticas públicas apenas no sentido de prover um teto aos que não o têm, mas a realização de toda uma infraestrutura necessária à inclusão social daqueles que, por não terem local de moradia, acabam por não ter acesso a nenhum outro direito, haja vista que a instalação em um local para habitar é condição básica para o exercício de todos os demais direitos. Não adianta nada liberdade de ir e vir se não se tem para onde voltar.

A estrutura normativa brasileira impõe a realização de uma série de políticas de habitação e de infraestrutura urbana não há como serem consideradas *mínimas*. Não há, em termos normativos tanto internacionais como de direito interno, qualquer possibilidade de se compreender de outro modo. O ordenamento jurídico impõe ao Estado a aprovação de orçamento para a realização de obras e, ato contínuo, sua devida realização. Em síntese, *o patamar mínimo do direito à moradia adequada previsto no ordenamento jurídico brasileiro é muito mais elevado que a atual vontade política do Estado na promoção desse direito* (SARLET, 2011, p. 145).

Por causa dessa dissociação entre o que o direito manda fazer e o que de fato é realizado, entre outros motivos, para justificar a não-concretização dos direitos sociais em geral e do direito à moradia em particular, desenvolveu-se a tese da *reserva do possível*.

11. A GRANDE ESCUSA À PROMOÇÃO DO DIREITO À MORADIA E DOS DEMAIS DIREITOS SOCIAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL

A “reserva do possível” é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações. É uma construção teórica originária do direito alemão, que surgiu no início da década de 1970 e que, em certas situações, faz todo sentido. Porém, sua universalização para todos os casos concretos não faz tanto sentido assim. Nas palavras de LIMA (2005, p. 192):

No Brasil, qualquer dificuldade, por menor que seja, é utilizada como desculpa para não implementar direitos sociais. Quando não é uma desculpa bem banal, como a alegação de que os direitos sociais são normas meramente programáticas ou a alegação de que a Administração tem plena discricionariedade nessa seara ou uma suposta ilegitimidade do ministério público ou outra do estilo, parte-se para construções mais elaboradas, como a reserva do possível, que tem se tornado um verdadeiro instrumento de neutralização dos direitos socioeconômicos.

Segundo essa teoria, a efetividade dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está condicionada à existência prévia dos respectivos recursos necessários à execução dos serviços. A disponibilidade dos recursos, por seu turno, dependeria da composição do orçamento público, que está dentro da discricionariedade das decisões governamentais e dos parlamentos (KRELL, 2002, p. 52). Seguindo essa linha, somente é possível concretizar aquilo que constar do orçamento. Se não houver previsão orçamentária, não há como o Administrador realizar qualquer atividade de promoção de tais direitos.

Essa doutrina foi acolhida e desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a partir da decisão conhecida como *numerus clausus*, em que a Corte alemã analisou a ação proposta por estudantes que não haviam sido admitidos no ensino universitário face à política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha, na década de 1960 (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 188-9).

Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional entendeu que a prestação material a ser efetivada pelo Estado deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Assim sendo, mesmo que o Estado dispusesse dos recursos e tendo o poder de disposição, não se poderia falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Conforme SARLET e FIGUEIREDO (2007, p. 189), é possível sustentar que a reserva do possível possui 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 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.

No Brasil, a cláusula da reserva do possível impõe limites à realização de direitos fundamentais pela via judicial. E isto ocorre devido à escassez de recursos do

Estado, ou melhor, em razão dos limites orçamentários. Este argumento, além de outros que limitam a realização por via judicial dos direitos fundamentais, não tem aceitação unânime. As opiniões sobre a eficácia dos direitos sociais podem ser divididas em três teorias: a da eficácia zero, a da efetividade máxima e a da eficácia mínima (LIMA, 2005. p. 86-119):

(a) Os caudatários da *teoria da eficácia zero* posicionam-se no sentido de que o Poder Judiciário não pode implementar direitos sociais por impossibilidade jurídica, pois tal competência seria de atribuição exclusiva da Administração Pública. Para os adeptos da teoria da eficácia zero: a cláusula da reserva do possível veda o Poder Judiciário de implementar direitos sociais. Entretanto, o mínimo existencial concede ao indivíduo um direito subjetivo contra o Estado em situações em que este mesmo indivíduo não receba do Poder Público prestações dos serviços sociais básicos que possibilitem sua existência digna. Nesse sentido, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana e não o a integridade do orçamento. Assim, mesmo adotando-se a teoria de eficácia zero, o Estado, com base na cláusula da reserva do possível, deve garantir o mínimo existencial dos direitos sociais.

(b) Segundo a *teoria da efetividade máxima*, o Poder Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais. Entretanto, a idéia de máxima eficácia dos direitos fundamentais não é tratada de forma uniforme entre os doutrinadores pátrios e, por esta razão, esta teoria pode ser dividida, ainda, em três concepções: absolutista, absolutista particular e moderada.

(b.1) Nos termos da concepção *absolutista*, rejeita-se não só a doutrina da reserva ou cláusula do possível, mas quaisquer óbices à concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, tais como: separação dos Poderes, restrições orçamentárias, complexidade da matéria dentre outras. Posiciona-se no sentido de que os direitos fundamentais sociais, independentemente da hierarquia, devem ser sempre e ao máximo concretizados. No Brasil, em termos de concessão via judicial de remédios e tratamentos médicos pelo Poder Judiciário, WANG apresenta interessante pesquisa pela qual demonstra que o Supremo Tribunal Federal se filiava a esse entendimento até 2007, quando “*todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante*” (WANG, 2008, p. 543). Para os adeptos desta concepção, nada, nem mesmo a cláusula da reserva do possível, pode ser óbice à concretização dos direitos sociais pelo Judiciário.

b.2) A concepção *absolutista particular* é assim conhecida por entender que o absolutismo refere-se somente aos direitos fundamentais sociais de hierarquia superior ou aos componentes do núcleo essencial do valor da dignidade da pessoa humana. Para os adeptos desta concepção, a cláusula da reserva do possível não seria aplicável aos direitos sociais de hierarquia superior ou aos componentes do núcleo essencial do valor da dignidade da pessoa humana; portanto, se um direito social compuser o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, o Estado não poderia deixar de garantir o mínimo existencial desse direito nem mesmo sob o argumento da reserva do possível. Podemos associar, aqui, a posição doutrinária de KRELL (2002, p. 54):

O condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de 'caixas cheias' do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos 'condicionantes econômicos' relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados 'direitos de segunda categoria'. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de "redistribuição" (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

b.3) Nos termos da concepção moderada, entende-se possível a proteção dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, observando os limites impostos pelos custos de sua implementação e as consequências da decisão. Entretanto, segundo esta teoria, em se tratando de um direito fundamental no limite do mínimo existencial, a reserva do possível não autorizaria o Estado a deixar de garantir o direito dentro desse limite. Como adeptos a referida concepção, podemos destacar SARLET e FIGUEIREDO que, ao tratarem sobre a efetividade do direito à saúde na fronteira entre a reserva do possível e o mínimo existencial, afirmam que:

em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito a exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 201).

c) Conforme a teoria da eficácia mínima, defendem-se as posições pelas quais o Judiciário somente pode agir negativamente ou, positivamente, no limite necessário para efetivar o mínimo existencial. De modo que o Estado não poderia, nem mesmo com base na da reserva do possível, deixar garantir esse mínimo.

A diferença entre a concepção moderada (b.3) e a teoria da eficácia mínima (c) reside ao fato que, naquela, o judiciário não estaria limitado e restrito a agir somente a garantir o mínimo existencial, tal como deveria ocorrer segundo na teoria da eficácia mínima. A concepção moderada exige que Administração Pública explicita os motivos pelos quais existe impossibilidade técnica e orçamentária à promoção de determinado direito social pleiteado em juízo e o modo pelo qual pretende suprir está impossibilidade no futuro, a fim de concretizar essa exigência social.

12. À GUIA DE CONCLUSÃO: O DIREITO À MORADIA É DIREITO FUNDAMENTAL QUE, EM REGRA, NÃO PODE SER JUDICIALMENTE EXIGÍVEL

A grande falácia da reserva do possível consiste em se afirmar que o orçamento público é o limite para cumprimento das demandas sociais. Não é bem isso. O limite está determinado pelas condições materiais da sociedade, isto é, pela capacidade econômica de produção, pela capacidade de riqueza. O orçamento público, por outro lado, refere-se às decisões políticas quanto ao que fazer com os tributos arrecadados. É bem possível, e altamente provável, que as definições sobre orçamento não sejam adequadas à realidade social ou jurídica. Em outras palavras, embora haja necessidade de se eliminar o déficit habitacional no Brasil, os recursos dispostos no orçamento para tratar desse problema é muito inferior ao necessário para resolvê-lo. Não é por outro motivo que, para autores como KRELL (2002, p. 97 e seguintes), o judiciário teria o dever constitucional de, se chamado a atuar numa situação dessas, determinar a realocação de recursos de outras rubricas orçamentárias, relativas a temas sem relevância constitucional (por exemplo, propaganda de governo), para integrar o recurso necessário à promoção de políticas de moradia.

Se a reserva do possível tem natureza econômica, pois vinculada à escassez de condições materiais para realização de um direito social, a falta de concretização de um direito fundamental social somente poderia ser escusada em caso de ausência de condições materiais, e não porque se decidiu, politicamente, à revelia da ordem constitucional, que uma ou outra política de promoção de direitos não receberia recursos em quantidade adequada.

Levando-se a condição econômica em consideração, é possível entender porque certos direitos sempre foram entendidos como de eficácia plena e outros de natureza programática: a estrutura do Estado de Direito foi construída para a finalidade de proteger os direitos individuais. O poder público está organizado basicamente para garantir a vida, a liberdade e a propriedade. Praticamente todo o orçamento público está direcionado para isso, por exemplo, para manutenção de servidores nos departamentos de polícia, nos tribunais e na organização dos mercados, e é justamente essa estrutura que confere eficácia plena aos chamados direitos de liberdade.

Por outro lado, quando se trata de direitos sociais, o Estado ainda precisa programar atividades para sua promoção e concretização. Tal programação, contudo, jamais utilizará de recursos já alocados para proteção dos direitos de eficácia plena porque, se fossem retirados tais recursos de lá, aqueles direitos perderiam sua eficácia plena e se tornariam de eficácia programática, pois ficariam dependentes de programações estatais. Ou seja, o que confere eficácia plena ou eficácia programática a um direito é a estrutura posta a serviço de sua proteção. Afinal, todo direito demanda custo.

Em virtude dos recursos escassos, há que se fazer escolhas, mas não se pode escolher algo em sentido contrário ao já decidido pelo poder constituinte. Como a moradia adequada é direito fundamental, o que se espera do legislador e do administrador é o cumprimento da escolha constitucional e não a desculpa de que não foi possível por falta de previsão orçamentária.

A falta de atuação legislativa e administrativa na promoção de direitos sociais, em especial os de hierarquia constitucional, pode e deve ser questionada judicialmente. O Poder Judiciário, guardião da Constituição, tem o dever de determinar a promoção do direito social violado e, em muitas situações, até mesmo determinar a prestação estatal necessária à concretização do direito.

No entanto, ainda levando em conta a escassez como critério para conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata aos direitos sociais, é possível identificar um problema que, no caso do direito à moradia, se apresenta com incrível nitidez: o *estoque*. Em outras palavras, a inexistência de moradias para serem entregues impede até mesmo a proteção judicial desse direito.

Em regra, uma norma constitucional sobre direitos fundamentais possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, e por esta razão, caso um direito seja violado, quer pelo Estado, quer por terceiro, cria-se uma pretensão ao seu titular, que é detentor de um direito subjetivo público individual, de exigir sua reparação, pelo exercício do direito de ação.

Em caso de direitos individuais, a proteção judicial é simples: o Estado-juiz impõe ao agressor do direito um dever de abstenção, sob pena de recair sobre este todo um aparato policial repressivo. Em caso de direitos sociais, por outro lado, o Estado-juiz impõe ao agressor do direito um dever de prestação: exige que o agressor, em regra o Estado-Administração, entregue ao autor um bem ou um serviço pelo qual o direito social se realiza.

Tal prestação exigida pelo judiciário é plausível em vários casos. Em ações envolvendo direito à saúde, é razoável que o juiz imponha à Administração o dever de

prover tratamento médico ou remédios. Em ações envolvendo direito à educação, é razoável que o juiz imponha a abertura de uma vaga a mais numa sala de aula de ensino fundamental. Note-se que essas prestações só são possíveis pela existência prévia de condições materiais. Já existem médicos, remédios, professores e escolas. Essas prestações ficariam mais difíceis de serem realizadas, porém, em caso de tratamentos médicos ou remédios experimentais, ou se não houvesse escolas na região em que o autor da ação reside. Nesses casos, a ordem judicial serve de indicação para a Administração programar a utilização de novos medicamentos e a construção de novas escolas, a contratação de mais médicos e professores. Completada a programação, o direito se torna pleno, ao menos até o momento em que se constate a necessidade de novos programas.

No caso do direito à moradia, não há como o Poder Judiciário exigir que o Estado entregue uma habitação ao autor da demanda judicial, simplesmente porque não há casas à disposição. Não há estoque de moradias, que depende integralmente de construção por meio de programas governamentais (seja a construção realizada diretamente pelo Estado; seja por licitação pública; seja pelo interessado, mediante política de financiamento governamental).

Para as pessoas que não foram incluídas em uma política habitacional, a reserva do possível se apresenta como a impossibilidade material de exigir a entrega de uma moradia.

Quando uma política pública de habitação é implantada, já se definem as pessoas que passarão a residir nas casas quando estas ficarem prontas.¹⁹ Estas até podem exigir do Estado que as obras sejam realizadas no tempo previsto, mas a reserva do possível, aqui, efetivamente se apresenta como a impossibilidade material de se exigir outra casa.

Em suma, no Brasil, no âmbito do direito social à moradia, o Poder Judiciário possui apenas três possibilidades de atuação: (a) exigir que as habitações construídas por meio de políticas públicas sejam adequadas, nos termos do PIDESC, da Declaração de Istambul e do Estatuto da Cidade; (b) exigir que as habitações objeto de políticas públicas sejam entregues aos indivíduos beneficiários de tais políticas, segundo os critérios definidos por essa política; (c) exigir que o orçamento público destinado a programas de moradia seja integralmente utilizado com a maior eficiência possível, sendo inaceitável a omissão administrativa na implantação desses programas.

13. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madri: Trotta, 2002.

ABREU, João Maurício Martins. A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 2, 2011, p. 391-215. ISSN 1808-2432. Disponível no URL: <http://scielo.br>. Acesso em 21 de junho de 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

¹⁹ Sem dúvida, há possibilidade de se discutir a legalidade ou constitucionalidade do critério adotado para se definir quem deve participar da política habitacional, embora essa discussão não se refira diretamente ao ponto ora em discussão.

CABRAL, Maria de Fatima. Habitação e questão social – análise do caso brasileiro. **Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales**. Barcelona. Universidad de Barcelona, 2005, v. 9, n. 194 (26), p. 1-9. ISSN 1138-9788. Disponível na URL: www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-26.htm. Acesso em 21 de junho de 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COHAB. Companhia de Habitação de Campinas. **Informativo COHAB**. Janeiro de 2.012 e março/abril de 2.012. Disponível em <http://www.cohabcp.com.br>. Acesso em 16 de maio de 2.012.

HIERRO, Libório L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, 2007, p.249-271. ISSN 0214-8676. Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com>. Acesso em 28 de junho de 2012.

KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, 2003, v. 18, n. 53, p. 143-157. ISSN 0102-6909. Disponível no URL <http://scielo.br>. Acesso em 21 de junho de 2012.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os Descaminhos de um Direito Constitucional “Comparado”**. Porto Alegre: SAFe, 2002.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Disponível em <http://www.georgemlima.xpg.com.br>. Acesso em 25 de junho de 2012.

MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PANSIERI, Flávio. Do conteúdo a fundamentalidade do direito a moradia. In OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: RT, 2008, p. 111-135.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n.1, 2007, p.171-213. ISSN 1982-1921. Disponível em <http://www.djf.inf.br/>. Acesso em 20 de junho de 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano à moradia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 8, n. 8, 2010, p. 237-256. ISSN 1982-0496. Disponível no URL: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em 21 de junho de 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, 2008, p. 539-568. ISSN 1808-2432. Disponível no URL: <http://scielo.br>. Acesso em 22 de junho de 2012.

Recebido em 05/10/2012
Aprovado em 15/04/2013