



## DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA: ASPECTOS DE EFETIVAÇÃO E SUA AUTONOMIA EM RELAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE\*

*Fundamental Social Right to Housing: on the effectiveness of this right and its autonomy with respect the right to property*

---

**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.

**Renan Alarcon Rossi**

Bacharel em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

### Resumo

Neste trabalho são discutidas formas que possibilitem compreender o Direito à Moradia como um direito social fundamental, pugnando pela necessidade de, no âmbito da teoria geral do direito, desvinculá-lo do direito de propriedade para, em adequação ao conteúdo dos tratados internacionais e da própria Constituição Federal, ser finalmente declarada sua autonomia. Para a realização desta pesquisa foi utilizado o método hipotético-dedutivo, visando à comprovação da hipótese segundo a qual o direito à moradia é direito fundamental autônomo, independente do direito de propriedade. O trabalho foi baseado em revisão bibliográfica nacional, bem como na revisão de documentos oficiais (em especial jurisprudência e textos normativos vigentes).

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Teoria Geral do Direito. Direitos Sociais. Direito à Moradia. Autonomia.

### Abstract

This paper aims to discuss on forms that permit to understand Right to Housing as a fundamental social right, advocating for the necessity that in the general theory of law, apart it from the right to property in order to, in adequacy to the content of the international treaties and the Brazilian Constitution, finally declare its autonomy. To the accomplishment of this research we used the hypothetic-deductive method, intending to confirm the hypothesis by which Right to Housing is an autonomous fundamental right, independent from the right to property. The work was based upon Brazilian literature review and official documents review (specially jurisprudence and normative texts).

**Key-words:** Fundamental Rights. General Theory of Law. Social Rights. Right to Housing. Autonomy.

## INTRODUÇÃO

O homem é fruto de seu tempo. A história tem ensinado a não se cometerem os mesmos erros do passado. Os horrores decorrentes de duas guerras mundiais, tragédias que nada têm de natural, mas que refletem a capacidade do gênero humano de causar destruição, e principalmente a constatação de que o homem alcançou condições de exterminar toda a vida no planeta, determinaram a discussão necessária acerca dos Direitos Humanos, entendidos como as premissas para estruturar as relações entre nações e entre Estados e seus nacionais. A dignidade da pessoa humana foi finalmente estabelecida, por consenso, como indispensável para a organização da sociedade internacional e da sociedade civil.

Os Estados nacionais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e dos dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966, têm internalizado os Direitos Humanos na forma de direitos fundamentais, base material de seus ordenamentos jurídicos internos. Tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais têm sido distinguidos em ao menos duas espécies, os direitos individuais ou negativos, e os direitos sociais ou a prestações (MASTRODI, 2008).

É pacífico, no âmbito jurídico, que os direitos sociais têm como objetivo o alcance da igualdade material, levando serviços e direitos concretos para os membros da sociedade que, por conta própria, não têm condições de buscá-los. No entanto, segundo a teoria geral do direito, os direitos sociais não são autônomos, encontram-se subordinados aos direitos individuais, e esta construção teórica, fruto da organização material da sociedade civil e do Estado, dificulta, quando não impede totalmente, a efetivação de determinados direitos fundamentais sociais, em especial o Direito à Moradia.

Em razão da importância da habitação adequada para efetivação da vida digna e sua complexidade de implementação, em especial devido à escassez de recursos, sem os quais não é possível produzir moradias, entendemos necessário um estudo específico acerca do Direito à Moradia, considerando suas dificuldades de efetivação no plano fático atual.

Na parte inicial desta pesquisa, procuramos aprofundar o exame acerca dos direitos sociais (já que deste grupo de direitos faz parte o Direito à Moradia) como direitos fundamentais, analisando suas características e enumerando os principais óbices a sua efetivação. Neste ponto, identificamos quatro problemáticas centrais acerca da efetivação dos direitos sociais, quais sejam: a) uma falsa percepção de que a implementação de direitos sociais é muito mais cara do que a dos direitos individuais; b) o caráter “programático” que sempre foi entendido, na doutrina tradicional, como a essência dessa

modalidade de direitos fundamentais; c) a especificidade de cada direito social, o que impede sua promoção conjunta por meio de uma mesma ação estatal; e d) a não-vinculação do administrador à lei orçamentária, algo que permite a este, a seu critério, deixar de realizar políticas públicas já autorizadas pelo Poder Legislativo e que visavam a promoção de um direito fundamental.

Analisamos cada uma delas, e, ainda, trazemos à reflexão a atuação judicial nos casos em que há destinação orçamentária para efetivação de determinado direito social, e o seu suposto choque com o princípio da separação dos poderes, contrapondo esse conflito a questões como a importância dos direitos fundamentais sociais, a alegada falta de legitimidade democrática do Poder Judiciário e a necessidade de uma nova forma de se administrar, em prol da efetivação dos direitos sociais.

Em um segundo momento, estudamos especificamente o Direito à Moradia, suas características, seu local de destaque como direito fundamental, sua condição de elemento necessário à vida com dignidade e as condições para sua promoção de forma plena. Além disso, observamos as consequências da falta de uma habitação digna, e o significado de uma habitação adequada.

Também neste tocante, examinamos o antagonismo atual entre a eficácia jurídica e a eficácia social deste direito, que está longe de ser efetivo na realidade dos cidadãos que dele necessitam, apesar da sua aplicabilidade imediata conferida constitucionalmente como direito fundamental.

Por fim, em razão da real situação vivida pela grande maioria dos brasileiros, e buscando alternativas para viabilizar a efetiva implementação do Direito à Moradia, pugnamos por desvincular a moradia do elemento posse da propriedade imobiliária, afirmando-a, nos termos dos tratados internacionais de Direitos Humanos e da Constituição da República, um direito fundamental autônomo.

## **1. OS DIREITOS SOCIAIS, SEUS PROBLEMAS DE EFETIVAÇÃO E A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO EM SUA PROMOÇÃO**

Com a evolução das relações sociais e consequente aumento de sua complexidade, percebeu-se que a base epistêmica proporcionada pelo atual estágio da teoria geral do direito não permite suprir as necessidades básicas de uma vida digna no âmbito do sistema econômico-capitalista atual, considerando principalmente a sociedade ocidental e suas peculiaridades. Ao contrário, a estrutura normativa do direito e estrutura epistêmica da ciência do direito impedem a dignidade da grande maioria das pessoas.

Toda a teoria geral do direito se desenvolveu segundo os interesses predominantes de uma classe social que possui e exerce mais poder social (caracterizado, conforme o contexto histórico próprio de cada tempo e lugar, por força bélica ou econômica), que tende a direcionar a compreensão da realidade social –e também da estrutura jurídica necessária para a organização da sociedade– segundo sua visão de mundo, conforme suas preferências concretas, em medida muito maior que a eventual busca da realização de uma suposta vontade geral ou um suposto bem comum.

Como esse estado de coisas acaba por se estruturar de modo normativo na sociedade, as normas sociais –e jurídicas– tendem a refletir justamente o exercício desse poder social como algo justo. Porém, uma rígida aplicação normativa –das normas que foram positivadas e que refletem essa situação social de desigualdade–, acaba por atender aos interesses dos que já têm seus direitos assegurados. Os que não possuem propriedade não possuem direitos adquiridos ou atos jurídicos perfeitos a favorecer sua condição. Até há direitos a conquistar propriedades e a conquistar outros direitos, mas os recursos sociais escassos já se encontram em grande medida, sob a titularidade de alguns

proprietários, e o direito protege a estes, na prática, em medida muito maior que ele protege, em tese, a todos os cidadãos de forma isonômica.<sup>1</sup> Isso ocorre porque os direitos positivados na ordem jurídica geralmente visam ao benefício daqueles que *já* detêm posições de destaque dentro da sociedade, a ponto de conseguirem ver seus interesses protegidos pela criação de leis. Entretanto, existem também aqueles que, por não terem a mesma importância dentro do fundamento econômico atual, não conseguem fazer com que sua voz seja ouvida, impossibilitando que seus direitos sejam positivados formalmente. E estes são a grande maioria.

Existe uma grande gama de direitos que, por se referirem ao interesse específico dos grupos de menor poder político, econômico ou social, são muitas vezes desconsiderados pelos textos legislativos ou pelos juízes na construção de suas decisões judiciais, ainda que, por diversas vezes, tais direitos já tenham sido afirmados como direitos humanos ou mesmo positivados na Constituição como direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais têm sido, atualmente, pacificamente entendidos e afirmados como a base material do ordenamento jurídico, norteando não apenas a interpretação, mas também a aplicação das normas constitucionais, seja por meio de limitações (prestações negativas) ou imposições (prestações positivas) à atuação do Estado.

Essa evolução no modo de se pensar o direito, de natureza claramente liberal, permitiu o desenvolvimento dos direitos individuais em um primeiro momento e, somente num contexto de lutas sociais no âmbito da urbanização e industrialização, após a consolidação dos direitos individuais, é que se passou a considerar a existência dos direitos sociais. Porém, devido à correlação social de forças no capitalismo, com clara predominância liberal, os direitos sociais não são entendidos de forma autônoma, mas sempre segundo a lógica universalista e abstrata dos direitos individuais. Porém, dentro dessa lógica, há uma espinhosa contradição entre a busca dos direitos individuais de forma abstrata, atribuíveis a todos os membros da sociedade (todos têm direito à liberdade, à igualdade perante a lei, à propriedade etc.) e a busca concreta pela efetivação dos direitos sociais (liberdade a quem de fato não é livre, igualdade material a quem só possui igualdade abstrata, ser de fato proprietário de algo e não só ter direito a ser, quem sabe, proprietário de alguma coisa). Em outras palavras: a estrutura normativa de proteção dos direitos individuais impede a promoção dos direitos sociais; a teoria geral do direito compreende os direitos sociais como acessórios e dependentes dos direitos individuais.

Em relação aos direitos individuais, essa modalidade de direitos tem como marco histórico o momento da queda da monarquia francesa, em que se buscava frear os abusos do monarca por meio da limitação do poder do Estado em face da autonomia, da liberdade, da livre iniciativa dos cidadãos (ou, concretamente, à época, da classe burguesa). Esses direitos tiveram grande importância neste ponto da história e, na verdade, ainda ocupam até hoje papel de destaque na definição das relações sociais (como é o caso do direito de propriedade), porém não garantem a dignidade humana além da formalidade e da abstração.

Os direitos sociais, por sua vez, surgem no momento em que a sociedade, nas palavras de Delina Santos Azevedo:

---

<sup>1</sup> A desigualdade –e não a justiça– como inerente à estrutura capitalista é a conclusão de Thomas Piketty (2013, p. 377-429) em sua análise de 250 anos da estrutura socioeconômica de inúmeros países ocidentais. A manutenção das condições econômicas pelas normas jurídicas levou à concentração de renda, de recursos e também de direitos por uma pequena parcela de cidadãos, a ponto de ser vista como “natural” a subordinação da moradia (de muitos) ao direito de propriedade (de poucos) do imóvel residencial.

Reconheceu a sua incapacidade de se auto-regular, a partir dos princípios da igualdade, da liberdade, da livre-iniciativa, da propriedade privada e de que não existem homens livres e iguais em uma sociedade desigual, recorreu ao Estado como forma de prover direitos básicos e comuns a todos os cidadãos, como o trabalho, a previdência, a saúde, dentre outros. (AZEVEDO, 2012, p.7)

Esses direitos, classificados como prestacionais, buscam transpassar a barreira da igualdade formal, nascendo de necessidades comuns à generalidade das pessoas e atingindo os cidadãos de forma coletiva. Para isso, devem ser considerados e compreendidos no ambiente social em que os titulares desses direitos vivem, pois visam a sanar problemas fáticos e reais, diante da impossibilidade de esses cidadãos alcançarem determinadas prestações por conta própria. Dessa forma, os direitos fundamentais sociais são direitos que “dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para sua realização.” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 72). Assim, precisam de uma atuação estatal para que sejam efetivados no seio social, considerando as carências e peculiaridades de diferentes grupos de cidadãos.

Já os direitos e garantias individuais, também chamados de liberdades públicas, chegaram a ser entendidos como direitos negativos porque não exigiriam atuação estatal, mas sua abstenção. Essa compreensão tem sido superada pela constatação de que, mesmo em caso de direitos “negativos”, é necessária a criação e manutenção de toda uma estrutura garantidora de seu funcionamento, como por exemplo, as forças policiais e o Poder Judiciário (MASTRODI, 2008). Não obstante, os direitos individuais ainda seriam negativos porque, por meio dessa estrutura de proteção, eles são mantidos íntegros e garantidos desde que não sejam turbados por terceiros.

Assim, considerando a diferença na atuação estatal para a efetivação das duas dimensões de direitos fundamentais, a realização dos direitos sociais se mostra muito mais complexa que a dos direitos individuais. Elucidaremos aqui quatro grandes dificuldades encontradas nesse ponto. Em primeiro lugar, o reconhecimento de algumas “falsas verdades” para, a nosso ver, justificar a não-implementação dos direitos prestacionais. Uma delas, já delineada acima, consiste na ideia de que os direitos sociais são muito mais caros em sua implementação do que os individuais. Entendendo, equivocadamente, que os direitos individuais não impõem custos orçamentários ao Estado ou que podem ser garantidos por sua mera não-intervenção, como se o indivíduo por si só já possuísse o direito e a sua eficácia independesse da atuação estatal, como se tais direitos já existissem por conta própria.

Resta-nos claro que a grande diferença entre os dois grupos de direitos se encontra na forma de atuação do Estado para efetivá-los, para trazê-los ao plano fático, e não nos custos de uns e dos outros. Não há dúvida que os direitos sociais dependem de investimentos estatais, mas isso não faz com que os direitos individuais não precisem de reserva orçamentária, ou que estas sejam em menor escala; na verdade “seria ingenuidade se supor que a garantia a direitos civis e políticos fosse isenta de custos, como se sabe, por exemplo, no exercício periódico de direito ao sufrágio, direito político por excelência” (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p.140).

A impressão de que os direitos individuais têm um custo extremamente reduzido se comparados aos de cunho social só ocorre porque essa comparação é feita, equivocadamente, entre, de um lado, os *gastos correntes* de manutenção da estrutura *já construída* para garantir direitos individuais, e de outro, todos os custos (inclusive os correntes) da estrutura que *ainda precisa* ser construída para garantia de direitos sociais. As verbas despendidas tanto de um lado quanto de outro são altíssimas.



A questão, portanto, não envolve o custo dos direitos, mas a opção política em assumir investimentos para garantia de um ou outro tipo de direito fundamental.

O segundo obstáculo consiste no ideal de que os direitos sociais são apenas “programáticos”, ou seja, valores-modelo para serem alcançados no futuro, sem eficácia prática. Esse pensamento sugere a incorreta impressão de permitir aos Administradores Públicos uma situação em que não há qualquer dever de promovê-los de imediato. Em sentido contrário, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello mais de uma vez rechaçou essa conceituação, antes relacionada aos direitos sociais, como no julgamento do Recurso Extraordinário 271.286/2000, declarando pela impossibilidade de que isso se torne uma “promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever”; e no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/2004, ao expressar o entendimento de que o Poder Judiciário, por meio do próprio STF, não pode escusar-se de efetivar direitos fundamentais (entre eles os sociais) quando as outras esferas não o façam, “sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional”.

A terceira problemática é que, dada a dinâmica social e a diferença de implementação de cada um deles, não há como pensar que todos os direitos sociais são realizáveis da mesma forma, ou seja: que a promoção da educação é feita da mesma maneira que da saúde ou do direito à moradia. De fato, cada direito social depende de diversas ações distintas para sua promoção, como políticas públicas, investimento em infraestrutura, preparo e contratação de pessoal etc., levando em consideração as peculiaridades de cada direito social específico. Desse modo, não há como se pensar que, por meio de uma única política pública, seja possível promover vários direitos sociais, ou que a mesma estrutura institucional seja capaz de atender a todos eles.

Por fim, a quarta grande barreira na realização fática dos direitos sociais no Brasil é que a falta de vinculação do Administrador à lei orçamentária deixa a promoção dos direitos sociais à mera “vontade” deste, até mesmo quando há verbas públicas destinadas a tal fim. No Brasil, a lei orçamentária aprovada pelas Casas Legislativas não vincula o Administrador a executar todos os créditos ali previstos. Desse modo, pode o agente público deixar de realizar determinado investimento, sendo, portanto, a lei orçamentária meramente autorizativa. Essa questão é objeto de grande discussão, pois diminui o controle das despesas públicas e limita a efetividade das atividades do legislativo, sendo inclusive matéria de Proposta de Emenda à Constituição nº 565/2006, que pretende transformar o orçamento em vinculativo<sup>2</sup>, obrigando o Administrador a realizar todos os investimentos definidos. James Giacomoni, na obra Orçamento Público, aborda de maneira competente a polêmica entre orçamento vinculativo *versus* autorizativo, propondo duas sugestões para o ordenamento brasileiro:

Em primeiro lugar, recomenda-se estudar a oportunidade de transplantar, para a norma brasileira, o equivalente ao *rescission*, regra em vigor na sistemática orçamentária norte-americana, que exige a autorização legislativa para a anulação, parcial ou total, de créditos orçamentários.  
(...)

<sup>2</sup> Essa PEC565/2006 se originou da PEC 22/2000. A alteração constitucional proposta por esta PEC é a seguinte:

“Art. 2º. A Constituição Federal passa a vigorar acrescida do seguinte art. 165-A:

Art. 165-A. A programação constante da lei orçamentária anual é de execução obrigatória, salvo se aprovada, pelo Congresso Nacional, solicitação, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, para cancelamento ou contingenciamento, total ou parcial, de dotação.”

A outra sugestão que, igualmente, só deveria ser cogitada após cuidadosa avaliação quanto a sua oportunidade e, especialmente, quanto à existência de efetiva capacidade de acompanhamento da execução orçamentária por parte do Poder Legislativo seria a de maior ingerência deste na formulação da programação financeira de desembolso, função legal e tradicionalmente afetada ao Poder Executivo. (GIACOMONI, 2009, p. 289)

Essa maior dificuldade na efetivação dos direitos fundamentais sociais fez com que a população, no anseio de ver suas necessidades sanadas, lançasse o Poder Judiciário ao papel de principal ator e realizador dessa espécie de direitos, por meio de ações coletivas ou individuais, ou seja, pelo controle de constitucionalidade difuso, em razão da omissão dos demais Poderes na prestação de direitos sociais. Desse modo, se trouxe à discussão judicial a concretização dos direitos sociais e os limites dessa concretização por meio da atuação do Judiciário.

Com isso, se há aqueles que entendem não só pela legitimidade, mas também pela obrigação de o Poder Judiciário fazer valer, de alguma forma, as normas constitucionais descumpridas, há também, em sentido oposto, o argumento de que o Poder Judiciário não deve adentrar nas atribuições políticas, sendo a discricionariedade do Administrador intocável pelo Judiciário por se tratar de competência exclusiva da Administração Pública.

Na verdade, ao contrário do que muitas vezes o discurso liberal faça parecer<sup>3</sup>, não há discricionariedade entre a realização ou não de um direito social por meio de políticas públicas.<sup>4</sup> Estes são direitos constitucionalmente garantidos e não estão a cargo de juízos de conveniência e oportunidade do Administrador. Na verdade, o mérito administrativo está na escolha do momento em que o orçamento aprovado será utilizado ao longo do ano de exercício ou do plano plurianual.

A grande questão consiste em entender qual a importância<sup>5</sup> de determinado direito social na vida das pessoas pois, no caso de ele ser indispensável até mesmo para a existência da vida com dignidade, como assim prescreve o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, a luta por sua efetivação passa, direta e principalmente, pela competência do Poder Judiciário em face da omissão dos demais Poderes Públicos. Indo além, considerando que os direitos sociais são tão indispensáveis

---

<sup>3</sup> Sobre o assunto, ver a opinião de Fabio Konder Comparato (1998, p.43): “Segundo o modelo do constitucionalismo liberal, não compete ao Estado guiar a sociedade civil para a realização de fins comuns. A grande, senão única, tarefa estatal consiste em propiciar, sob a égide de leis gerais, constantes e uniformes condições de segurança – física e jurídica – à vida individual. Compete a cada indivíduo fixar suas finalidades de vida, no respeito às leis asseguradoras de uma convivência harmoniosa de escolhas individuais.”

<sup>4</sup> Posição de Luís Francisco Aguilar Cortez, com a qual concordamos: “Todas as funções do Estado estão comprometidas com a realização das metas de realização do bem-estar da população, expressas ou não no texto constitucional; logo, não há, de início, exclusão de qualquer função do Estado quanto ao compromisso para promoção e efetivação daqueles objetivos. Existem, evidentemente, atribuições distintas dentro do aparato estatal; assim, a escolha das políticas públicas e a delimitação de sua forma de implementação, estão, à evidência, mais próximas das funções diretamente vinculadas à democracia representativa, pela legitimidade democrática decorrente das escolhas políticas da população, em que pesem suas condicionantes.” (Cortez, 2011, p. 287).

<sup>5</sup> Sobre o tema: Piovesan e Vieira (2006, p.133): “Com vistas ao cenário brasileiro que, por se tratar, conforme expressa previsão do texto constitucional, de direitos fundamentais, a sua implementação é pré-requisito procedimental à prática da democracia.”

quanto os individuais,<sup>6</sup> entendemos que, com a definição prévia de uma política pública, necessária para a prestação do direito social, a implantação do direito social na medida determinada por essa mesma política também se torna direito fundamental (ou seja, o direito não se esgota na definição de uma política pública, mas na sua integral execução) e, nesse caso, pode o Judiciário exigir que o Administrador se vincule ao orçamento para cumprir determinado direito prestacional e resolva o caso concreto.

Com o aprofundamento no tema, surgem diversos questionamentos pertinentes. Por exemplo: se a verba para efetivação de determinado direito social está prevista na lei orçamentária, houve uma decisão democrática, tomada pelo povo, na forma de seus representantes legislativos, para a realização de medidas em prol daquela finalidade. Em outras palavras: os cidadãos entendem pela necessidade de novos investimentos naquele setor da sociedade, tanto que incluíram tais valores na lei orçamentária. Desse modo, a não-aplicação da verba pública prevista poderia configurar uma omissão inconstitucional do Administrador? Nesse caso, estaria o Judiciário simplesmente cumprindo a escolha democrática previamente tomada ao obrigar o Administrador a realizar os investimentos previstos ou usurpando a competência de administrar do Poder Executivo e, conseqüentemente, violando o princípio da repartição dos poderes previsto no artigo 60, inciso III da Carta Magna?

Em relação à suposta violação ao princípio da repartição dos poderes, deixamos consignado que essa concepção de incomunicabilidade, quase um isolamento de cada uma das funções estatais, não era defendida nem mesmo por Montesquieu<sup>7</sup>, que tratava do tema como uma “distribuição” entre os poderes. Cada vez mais se pensa em uma interação entre Executivo, Legislativo e Judiciário, como uma maneira de dar eficácia também ao sistema de *checks and balances*. Uma real separação entre essas esferas, entre outros problemas, pode trancafiar o Judiciário apenas à solução de conflitos entre os particulares, inexistindo qualquer controle sobre as outras esferas de poder, como nos alerta Mauro Cappelletti (1993, p.53):

Como se viu, o ideal da estrita separação dos poderes teve como consequência um judiciário perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos “privados”. Esse ideal significou, assim, até época relativamente recente e mesmo hoje, em não poucos países, não só a existência de um legislativo totalmente não controlado, como de um executivo também praticamente não controlado, pelo menos até que se conseguisse desenvolver um autônomo sistema de justiça administrativa, a se impor como guardião da administração pública.

<sup>6</sup> Posição, por exemplo, externada pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão que, por unanimidade, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes, assim se manifestou no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada STA 175- AgR/CE, cujo tema era a legitimidade de políticas públicas de saúde: “A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º, especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, §1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida –deixe-se claro– de que as demandas que buscam a efetivação de prestação de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto social e de suas peculiaridades” (STF, 2010, p.90).

<sup>7</sup> Na íntegra, o pensamento do jurista francês: Je voudrais rechercher, dans tous les gouvernements modérés que nous connaissons, quelle est la distribution des trois pouvoirs, et calculer par là les degrés de liberté dont chacun d'eux peut jouir. Mais il ne faut pas toujours tellement épuiser un sujet qu'on ne laisse rien à faire au lecteur. Il ne s'agit pas de faire lire, mais de faire penser. (MONTESQUIEU, 1758, p.129).



Por fim, cumpre salientar que existe também o real problema acerca dos investimentos que não estão previstos em lei orçamentária, e como o Poder Judiciário pode, ou não, obrigar o administrador nesses casos, levando em conta questões como a 'reserva do possível'<sup>8</sup> e 'mínimo existencial', também discutidas nos casos em que há previsão orçamentária. Sob essa ótica, ressalte-se que, atualmente, o Administrador não fica atrelado apenas à legalidade (o que muitas vezes é usado como escudo), mas que a lei em si é um dos fatores a ser levado em conta. Ela é *necessária*, ainda mais por força do princípio da estrita legalidade, mas não é *suficiente*.<sup>9</sup> Na verdade, a premissa normativa para a efetivação dos direitos sociais decorre do próprio Estado Democrático de Direito, bem como da Constituição Federal, que dá eficácia imediata aos Direitos e Garantias fundamentais no parágrafo 1º de seu artigo 5º.<sup>10</sup> Quanto a esse ponto, de extrema importância destacar que o texto constitucional não faz qualquer distinção acerca de quais direitos fundamentais detêm essa aplicabilidade de plano e, considerando que os direitos sociais são tão fundamentais quanto os individuais, pode-se afirmar que os direitos prestacionais também possuem essa eficácia imediata. Assim, cumpre ao Judiciário, no seu papel de reformador social e garantidor dos direitos constitucionais, implementar os direitos sociais negados à população. Nessa mesma linha, elucida José Reinaldo de Lima Lopes (1994, p.263):

É preciso compreender que o Estado democrático garante direitos sociais mínimos e, mais ainda, promove reformas sociais. Isto não é um apêndice à democracia e nem uma recomendação simplesmente ética. Trata-se de uma condição de possibilidade e de eficácia do Estado de direito que entre os cidadãos não se abra um fosso insuperável de vantagens e oportunidade distintas: são estas condições de miséria que desestabilizam as democracias. As reformas institucionais e legais são também dever constitucional do Estado, de modo que ao Judiciário não compete simplesmente ser zeloso defensor do *status quo* iníquo em que vivemos sob o pretexto de defender o princípio do direito adquirido. Fazer isso significaria aplicar a parte da Constituição que interessa aos *beati possidenti*. Aplicar a Constituição é também sustentar as medidas de valorização do trabalho, defesa do consumidor, defesa do meio-ambiente, reforma agrária e urbana, etc.

<sup>8</sup> Para aprofundamento acerca da relação entre o Direito à Moradia e a teoria da reserva do possível, cf. Mastrodi e Rosmaninho (2013).

<sup>9</sup> Nesse mesmo sentido se pronunciou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, em seu voto proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.699-9: "Só queria fazer uma observação lateral. Esse lapidar conceito de Miguel de Seabra Fagundes, segundo o qual administrar é aplicar a lei de ofício, talvez esteja a exigir uma atualização. O artigo 37 da constituição, tão apropriadamente citado por V. Exa., Sr. Ministro Eros Grau, na cabeça desse artigo há uma novidade que não tem sido posta em ênfase pelos estudiosos. Esse artigo tornou o direito maior do que a lei ao fazer da legalidade apenas um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência. Ou seja, já não basta ao administrador aplicar a lei, é preciso que o faça publicamente, impessoalmente, eficientemente, moralmente. Vale dizer: a lei é um dos conteúdos desse continente de que trata o artigo 37. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei."

<sup>10</sup> Art. 5, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Porém, como anteriormente expressado, nesta pesquisa nos limitaremos ao caso em que há destinação orçamentária previamente aprovada pelas esferas competentes.

## 2. DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL À MORADIA

Entre os direitos fundamentais sociais, a Constituição Federal vigente consagra em seu artigo 6º o Direito à Moradia. Para a análise posterior das problemáticas decorrentes de uma efetivação judicial do Direito à Moradia, cumpre salientar os pormenores inerentes a esse direito fundamental.

Em primeiro lugar, ressalte-se que o Direito à Moradia, como direito fundamental, é indispensável para a dignidade humana sob diversas óticas. É da própria natureza do homem a busca por um abrigo contra as circunstâncias climáticas, além de sua segurança pessoal e de sua família. Por outro giro, a moradia é também um elemento social, onde o indivíduo se recolhe após o atribulado dia de trabalho e se recupera para, no dia seguinte, mais uma vez, enfrentar a difícil rotina que lhe é imposta. Assim, “a moradia configura-se, portanto, como uma necessidade básica do indivíduo, enquanto ser humano, e do cidadão, enquanto ser social” (AZEVEDO, 2012, p.3).

Na mesma esteira, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que o Direito à Moradia é um dos requisitos para uma vida digna:

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

Também é de extrema importância expressar que o Direito à Moradia não consiste simplesmente em uma casa, uma edificação onde a pessoa reside. Há de se entendê-lo de forma ampla, de forma que não se limite a um teto. Transpassa o mero conceito de propriedade imobiliária, se assemelhando à definição de lar (AZEVEDO, 2012, p. 4).

Na mesma direção, o pensamento de Dan Rodrigues Levy (2010, p.8) assevera que, para um correto entendimento do Direito à Moradia, ou pelo menos do direito à moradia digna, este deve ser atrelado ao princípio da dignidade humana e compreendido em conjunto com ele.

Dessa forma, o Direito à Moradia engloba todos os elementos referentes à habitação (como conforto, segurança e higiene) aptos a criar um ambiente que permita uma evolução pessoal e social, sendo entendido, assim, em sua forma absoluta. Não apenas uma casa, mas uma casa habitável; em uma localidade próxima ao local de trabalho, ou ao menos de fácil acesso ao serviço de transporte público efetivo, que conte

com todos os elementos de infraestrutura, como iluminação pública, saneamento básico, que esteja a uma distância razoável de serviços públicos como ensino, atendimento médico, que traga segurança ao cidadão, sua família e seus bens, entre outros fatores. Paulo André Silva Nassar (2011, p.48) traduz e interpreta o General Comment nº 4, emitido pelo Comitê para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão da Organização das Nações Unidas, no ponto em que expressa um rol de elementos que devem ser levados em consideração em qualquer situação para se compreender o conteúdo mínimo do Direito à Moradia adequada<sup>11</sup>:

- a. Segurança jurídica da posse. A segurança da posse deve garantir às pessoas proteção jurídica contra despejos forçados e outros tipos de turbulação da posse.
- b. Disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infraestrutura essenciais à saúde, segurança, conforto e nutrição, como, por exemplo, acesso à água potável, energia elétrica, saneamento básico, coleta de lixo e serviços de emergência.
- c. Acessibilidade econômica. Os custos associados à moradia, não podem ser tamanhos, a ponto de prejudicar outras necessidades básicas humanas. Para isso, os Estados devem estabelecer políticas de subsídio habitacional para aqueles que não conseguem, por si, bancar esses custos.
- d. Habitabilidade. Afere-se em termos do espaço disponível aos habitantes e da proteção contra frio, calor, chuva, ventos e outras intempéries.
- e. Acessibilidade social. A moradia deve estar disponível a grupos vulneráveis, como idosos, crianças, pessoas com dificuldades físicas e/ou doenças mentais, doentes terminais, soropositivos. Pessoas vivendo em áreas de risco devem ter algum grau de prioridade nas políticas habitacionais. Os Estados devem promover acesso à terra aos sem-terra e aos segmentos mais pobres da sociedade.
- f. Localização. A moradia deve estar próxima de trabalho, de postos de saúde, escolas e creches.
- g. Adequação cultural. A forma de construir e os materiais utilizados devem respeitar as características culturais, a identidade e a diversidade dos seus habitantes.

Desse modo, é de fácil percepção que o Direito à Moradia necessita da realização de diversos outros direitos e garantias para seu pleno exercício. Destarte, “todos os direitos são indispensáveis para atribuir a condição de dignidade à vida humana, devido à relação de interdependência que existe entre eles para tornarem-se eficazes.” (AZEVEDO, 2012, p.7).

Um lar em que o indivíduo resida em caráter permanente, em que se sinta protegido, seguro, confortável, se mostra como um fator importantíssimo na vida do cidadão, permitindo, inclusive, o gozo de outros direitos fundamentais. A preocupação estatal, portanto, deve se voltar à promoção do Direito à Moradia digna, com todos os

---

<sup>11</sup> Alan Morris (2010, p.32), em texto que analisa as consequências da ausência do Direito à Moradia na Austrália, explicita a importância do General Comment nº 4 e do conceito de uma moradia *adequada*: “A convenção das Nações Unidas que delinea o que constitui moradia adequada é um guia de utilidade. Adequação requer que todos os moradores devam ter eletricidade e saneamento básico. Também deveria haver espaço adequado, iluminação, ventilação ... É claro, a percepção do que é adequado é fluida e determinada por seu contexto.” (Tradução livre)

elementos e direitos que o envolvem, de modo que qualquer atividade comum se torna muito mais gravosa –e, às vezes, até impraticável– sem o exercício pleno do direito tema desta pesquisa.<sup>12</sup> Desse modo, o caráter objetivo da moradia tem grande destaque no estudo até mesmo da dignidade humana, já que a efetiva aplicabilidade fática desse direito é condição *sine qua non* para sua concretização no seio social (STEFANIAK, 2010, p.240).

Não só isso: uma residência fixa, habitável, em uma área com saneamento básico e infraestrutura urbana é de extremo interesse do Estado em razão de sua função como garantidor dos direitos dos cidadãos, inclusive no que tange à manutenção da saúde pública. Um ambiente com as medidas sanitárias adequadas, na esteira dos Princípios de uma Habitação Saudável, protege contra doenças contagiosas; minimiza o risco de lesões, intoxicações e epidemias; reduz ao mínimo o estresse psicológico e social; torna propício o ambiente habitacional; promove um adequado uso da moradia; protege as pessoas expostas a riscos. Nessa direção segue o General Comment nº 4, supracitado:

O Comitê encoraja os Estados membros a aplicar de forma abrangente os Princípios da Habitação Saudável preparados pela OMS (Organização Mundial da Saúde) que entendem a habitação como o fator ambiental mais frequentemente associado às condições para doenças em análises epistemológicas; por exemplo, habitação e condições de vida inadequadas e deficientes estão invariavelmente associadas a altos índices de mortalidade;<sup>13</sup>

Considerando que o mero fornecimento de uma edificação não promove este direito social em sua plenitude, o Direito à Moradia necessita de uma atuação Estatal positiva e determinante nas mais diversas áreas, sendo, pela sua própria natureza, um direito prestacional por excelência. Isso ocorre porque, mesmo nos casos de uma efetivação limitada deste direito social, é indispensável uma interferência relevante do Poder Público. De fato, diante da realidade em que as pessoas, em geral, não possuem meios para conseguir sequer tetos, quanto mais moradias dignas, até mesmo quando ocorre a prestação de uma moradia *indigna*, essa promoção mínima do Direito à Moradia apenas ocorreu em razão de uma prestação estatal.

Dessa forma, uma real efetivação do Direito à Moradia depende de receitas vultosas do Poder Público, tanto diretamente, em razão de sua natureza prestacional, quanto indiretamente, quando aplicadas em favor de outros direitos fundamentais, que, também favorecem o gozo pleno deste direito social.

<sup>12</sup> Na mesma linha, Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 128): “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.”

<sup>13</sup> Originalmente em inglês: “The Committee encourages States parties to comprehensively apply the *Health Principles of Housing* prepared by WHO which view housing as the environmental factor most frequently associated with conditions for disease in epidemiological analyses; i.e. inadequate and deficient housing and living conditions are invariably associated with higher mortality and morbidity rates.” (Tradução livre.)

## 2.1 O DILEMA ENTRE A EFICÁCIA SOCIAL E A EFICÁCIA JURÍDICA

Neste ponto, importante aprofundarmos acerca da eficácia, ou melhor, acerca das diferentes formas de eficácia das normas constitucionais.

Ao tratar sobre o tema da eficácia das normas jurídicas, logo nos vem à mente a clássica definição de que ela se configura na capacidade de produzir efeitos jurídicos (SILVA, 2008, p.13). Entretanto, a história brasileira nos mostra que a mera possibilidade de aplicação de determinado direito fundamental, por sua posituação no ordenamento, não garante a sua transcendência ao plano fático.

Além disso, a simples análise jurídica e dogmática não supre –e jamais supriu– as demandas sociais. É necessário estudo não apenas sobre a possibilidade de produção de efeitos jurídicos, mas também, e principalmente, sobre a transformação da realidade fática.

Assim, é indispensável para o desenvolvimento dos direitos fundamentais, e sua transmutação à realidade, analisar conjuntamente a capacidade de produzir efeitos meramente jurídicos e de produzir efeitos práticos na realidade social que se pretende ver transformada. A confusão entre esses dois conceitos (eficácia jurídica e eficácia social) dificulta, e muito, um avanço eficaz no tema das normas constitucionais, e é nesse sentido que leciona Virgílio Afonso da Silva (2009, p.240):

Imaginar que a real produção de efeitos das normas constitucionais seja algo destacado do fenômeno jurídico está na fonte – como se quis demonstrar – de diversos problemas teóricos e classificatórios no âmbito das normas constitucionais.

Apesar das diferentes nomenclaturas utilizadas, diversos doutrinadores<sup>14</sup> concordam a respeito da existência desses dois planos das normas de direitos fundamentais. Para este estudo, nos utilizaremos da proposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 240), em que os diferencia entre eficácia jurídica e eficácia social:

(...), podemos definir a eficácia jurídica como a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.

Sob a ótica da distinção entre as formas de eficácia, é possível que a um direito, apesar de dotado de eficácia jurídica, falte eficácia social por não ser transpassado do texto legal para a vida dos cidadãos. Desse modo, analisando o direito social objeto desta pesquisa inserido na realidade brasileira, é de clara percepção que, apesar de ser dotado de eficácia jurídica em razão do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, o Direito à Moradia não possui eficácia social.

<sup>14</sup> À guisa de exemplos, cf. FERRAZ JR. (1988, p. 181) e SILVA (2009, p. 228).



Considerando a análise anterior a respeito do Direito à Moradia e todas as medidas estatais que envolvem sua promoção de forma plena, e considerando ainda o grande número de pessoas vivendo em assentamentos, favelas, e mesmo bairros em condições muitas vezes sub-humanas, é possível perceber que, no Brasil moderno, a sua eficácia social não corresponde ao ideal inserido no texto constitucional.

### 3. A AUTONOMIA DO DIREITO À MORADIA

A Emenda Constitucional 26/2000 incluiu o Direito à Moradia no texto constitucional, agregando-o ao rol de direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna. Desse ponto em diante, o Direito à Moradia teve seu *status* de norma essencial para a dignidade humana conferido formalmente pelo ordenamento jurídico. Entretanto, a moradia é também um direito fundamental de ponto de vista material, ou seja, ele não é indispensável porque foi positivado na Constituição, mas sim porque é inconcebível compreender que alguém possua alguma dignidade se não possuir lugar para morar.

No entanto, desde as revoluções liberais, o Direito à Moradia tem sido intimamente relacionado ao direito à propriedade, instituto que se tornou o cerne da estrutura capitalista e que, historicamente, foi dotado de uma prevalência quase absoluta em face dos demais direitos. Ou seja, mesmo com a positivação do Direito à Moradia como direito social fundamental, ainda há uma enorme dificuldade de se distinguir o conceito de *moradia* do conceito de *propriedade de um imóvel residencial*, ainda mais porque, na teoria geral do direito tradicional, considera-se a moradia como um dos elementos da propriedade abstrata, qual seja, a posse.

Ainda que essa relação entre a moradia e a propriedade corresponda aos ditames da teoria geral do direito mais tradicional, a concretização plena de uma moradia digna não está necessariamente vinculada à propriedade de um bem imóvel. Na verdade, este direito, não obstante seus aspectos objetivos (como proteção, saúde etc.), está estritamente relacionado ao fator subjetivo do cidadão, no sentido de que tal direito deve servir para criar um espaço propício para seu bem estar pessoal, independente da exigência de um título de propriedade.

Com efeito, esta estrita associação da moradia com o elemento posse da propriedade imobiliária não permite o reconhecimento da moradia como instituto autônomo, o que, conseqüentemente, torna impossível que se considere a moradia com a mesma importância da propriedade, já que aquela seria apenas um dos vários aspectos desta. Sob a ótica das necessidades humanas, é muito mais significativo ser morador de uma habitação do que proprietário de um imóvel. Segundo a teoria normativa, porém, a propriedade abstrata predomina sobre o Direito à Moradia.

O Direito à Moradia somente poderá ser satisfeito no plano fático, de forma plena, se puder ser compreendido como direito fundamental autônomo, distinto do direito à propriedade. Isso já é possível no plano jurídico. Afinal, trata-se de direito constitucional devidamente positivado no artigo 6º da Constituição Federal. Porém, a estrutura da tradicional teoria do direito não permite que ele seja visto de modo autônomo.

A autonomia constitucional do Direito à Moradia deve ser considerada em virtude da importância social que esse direito representa atualmente. A prevalência da propriedade imobiliária abstrata sobre a moradia não decorre de uma decisão técnica ou neutra, como se a teoria do direito possuísse uma resposta verdadeira sobre a necessária indissociação entre posse e moradia. A teoria do direito está assim estruturada por causa da proteção histórica a interesses sociais bem definidos. Ou seja, assim como se decidiu estabelecer a prevalência jurídica da propriedade abstrata como instrumento necessário à

defesa de interesses liberais contra interesses nobiliárquicos, bem como à sua manutenção para consolidar um novo estado de coisas, é perfeitamente possível compreender a autonomia da moradia como instrumento democrático de defesa de interesses sociais. Instrumento *democrático*, pois trata de defender interesses da maioria da população de qualquer Estado nacional. Interesses *sociais*, pois em clara contrariedade a interesses individuais.

Visando à promoção desses interesses sociais, visando a instrumentalizar a moradia como forma de promoção da dignidade humana para a maioria concreta das pessoas, necessário que se mude o enfoque da visão em torno desses institutos jurídicos: da atual prevalência da propriedade abstrata (idealismo jurídico) para a realidade fática e as reais necessidades humanas com relação à necessidade de moradia digna.

Diferentemente do que expressa a lógica capitalista, o Direito à Moradia pode perfeitamente ser entendido como direito autônomo. Isto, de fato, amplia as ferramentas para a realização da moradia digna, pois abre o campo de atuação para proteção do Direito à Moradia para além do direito de propriedade.

Com efeito, tendo por análise o plano fático atual, em que a esmagadora maioria das pessoas não possui recursos nem mesmo para a regularização legal de um imóvel (que dirá para adquiri-lo), é necessário que se busquem alternativas por meio de outros institutos jurídicos, em especial por meio da posse, para que o Direito à Moradia tenha aplicabilidade fática e não apenas jurídica. Nesse mesmo rumo, João Maurício Martins de Abreu (2011, p. 408) entende que é necessária a desvinculação dos institutos da posse e da propriedade, *in verbis*:

Devemos, ao contrário, defender a autonomia da posse e de sua tutela em relação à propriedade, antes de tudo por um princípio de realidade: a posse é que é real; ainda que muito importante, a propriedade descolada da posse é um título jurídico, um conceito. Além disso, no caso brasileiro, a propriedade imobiliária, rural ou urbana, não está disseminada pela população; afora a nossa histórica concentração de terras, desde a Lei do Império 601/1850 o contrato de compra e venda (ou seja, o mercado formal) é o meio por excelência da aquisição da propriedade, mas o mercado formal, que exige escritura pública e registro imobiliário (Código Civil, arts. 108 e 1.226), não é acessível a todos –, talvez nem mesmo à maioria.

Na verdade, em face da baixa capacidade econômica da esmagadora maioria da população, toda a construção teórica e normativa ao redor do Direito à Moradia perde o sentido se ele continuar associado ao direito à propriedade, já que existe um verdadeiro abismo entre a população pobre e a possibilidade real de adquirir um bem imóvel.

Diferentemente da propriedade, que se fortaleceu dentro da estrutura normativa que organiza os Estados liberais, o instituto da posse não teve o mesmo tratamento, consolidado de forma muito mais precária, em regra subordinado à propriedade abstrata. Contudo, se a moradia for afirmada como direito constitucional e se a função social da propriedade for levada a sério, é plenamente possível privilegiar a posse concreta em relação à propriedade abstrata. Trata-se de condições previstas no próprio corpo constitucional e que autorizam compreender o Direito à Moradia de forma autônoma.

Por fim, importante consignar que, apesar da supracitada evolução jurídica neste sentido, a consideração do Direito à Moradia de forma autônoma é um pensamento extremamente inovador dentro do direito, principalmente em face da cultura atual ainda ser extremamente voltada à proteção (quase) absoluta da propriedade.

Tanto é verdade que as políticas públicas que visam à implementação do Direito à Moradia passam pela construção de habitações cuja propriedade será transferida aos futuros moradores por meio de contrato de financiamento. Ou seja, a forma pela qual a moradia tem sido promovida passa, antes, pela promoção do direito de propriedade. Ainda não há políticas de habitação visando à *promoção da moradia pela moradia*: as estruturas normativas simplesmente não reconhecem autonomia à moradia, que é compreendida tão-somente como o elemento posse de uma propriedade imobiliária.

Corroborando no mesmo sentido, instrumentos normativos que, a princípio, parecem beneficiar o Direito à Moradia, como a usucapião especial urbana, estão firmemente relacionadas à propriedade. De fato, o Código Civil (artigo 1240), preceitua que, após cinco anos com a posse ininterrupta, pode o possuidor requerer ao juiz a *propriedade* do bem imóvel. Com efeito, apenas após o proprietário preterir o imóvel por um longo lapso temporal é que aquele que utiliza o terreno, ou casa, como sua habitação, poderá ter plena segurança de que não perderá a moradia. Assim, é possível uma situação em que o possuidor que more com sua família no local há 4 anos, efetivando a função social de um imóvel subutilizado, seja expulso de sua casa, pois o proprietário se “lembrou” do bem em questão, prevalecendo, a propriedade em face da moradia.

Entretanto, referências à autonomia do Direito à Moradia em relação à propriedade, mesmo que não identificada expressamente no ordenamento, podem ser percebidas por meio da interpretação da própria legislação vigente. O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001 que regulamenta a atividade estatal em relação à política urbana, estabelece em seu artigo 4º diversos instrumentos para efetivação dos seus objetivos. Dentre os que correspondem aos instrumentos jurídicos e políticos, destacamos um a título de exemplificação: a concessão de uso especial para fins de moradia.

Essa ferramenta de política urbana garantiu àquele que, até 30 de junho de 2001, tenha possuído pelo prazo de cinco anos ininterruptos imóvel *público* urbano de até 250 m<sup>2</sup> para fins de moradia, a concessão para continuidade do uso.

A concessão se dá através de ato administrativo vinculado (CARVALHO FILHO, 2013, p. 1184) ou sentença judicial. Dessa forma, percebemos que, desde que preenchidos os requisitos legais, o Poder Público é obrigado a conceder o título ao possuidor, que passa a morar legitimamente sobre imóvel público que, por definição constitucional, não é passível de usucapião, mas que não observava qualquer função social.

José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 1182) reconhece que a diretriz dessa ferramenta é a promoção do Direito à Moradia:

Desse modo, pode-se dizer que o *direito à propriedade*, no usucapião, e o *direito ao uso de imóvel público*, na concessão de uso especial, retratam *direitos-meio* para o exercício do *direito-fim* – este o direito à moradia, verdadeiro pano de fundo daqueles outros direitos.

O ponto de maior importância para o escopo desta pesquisa em relação à concessão de uso especial para fins de moradia é a sua natureza. De fato, como reconhece o artigo 1.225, XI, do Código Civil, essa concessão tem natureza de direito real *assim como* a propriedade: a concessão de uso especial para fins de moradia foi reconhecido como um título autônomo, diferente de outros institutos, como o direito de superfície (MELLO, 2010, p. 932). Ou seja, o próprio legislador nacional criou uma possibilidade de promoção do Direito à Moradia desvinculada da propriedade desse mesmo imóvel.

Esse instrumento de política urbana caminha em sentido, a nosso ver, totalmente acertado, pois dá mais valor a institutos concretos do que a abstratos. De fato, a moradia e a posse são *reais*, diferentemente da propriedade, que é um instituto ideal, fictício, *imaginário*. Na prática, pouco importa a um homem se ele é proprietário de centenas de imóveis se não tiver algum lugar para morar. Porém, as políticas públicas de habitação atuais seguem sentido inverso ao desse instrumento de política urbana, privilegiando a propriedade em detrimento da posse –ou da moradia.

Portanto, tendo por finalidade a promoção concreta da dignidade humana, é possível o reconhecimento do Direito à Moradia como instituto autônomo, em especial em relação ao direito à propriedade, abrindo possibilidades para sua efetivação por políticas públicas que visem *menos* à propriedade e *mais* à garantia da posse.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como cediço, o Brasil é um país de dimensões continentais e que carrega consigo uma desigualdade social de dimensões ainda maiores. A busca pela realização prática dos direitos sociais fundamentais se apresenta como algo necessário para a mitigação dessa desigualdade. Contudo, isso só é válido na arena do discurso. Na verdade, essa realização prática não é fácil, em especial porque ela *não é desejada*. O que é óbvio: se houvesse efetivo interesse econômico na promoção de direitos sociais, a imensa maioria da população brasileira já teria acesso a educação, saúde e moradia. Existem diversos fatores econômicos e jurídicos, impeditivos da transição dos direitos sociais, das normas constitucionais para a vida dos cidadãos.

Em termos jurídicos, a promoção prioritária de direitos individuais põe a concretização de direitos sociais em segundo plano: estes somente são realizados *depois* que todos os titulares de direito à propriedade tenham sua propriedade garantida (i.e., quem já é proprietário de imóvel está juridicamente protegido, porém essa proteção não atinge quem *não possui* propriedade que, na prática, é quase todo mundo). Afirma-se que a distribuição dos direitos individuais atinge a todos igualmente, mas essa distribuição é abstrata, meramente formal. Na prática, apenas os direitos sociais podem, por sua implantação, promover igualdade material. Mas sua promoção é contraditória em relação à distribuição formal dos direitos individuais.

Durante esta pesquisa, destacamos diversos problemas que envolvem a efetividade dos direitos sociais, que, devem ser obrigatoriamente vencidos à luz da prevalência dos direitos fundamentais. Entretanto, mesmo que transpassadas as primeiras barreiras apontadas, o Direito à Moradia ainda apresenta dificuldades específicas à sua promoção.

Destacamos como principal ponto, e paradigma a ser quebrado, a sua íntima relação com o (e até mesmo subordinação ao) direito de propriedade, e seu não-reconhecimento como instituto autônomo, sendo entendido como se não pudesse ser efetivado diante da ausência de um título de propriedade.

A propriedade, que é o instituto jurídico fundamental da teoria geral do direito, trata-se de uma abstração, idealizada pelo homem, uma representação que engloba tanto a posse quanto a moradia. Ainda que de natureza apenas teórica, a propriedade tem prevalecido em relação à posse (e conseqüentemente à moradia), pautada em razões econômico-culturais, historicamente enraizadas no seio social.

Eis porque a estrutura de nosso sistema normativo atrela indistintamente a habitação (mesmo a que não seja adequada) à propriedade de um imóvel residencial, algo que impossibilita a plena e eficaz promoção do Direito à Moradia.



Na verdade, a vinculação indissociada entre os dois direitos beneficia a propriedade em desfavor da moradia, algo que, no atual cenário sócio-econômico, torna impossível a concretização do Direito à Moradia para *todos*.

Portanto, e tendo por fundamento o próprio ordenamento jurídico, que possui normas que valoram preferencialmente o Direito à Moradia, como direito humano, fundamental e autônomo, é necessário que se busquem novas formas de promover este tão importante direito, já que, considerando a realidade brasileira, a forma atualmente utilizada, que até nas políticas públicas de habitação dá ênfase à proteção da propriedade, não funciona como meio de promoção *global* do Direito à Moradia.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

### LEGISLAÇÃO E DOCUMENTOS OFICIAIS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, SF: SENADO, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso: 22/04/2014.

BRASIL, *Lei 10.406/02 - Código Civil*. Brasília: SENADO, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso: 22/04/2014.

BRASIL, *Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade*. Brasília: SENADO, 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso: 22/04/2014.

BRASIL, *Proposta de Emenda à Constituição 565/2006*. Brasília: SENADO, 2006. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=D36BBA118D89DD919E281DCAC9EA5DBE.node2?codteor=413923&filename=PEC+565/2006](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D36BBA118D89DD919E281DCAC9EA5DBE.node2?codteor=413923&filename=PEC+565/2006)>. Acesso: 22/04/2014.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. RE 271.286 (AgRg). *Revista Trimestral de Jurisprudência* 175, 2001, p. 1212-1214. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/175\\_3.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/175_3.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. ADPF 45. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/a9kzfpa>>. Acesso: 22/04/2014.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. RMS 24.699-9. 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso: 03/06/2014.

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*. STA 175 AgR/CE. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso: 22/04/2014.

United Nations, *Economic and Social Council*. *General Comment N. 4*. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/469f4d91a9378221c12563ed0053547e?Opendocument>>. Acesso: 22/04/2014.

United Nations, *World Health Organization*. *The Health Principles of Housing*, Disponível em: <[http://whqlibdoc.who.int/publications/1989/9241561270\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/1989/9241561270_eng.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.



---

**LIVROS E ARTIGOS CONSULTADOS**

ABREU, João Maurício Martins de, *A Moradia Informal no Banco dos Réus: Discurso Normativo e Prática Judicial*, Revista Online Direito GV 14<sup>a</sup> Edição, 2011, p. 391-412, Disponível em: <[http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/03\\_rev14\\_391-416\\_-\\_joao\\_mauriucio\\_martins\\_de\\_abreu\\_-\\_scielo.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/03_rev14_391-416_-_joao_mauriucio_martins_de_abreu_-_scielo.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.

AZEVEDO, Delina Santos. *A Garantia do Direito à Moradia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Artigo enviado para a segunda edição do Seminário de Urbanismo da Bahia - urbBA, promovido pelo grupo de pesquisa Lugar Comum, com temática: A produção da cidade e captura do público: que perspectivas?*, 2012. Disponível em: <[http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3\\_direito-moradia.pdf](http://www.lugarcomum.ufba.br/urbanismonabahia/arquivos/anais/ex3_direito-moradia.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz e Kozicki, Katia. *Judicialização da Política e Controle Judicial de Políticas Públicas*. Revista Online Direito GV 15<sup>a</sup> Ed., 2012, p. 59-086. Disponível em: <[http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04\\_rev15\\_059-086\\_-\\_estefania\\_maria\\_de\\_queiroz\\_barboza\\_0.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefania_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores? Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 26 ed. rev., ampl. e atual. Até 31-12-2012. – São Paulo: Atlas, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a 35, n. 138, 1998, p. 39-45. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso: 22/04/2014.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas in Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coords.), O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.285-307.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo: Atlas, 1988.

GIACOMONI, James. *Orçamento Público*. 14 ed. ampliada, revista e atualizada - 4. reimpr. - São Paulo: Atlas, 2009.

LEVY, Dan Rodrigues. *Direito Fundamental Social à Moradia Digna in Elida Séguin e Guilherme José Purvin de Figueiredo. (org.), Direitos Sociais. Estudos à luz da Constituição de 1988*, Curitiba: Letra da Lei, 2010, p. 205-255.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia, políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, a.31, n.122, p. 255-265, 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182023/000159401.pdf?sequence=1>>. Acesso: 10/09/2013.3

MASTRODI, Josué. *Direitos sociais fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MASTRODI, Josué e ROSMANINHO, Mariane Dantas. O Direito Fundamental à Moradia e a Existência Efetiva da Reserva do Possível. *Revista Eletrônica Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.1, jul.dez. 2013, p. 113-134. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/317/333>>. Acesso: 22/04/2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Manual de direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *De l'esprit des lois*. 1758. Édition établie par Laurent Versini. - Paris: Éditions Gallimard, 1995. Disponível em: <[http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055\\_MONT.pdf](http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400/14055_MONT.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.

MORRIS, Alan. *The lack of a right of housing and its implications in Australia*. *Journal of Australian Political Economy*, n. 65, p. 28-57, 2010. Disponível em: <[http://media.wix.com/ugd//b629ee\\_67635c6203e0cb865fa678a1d0238e0c.pdf](http://media.wix.com/ugd//b629ee_67635c6203e0cb865fa678a1d0238e0c.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.

NASSAR, Paulo André Silva. *Judicialização do Direito à Moradia e Transformação Social: análise das ações civis públicas da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*, Dissertação (Mestrado), Orientador Dimitri Dimoulis, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9158/NASSAR%20-20JDMTC%20-%20BKAB%20-%20final.pdf?sequence=1>>. Acesso: 22/04/2014.

PIKETTY, Thomas. *Capital on the Twenty-First Century*. Trad. para o inglês de Arthur Goldhammer. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

PIOVESAN, Flavia e VIEIRA, Renato Stanzola. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. *Araucaria*, vol. 8. Núm. 15, primeiro semestre, 2006, p.126-146. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28281509>>. Acesso: 22/04/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10 ed. rev. Atual. e amp.; 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Ano 2, n. 8, outubro/dezembro de 2008, p. 55-92. Disponível em: <[http://www.anima-opet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet\\_o\\_direito.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf)>. Acesso: 22/04/2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da, *Direitos Fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros Editores Ltda, 2009.

STEFANIAK, João Luiz. A Efetividade do Direito Humano e Fundamental à Moradia. *Revista Eletrônica Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 8, n. 8, jul.dez. 2010, p. 237-256. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/24/23>>. Acesso: 22/04/2014.

Recebido em 22/04/2014  
Aprovado em 09/06/2014