



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A efetividade do Direito à moradia nas decisões judiciais

Eliúde Telles da Silva

Rio de Janeiro
2011

ELIÚDE TELLES DA SILVA

A efetividade do direito à moradia nas decisões judiciais

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval

Prof^a. Kátia Silva

Prof^a. Mônica Areal

Prof^a. Néli Fetzner

Prof. Nelson Tavares

A EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA NAS DECISÕES JUDICIAIS

Eliúde Telles da Silva

Graduada pela Universidade Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: O direito à moradia é direito social fundamental, consagrado no artigo 6º da Constituição Brasileira, e como tal deve ter plena eficácia. Porém, enfrentamos o problema da efetividade dos direitos fundamentais, a discussão em torno da eficácia plena desta norma, bem como a análise das dimensões positivas e negativas desses direitos, referente às obrigações de fazer e não fazer do Poder Público. A fim de assegurar a realização do direito à moradia, analisaremos como o Poder Judiciário atua para garantir seu pleno exercício, enfrentando as questões da reserva do possível e do princípio da separação de poderes.

Palavras-chave: Moradia, Direitos Fundamentais, Efetividade.

Sumário; Introdução. 1. Breve histórico sobre os Direitos Fundamentais. 2. A Constituição Brasileira de 1988 e os Direitos Fundamentais. 3. Direito à Moradia. 4. A problemática da efetividade dos direitos no ordenamento jurídico. 5. O Poder Judiciário e a aplicação do direito à moradia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema do direito à moradia, assegurado a todos os cidadãos, e a sua efetividade perante o ordenamento jurídico brasileiro.

O papel do Poder Judiciário é essencial, pois quando o Poder Público descumpra a obrigação lhe foi imposta na Constituição da República, Lei Maior, não se pode deixar de garantir à sociedade um direito fundamental, sendo certo que muitas das decisões judiciais cumprem este mandamento.

Um dos objetivos deste estudo é primeiramente situar o direito à moradia entre os direitos fundamentais, cuja eficácia é plena e de aplicação imediata, demonstrando que como direito social, direito de 2º dimensão, tem o Estado uma obrigação de fazer, uma conduta positiva para com os cidadãos, não se tratando aqui de mera norma programática.

Apresenta-se o direito à moradia como algo amplo, que consiste não só em um imóvel, mas uma habitação que precisa ser digna e plena, bem localizada e dotada de infraestrutura.

A maior problemática tem foco na população de baixa renda, que não possui moradia para viver.

O trabalho busca trazer a discussão sobre a moradia nas zonas urbanas, a situação das pessoas que não possuem poder aquisitivo para obter uma habitação, e, ao mesmo tempo, explanar a omissão estatal ante a um direito básico e o papel do Judiciário a fim de trazer efetividade às normas constitucionais.

Visa-se, também, a apontar que além da norma constitucional existem leis que possuem importante função para a regularização fundiária no país, e que atualmente cabe ao Poder Judiciário proteger a posse e dar verdadeira função social ao bem imóvel quando de sua regularização fundiária, não se configurando tal conduta uma interferência na atividade do Estado. A metodologia utilizada no artigo tem base bibliográfica e jurisprudencial.

1 - BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais do indivíduo, apesar de serem inerentes aos seres humanos, fazem parte de uma história recente da humanidade, no que diz respeito a sua positivação em declarações de direitos, sendo certo que, como bem preleciona bem preleciona Carlos Weis¹,

¹ WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17

o reconhecimento destes direitos e sua evolução sempre estiveram relacionados ao limite da intervenção na esfera individual, bem como, após os movimentos socialistas e o Constitucionalismo Social, à satisfação das demandas coletivas, como agente encarregado de realizar o valor da solidariedade social.

Com o advento do jusnaturalismo do século XVII e, sobretudo do século XVIII em diante, enxergou-se claramente a idéia dos direitos fundamentais, porém não se pode esquecer que existiram alguns institutos da antiguidade, que influíram na formação destes direitos.

Neste sentido é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet ², que também traz a importância do cristianismo e da filosofia clássica para a compreensão dos direitos fundamentais, pois mesmo que consagrado o ponto de vista de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, transmitiu algumas das idéias-chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais.

De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão.

Foi na Idade Média que surgiram os antecedentes mais diretos das declarações de direitos, observando-se que neste período os documentos solenes que foram elaborados, como a Magna Carta Inglesa de 1215, continham regras que objetivavam limitar o exercício do

²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.43-48

poder estatal, refreando o poder e as arbitrariedades do rei, conforme nos reporta José Afonso da Silva³

No entanto, estas declarações que buscavam conter as autoridades em proveito de determinados estamentos, não possuíam o conteúdo dos documentos que surgiram no século XVII, inspirados nas Revoluções americana e francesa, como por exemplo, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que inegavelmente, teve maior repercussão do que as anteriores, posto que apresentava um conceito mais contemporâneo sobre os direitos fundamentais.

A ruptura desta ideologia só ocorreu por uma série de fatores, tais como a quebra da unidade religiosa, o advento de um método científico, o primor pela razão, a desconfiança da tradição e a valorização da pessoa humana, podendo apontar parte da idéia dos direitos fundamentais do homem, com o contratualismo e os jusnaturalistas, sobretudo os de viés liberal.

Começa-se a buscar cada vez mais proteger a pessoa humana, reconhecendo-se que existem direitos inatos, imutáveis, invioláveis e imprescritíveis do ser humano, sendo que estes movimentos começam a compelir o Estado a respeitar, assegurar e se responsabilizar em zelar por estes direitos.

Com o tempo, os direitos fundamentais começam a ser inseridos em uma base normativa internacional, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os pactos de Direitos Cíveis e Políticos de 1966 da ONU, destacando-se também a coexistência de sistemas regionais de proteção como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, adotado em 1969, entre outros.

³ SILVA, José Afonso da, *Direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151.

Devido às mudanças ocorridas no cenário internacional, diversos Estados foram aderindo a este sistema de idéias na esfera interna, reconhecendo estes direitos e positivando-os em suas legislações.

Como noticia Ingo Wolfgang Sarlet⁴, atualmente, os direitos fundamentais se estabelecem como uma construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade, como se observa pela sua gradativa consagração no direito internacional e constitucional, sendo que praticamente não há mais Estado que não tenha anuído a algum dos principais pactos internacionais sobre direitos humanos ou que não tenha reconhecido ao menos um núcleo de direitos fundamentais no âmbito de suas Constituições.

É certo que o Brasil também foi influenciado com o expansionismo dos direitos fundamentais, principalmente pela necessidade de transformação dos fundamentos da República após um período ditatorial e repressivo pelo qual atravessou, deixando a característica de Estado absolutista e instituindo um Estado Democrático de Direito, cuja noção está vinculada à idéia de proteção aos direitos e garantias fundamentais, sendo a democracia indispensável para o respeito dos direitos humanos.

Cumprido destacar que a doutrina, ainda que por finalidade meramente didática, apresenta a distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, posto que em vários textos internacionais e constitucionais utilizem-se terminologias diversas. O termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional.⁵

⁴ SARLET, *op. cit.*, p.25

⁵ *Ibidem*, p. 35-37

2 - A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento dos direitos essenciais do ser humano e a crescente preocupação de viabilizar uma maior proteção jurídica a estes direitos fundamentais se estendeu por vários países, que positivavam as normas em suas Constituições, inclusive pelo Brasil, com fortalecimento deste pensamento evidenciado na Constituição da República promulgada em 1988.

Como salienta Flávia Piovesan⁶ “a Carta de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar, instaurado em 1964”.

Com o novo panorama do âmbito internacional, o ideal de mudança da realidade brasileira teve seus reflexos na Assembléia Nacional Constituinte.

Para Augusto Zimmermann⁷, é notório que o preâmbulo da atual Carta Constitucional já expressa o desejo do legislador constituinte de inserir os valores democráticos e pluralistas do liberalismo político, bem como o objetivo de que o Estado venha a promover o bem-estar social, compondo os princípios revelados pelo Estado de Direito.

Importante ressaltar também a característica humanista no texto constitucional ao instituir a cláusula geral de tutela da pessoa humana, em seu artigo 1º, inciso III⁸, que tem fundamento na dignidade da pessoa humana, trazendo assim a preponderância do valor humanístico, do interesse particular sobre o interesse social, sempre que desobedecido o valor absoluto indisponível, imponderável a esta dignidade.

⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: M. Limonad, 2002, p. 49.

⁷ ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 187

⁸BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

Dentre as inovações trazidas em 1988, o texto constitucional que está em vigor atualmente atribuiu grande relevância aos direitos e garantias fundamentais, que abarcam os direitos individuais e coletivos, sociais, a nacionalidade e os direitos políticos, não só previstos no rol dos artigos 5º e 6º, mas também dispersos pelo restante do documento. Estas normas têm como destinatários os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, possuem aplicação imediata no ordenamento jurídico, na forma do §1º do artigo 5º, sendo também elevadas a cláusulas pétreas, que não podem ser abolidas ou suprimidas pelo poder constituinte derivado, conforme prevê o artigo 60, § 4º da CR.

No que concerne aos direitos e garantias fundamentais, o presente trabalho se restringe ao Direito à moradia, direito este inserido em nossa Carta Política pela Emenda Constitucional n.º. 26 de 2000.

3 – DIREITO À MORADIA

Consagra a Lei Constitucional brasileira o direito à moradia, objeto deste estudo, no artigo 6º, fazendo parte dos chamados direitos sociais.

Porém antes mesmo da CRFB de 1988 descrever expressamente tal direito, os tratados internacionais já indicavam que a moradia era importante elemento para compor a dignidade humana.

A Declaração de Direitos Humanos de 1948, em seu artigo XXV, já preconizava que toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família uma habitação. Além deste documento internacional, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 17), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais (artigo 11), a Convenção Internacional sobre todas as formas de Discriminação Racial (artigo 5º), a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (artigo

14), a Convenção sobre os Direitos das Crianças (artigo 16), entre outros tratados Internacionais, trazem em seu conteúdo a proteção à moradia adequada.

Toda essa relevância no ordenamento internacional advém, por óbvio, da evolução dos direitos fundamentais acima tratada, porém especificamente em relação ao direito à moradia, devemos situá-lo em classificação histórica que o insere como direito social, direito de segunda geração ou dimensão.

Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, em que se priorizava a liberdade individual e se buscava o afastamento da ingerência do Estado sobre a vida privada, tendo em vista diversos abusos daqueles que detinham o poder, os direitos de segunda dimensão surgiram com o objetivo de retirar o Estado da inércia, impondo ao Poder estatal um atuar positivo, a fim de garantir a todos uma gama de direitos que trariam dignidade e igualdade substancial para toda a coletividade.

De acordo com Carlos Weis⁹, estes direitos sociais nasceram em virtude da grave situação da população pobre das cidades industrializadas da Europa Ocidental, formada, sobretudo, por trabalhadores expulsos do campo, ou de pessoas atraídas por ofertas de trabalho nos grandes centros urbanos. Por resposta ao tratamento oferecido pelo capitalismo industrial e diante da inércia do Estado Liberal, diversas pessoas começaram a defender a intervenção estatal como forma de reparar a injustiça que pairava a época.

Para Gilmar Ferreira Mendes¹⁰, “os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais não porque sejam direitos da coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social”.

⁹ WEIS., *op. cit.*, p.39

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martines, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 268.

Assim, desde esta época se reconhece que cabe ao Estado fornecer, entre outros direitos, uma habitação adequada para cada cidadão. Porém não é isso que se verifica ao longo dos anos, sendo ainda nos dias atuais um grande problema social a questão da moradia.

Ter uma moradia adequada é mais do que ter um teto. A habitação em que um ser humano tem direito a permanecer deve ter um mínimo de infraestrutura, deve existir reais condições para a sua convivência e a de sua família.

Sobre a importância da moradia e de todos os seus elementos, leciona Marcos Pinto Correia Gomes¹¹ que:

Ao lado da alimentação, a habitação figura no rol das necessidades mais básicas do ser humano. Para cada indivíduo desenvolver suas capacidades e até se integrar socialmente, é fundamental possuir morada. Trata-se de questão relacionada à própria sobrevivência, pois dificilmente se conseguiria viver por muito tempo exposto, a todo momento, aos fenômenos naturais, sem qualquer abrigo. O provimento dessa necessidade passa evidentemente pelo espaço físico, pelo "pedaço de terra", mas em razão do processo de civilização acaba sempre por requerer mais do que isso. Fatores culturais, econômicos e ambientais, entre outros, moldam a questão habitacional, definindo o mínimo desejável; é certo que as soluções alcançadas na pré-história, já não satisfazem os padrões atuais, bem como a habitação minimamente adequada para as áreas rurais não atende ao modo de vida urbano.

Por isso, a residência de cada pessoa deve conter, além de quatro paredes, uma localidade com a menor incidência de ameaças advindas da natureza, como os desabamentos decorrentes de chuvas, bem como ameaças provenientes do Poder Público por sua própria culpa como as remoções obrigatórias.

Da mesma forma, é imperioso que a localidade onde se construa a habitação, seja provida de fornecimento de serviços públicos como energia elétrica, possua saneamento básico, coleta de lixo, transporte, que existam escolas próximas e tenha certa segurança e esteja situada em áreas livres de riscos da natureza. Não se pode afirmar que isso é a realidade no cenário nacional.

¹¹ GOMES, Marcos Pinto Correia. *O direito social à moradia e os municípios brasileiros*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 900, 20 dez. 2005. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/7746](http://jus.uol.com.br/revista/texto/7746)>. Acesso em: 26 ago.2011.

Tendo em vista a inércia estatal quanto à prestação de meios para se adquirir uma moradia, ou mesmo de fornecer um lar a quem não possui condições, as pessoas então se veem obrigadas a construir um teto em lugares inadequados e perigosos, trazendo a desordem no planejamento urbanístico e também perigos à vida e a saúde para si e para outros.

Por consequência, como aponta Marcos Aurélio Bezerra de Melo¹², tal informalidade na ocupação do solo urbano gera inconstância e também precariedade jurídica para o cidadão, que, por não possuir um imóvel digno, sofre constante preconceito, marginalização. Segundo o autor, tal cidadão “sente-se excluído por não ter, o que é extremamente perverso, acesso a um endereço regular que o qualifique como morador da urbe, dificultando o seu acesso a empregos formais, crédito, além da discriminação social inerente”.

A desordem da ocupação urbana é claramente visível. Então, verifica-se outra faceta da omissão estatal, que está na ausência de fiscalização do solo urbano, faltando ação para não permitir que se edifiquem imóveis em áreas de preservação ambiental ou mesmo embaixo de um viaduto.

Além disso, a não fiscalização em áreas abandonadas, em imóveis em que o proprietário não lhe imprime qualquer função social, também contribuem para a falta de espaços dignos que deveriam ter por destinação primária a moradia.

Por essa falta de organização estatal, quando ocorrem episódios desastrosos decorrentes de fenômenos naturais, como a chuva, em que muitos cidadãos perdem suas casas por enchentes ou mesmo pela ocorrência de desabamento por conta da má localização da residência, em lugares de alto risco, não se cumpre o direito fundamental à moradia, uma vez que se removem todas as pessoas para lugares tão desertos e longínquos, em que não existe condições para se manterem.

¹² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.2.

Normalmente, os lugares são construídos rapidamente, ante a urgência, em locais desprovidos de qualquer infraestrutura, muito distantes de onde as pessoas eram domiciliadas, afastados do emprego, de parentes, enfim, de tudo e todos que poderiam de fato ajudar. E como estas pessoas são aquelas que possuem baixa renda para sobreviver, não possuem dinheiro para o transporte, entre outras necessidades, por diversas vezes acabam por retornar ao local de risco.

Da mesma forma, o Estado não atua em benefício dos cidadãos quando por interesse político e não por real necessidade ou preocupação com a situação, impõe a retirada imediata de moradores de comunidades carentes, não lhes oferecendo qualquer alternativa em relação a nova residência.

É importante salientar que entre as aplicações do direito à moradia existe de fato a conduta de atuar positivamente, mas não se pode esquecer que, em se tratando de propriedade, algumas vezes cabe ao Poder Estatal se abster de agir arbitrariamente.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet¹³ destaca que existe uma dimensão negativa e uma dimensão positiva relacionada à aplicabilidade dos direitos fundamentais, mais especificamente do direito à moradia. Enquanto a dimensão positiva diz respeito à obrigação de fazer do Estado em prestar positivamente ações para a proteção dos direitos, a dimensão negativa, ou função defensiva dos direitos fundamentais, indica que a moradia deve ser protegida contra toda e qualquer sorte de ingerências indevidas.

Por isso, no caso da remoção arbitrária no exemplo acima explanado, não se afigura a conduta uma ingerência legítima estatal, justamente por violar o dever jurídico de não afetar a moradia das pessoas, principalmente quando não há outra alternativa a ser adotada.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais Fundamentais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.1019.

Após breves comentários sobre o conteúdo do direito à moradia, é certo verificar a competência para a adoção de políticas públicas, a fim de conceder efetividade ao direito.

E no que se refere à competência constitucional, até mesmo pela localização do direito ora em comento no artigo 6º da Carta Magna de 1988, é notória a responsabilidade concorrente de todos os Entes da Federação na efetivação dos direitos fundamentais.

Além disso, o artigo 23, inciso IX, da Constituição Brasileira prevê que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Apesar de existirem muitas falhas dos Poderes em relação à implementação dos direitos, tem-se que indicar também a produção de alguns instrumentos positivos, em especial algumas leis que ajudam a regularizar este assunto.

Como exemplo, verificam-se as inovações do Código Civil de 2002, que trouxe em seu artigo 1288, §4º¹⁴ a chamada desapropriação indireta, que beneficia um grande número de pessoas que, apesar de terem construído em área de outrem, pela função social da propriedade e pelo próprio direito à moradia não são removidas do local, mas têm sua posse legitimada.

O Estatuto da Cidade, Lei 10257/2001, contém diretrizes para os entes da Federação elaborarem um planejamento de desenvolvimento das cidades de forma ordenada, a fim de se controlar o uso do solo urbano.

A regularização trazida pela Lei 11.977/2009, conhecida como “Minha casa, minha vida”, a Lei 6766/79, que trata sobre o parcelamento do solo urbano, bem como os institutos da usucapião especial de imóvel urbano e a concessão de uso especial para fins de moradia, regulamentam exatamente o uso da propriedade para o interesse social, trazendo a

¹⁴ BRASIL. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 26 ago.2011.

regularização fundiária para quem não possui moradia ou para quem a possui, mas irregularmente.

Contudo, não há qualquer proveito na produção de diversas leis se não existe aplicação, efetividade dos direitos previstos.

Portanto, seja por conduta comissiva ou omissiva do Estado, acaba-se por violar o ordenamento jurídico pátrio e internacional, e é nesse momento em que o Poder Judiciário deve intervir para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais sociais. Porém, é de grande discussão a atuação jurisdicional em seara que pertence ao Poder Executivo, sendo muitos os questionamentos se tal conduta violaria ou não o Princípio da Separação dos Poderes.

4 - A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Não há dúvidas de que o direito à moradia é um direito social, e por consequência fundamental, sendo ultrapassada a doutrina que nega a característica de direito fundamental a essa categoria.

Situado o direito como fundamental, há de se expor a questão da efetividade dos direitos sociais e a classificação de tais normas constitucionais.

Neste momento, é importante novamente citar a distinção doutrinária acerca dos direitos fundamentais, que divide esses em direitos de defesa e direitos de prestação, ou dimensão negativa e dimensão positiva dos direitos fundamentais, diferença esta que é relevante para os direitos sociais.

Os direitos de defesa são aqueles que impõem ao Estado e aos particulares um dever de se abster, de não ingerência nos direitos de outras pessoas. A doutrina também traz a denominação de dimensão negativa dos direitos fundamentais.

Já os direitos a prestação exigem um agir do Estado. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁵ esses direitos “buscam favorecer as condições materiais indispensáveis ao desfrute efetivo dessas liberdades”.

Tais dimensões dos direitos fundamentais, ou funções como alguns denominam, não se excluem, mas se complementam, pois conforme o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶, a dimensão negativa mostra-se imprescindível para a proteção da dimensão positiva. Especificamente citando o direito à moradia, o autor diz que de nada adiantaria assegurar positivamente o acesso a uma moradia digna, se esta moradia não estivesse protegida negativamente contra ações do Estado e de terceiros.

Ao fazer a diferenciação e adentrar na seara da efetividade, verifica-se que quanto aos direitos de defesa, muito não se discute entre os doutrinadores que comentam sobre o tema, sendo que é reconhecida a sua plena efetividade, com aplicabilidade imediata e por consequência sua exigibilidade, sem necessidade de qualquer atuar maior do legislador infraconstitucional e do Poder Executivo, a não ser a conduta de abstenção.

Porém, com relação aos direitos prestacionais ou de dimensão positiva, em especial no tocante aos direitos sociais, há grande controvérsia sobre sua aplicabilidade e eficácia, principalmente porque, ao impor ao Estado uma prestação material, esbarra-se com a problemática das normas programáticas e também com a argumentação sobre a reserva do possível.

¹⁵ MENDES; COELHO; BRANCO. *op.cit.*, p.292.

¹⁶ SARLET, *op.cit.*,p. 1035

A grande parte dos direitos a prestação, pela forma com que são apresentados genericamente na Constituição, dependem primeiramente do atuar do legislador infraconstitucional para editar leis mais específicas que irão posteriormente levar efeitos integrais a esses direitos. Da mesma forma, os direitos prestacionais necessitam da atuação do Poder Executivo para implementar políticas públicas que ocasionem a sua concretização.

Mas essa efetivação somente é possível quando existem recursos financeiros para o cumprimento das ações estatais, sendo certo que somente os órgãos políticos possuem competência para decidir em que setores serão aplicadas as verbas públicas, não havendo intromissão, a princípio, do Poder Judiciário.

No entanto, é importante salientar que isso não significa que essas normas constitucionais não tenham eficácia, pois como Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁷ nos adverte, essas regras serão parâmetro para o controle de constitucionalidade para qualquer legislação ou medida que restrinja ou esteja tendente a abolir estes direitos sociais, além de serem modelos interpretativos das demais normas no ordenamento jurídico brasileiro.

De qualquer forma, o entendimento de que os direitos sociais dependem da atuação do Poder Público para legislar e apresentar programas estatais direcionados a esse setor, juntamente com a dependência da existência de recursos financeiros para a sua concretização, com a prevalência do princípio da reserva do possível, não resolvem o problema da efetividade, mas, ao contrário, tornam a implementação desses direitos cada vez mais distante de exigibilidade.

Apontar que os direitos sociais são meras normas programáticas, ou seja, são intenções, metas que o Poder Público visa a alcançar, tratando essas regras como que esvaziadas de responsabilidade para o Estado, pois não se pode exigir seu cumprimento como verdadeiro direito subjetivo, tende a contrariar o disposto no artigo 5º, §1º da Constituição da

¹⁷ MENDES; COELHO; BRANCO, *op.cit.*, p. 296-297.

República, que indica que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

Esta não é uma visão que se encontra em consonância com os Princípios do mínimo existencial e da Máxima Efetividade, bases na interpretação de normas constitucionais, em especial quando se trata de direitos fundamentais.

Por isso é que o melhor entendimento é de que os direitos sociais, principalmente por sua importância, possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Assim pensa Marcos Pinto Correia Gomes¹⁸ que advoga a tese de que ainda que não haja atuação do Poder Público, o Poder Judiciário poderá atuar quando requisitado e cobrar ao Estado uma prestação positiva, ante a sua omissão, “declarando-o obrigado a estabelecer formas de agir em prol de suas obrigações, até mesmo estabelecendo prazo para tanto”.

Portanto, apesar da grande controvérsia sobre o tema, principalmente quanto aos direitos fundamentais classificados como prestacionais, nos quais se enquadram os direitos sociais, há de se reconhecer a sua eficácia e sua exigibilidade em diversas hipóteses, com ou sem a necessidade de atuação dos Poderes Executivos e Legislativos, tendo o Poder Judiciário papel fundamental para a efetividade dos direitos, cuja análise se faz a seguir.

5 – O PODER JUDICIÁRIO E A APLICAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

A função jurisdicional, nas palavras do doutrinador e Desembargador Alexandre Freitas Câmara¹⁹, é a “função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”.

¹⁸ GOMES, *op. cit.*, p.1

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16 ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.74.

O Poder Judiciário foi instituído para interpretar a lei, verificar a vontade do legislador e assim assegurar a efetividade desta norma no caso concreto.

Com o direito à moradia, previsto no artigo 6º da CRFB/88, não é diferente. Apresentado ao Judiciário uma pretensão onde se exige com base neste direito uma prestação material, o juízo deve dar máxima efetividade ao direito fundamental e aplicá-lo.

Para não adentrar em área discricionária dos Poderes Legislativo e Executivo, em casos excepcionais, o Poder Judiciário tem enfrentado a questão e superado a discussão sobre a Separação dos Poderes, a fim de exigir providências concretas do Poder Executivo em relação ao direito à moradia, utilizando a regra do artigo 6º da CRFB não como norma programática, mas como norma constitucional de plena eficácia.

Tal entendimento de proatividade do Poder Judiciário é uma grande evolução, conforme indica o doutrinador Daniel Sarmiento²⁰:

Hoje, no entanto, este panorama se inverteu. Em todo país, tornaram-se freqüentes as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados. Trata-se de uma mudança altamente positiva, que deve ser celebrada. Atualmente, pode-se dizer que o Poder Judiciário brasileiro “leva a sério” os direitos sociais, tratando-os como autênticos direitos fundamentais, e a via judicial parece ter sido efetivamente incorporada ao arsenal dos instrumentos à disposição dos cidadãos para a luta em prol da inclusão social e da garantia da vida digna.

Quando o Poder Legislativo e o Poder executivo atuam e providenciam algumas ações estatais, editam normas referente ao direito à moradia dos indivíduos, mas por alguma razão não a cumprem, indiscutivelmente é possível se exigir o cumprimento de tal obrigação judicialmente, pois a exigência no caso não será simples e diretamente pela norma constitucional, mas sim pela lei infraconstitucional.

Um dos exemplos mais recorrentes no Tribunal do Estado do Rio de Janeiro nos dias atuais está relacionado ao aluguel social ou auxílio moradia. Este benefício do aluguel social

²⁰ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: ARRUDA, Paula (Org.). *Direitos humanos – questões em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p.142-143

foi concedido pelo Estado e diversos Municípios atingidos por catástrofes naturais, as chuvas e enchentes, sendo direcionado a pessoas que perderam suas residências por estes fatos e não possuíam condições financeiras de encontrar rapidamente uma nova morada sem a ajuda de custo.

Porém, muitos dos Decretos Municipais que tinham a previsão do benefício do auxílio moradia, condicionavam seu pagamento a existência de verba em Fundos Especiais criados para estas situações de calamidade, e com este subterfúgio o Poder Público se eximia de efetuar tal pagamento.

Diversas são as ações judiciais envolvendo o tema, e não obstante as argumentações defensivas do Estado referente à reserva do possível, falta de previsão orçamentária e o afastamento do Judiciário devido ao princípio da separação de poderes, o Tribunal tem compelido os entes federativos a pagar o auxílio, sempre indicando o artigo 6º da Constituição da República como principal argumento para o cumprimento da obrigação.

Além disso, em relação à argumentação referente ao princípio da separação dos poderes, tais provimentos jurisdicionais têm afastado a tese e indicando que, apesar de ser papel dos Poderes Executivo e Legislativo implementarem ações estatais a fim de efetivar este direito social, em caso de omissão ou violação do direito, forçosa se mostra a atuação judicial para assegurar sua proteção.

O doutrinador Eduardo Cambi²¹, ao falar sobre a questão da separação de poderes, se posiciona do sentido de que tal princípio não é um fim em si mesmo, mas “somente tem sentido se funcionar como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, e, destarte, não pode ser invocado contra o objetivo de tutela destes direitos”.

²¹ CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: CAMBI, Eduardo, KLOCK, Andrea B., ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 97

Neste sentido é a uma das diversas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro²²:

0048351-19.2011.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. HENRIQUE DE ANDRADE FIGUEIRA - Julgamento: 22/09/2011 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL - PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. ALUGUEL SOCIAL. Agravo de instrumento contra decisão que antecipou os efeitos da tutela a fim de o Agravante promover a inclusão da Agravada no projeto denominado "Aluguel Social". Cabível a tutela de urgência contra a fazenda pública como orienta de forma pacífica a jurisprudência. Correta a decisão que antecipou a tutela, pois a Agravada possui parques recursos financeiros, residia em local atingido pelas chuvas de janeiro de 2011 e sua casa foi interdita por ordem do poder público, condições que justificam sua participação no projeto, de modo a assegurar o direito constitucional à moradia. A plausibilidade do direito e o risco da demora autorizam antecipar os efeitos da tutela para o Agravante pagar aluguel social à Agravada. A teoria da reserva do possível por enquanto não se aplica ao caso, de vez que carecem os autos de prova com respeito à eventual dificuldade do Agravante em suportar o aluguel social, mormente considerando a participação dos governos federal e estadual em auxílio aos municípios abandonados pelo Agravante. Recurso desprovido.

É importante salientar que estas decisões referentes ao aluguel social concretizam o direito à moradia, exigindo do Poder Público a entrega de prestação positiva, material, rechaçando a alegação de que os direitos sociais são meras normas programáticas.

Da mesma forma, a orientação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prestigia o cumprimento dos direitos fundamentais, afastando muitas vezes, após a análise do caso concreto, a questão da reserva do possível, pois no verbete 241 da súmula de jurisprudência do TJERJ²³, se preceitua que cabe ao ente público o ônus de demonstrar o atendimento a reserva do possível nas demandas que versem sobre efetivação de políticas públicas estabelecidas pela Constituição.

Hoje o Supremo Tribunal Federal²⁴ já afirma que, não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 0048351-19.2011819.0000. Relator: Desembargador Henrique de Andrade Figueira. Publicado no DO 26.09.2011. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em 15 out.2011.

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Verbetes 241 da súmula do TJRJ. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em 15 out. 2011

²⁴ STF - ADPF 45 *apud* GOMES, p. 4-5

revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedente já enfatizado, e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes seja injustamente recusada pelo Estado.

Outro assunto muito discutido na doutrina e jurisprudência é a dimensão defensiva do direito à moradia, referente ao dever de abstenção de todos para a tutela deste direito, em especial quando se verifica a questão das remoções arbitrárias e a penhorabilidade do bem de família do fiador.

Quanto às remoções arbitrárias do Poder Público, a fim de retirar famílias de áreas de risco ou mesmo por conta da área construída ser um bem público, ou mesmo ser área de proteção ambiental, há de se fazer uma ponderação de interesses no caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

No caso de remoção de alguma família, com o direito à moradia em conflito com o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com previsão no artigo 225 da CRFB, há de se fazer algumas considerações.

Primeiramente, há de se notar que o Estado falhou com o seu dever de fiscalização para se evitar a construção em área proibida. Em segundo lugar, deve ser analisado que em muitos casos estas construções de residências são de famílias pobres, e posteriormente deve se

verificar se há um dano ambiental tal grave e irreparável que não se possa manter o grupo de pessoas no local.

Se forçosa a remoção, é imperioso que o Poder Público, que possui culpa concorrente na hipótese, conceda alternativa para as pessoas não ficarem desalojadas, em especial por conta da situação financeira precária. Quando o Estado assim não se posiciona, o Poder Judiciário possui plena legitimidade para intervir e tutelar o direito expresso no artigo 6º da CRFB/88.

A Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região²⁵, de Santa Catarina, analisou uma hipótese de ponderação de interesses entre o direito à moradia e o direito ao meio ambiente, tendo se posicionado de modo a concretizar a efetivação de ambos os direitos, ao rejeitar pretensão estatal de remoção arbitrária sem a disponibilização de meios alternativos para a proteção da parte ré e de sua família:

Ação civil pública. Direito Ambiental. Direito à moradia. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Desocupação forçada e demolição de moradia. Área de preservação permanente. Posse antiga e indisputada. Aquiescência do Poder Público. Disponibilidade de alternativa para moradia. Terreno da marinha. Desnecessidade de perícia judicial. Proteção à dignidade humana, despejo e demolição forçadas para proteção ambiental. Prevenção de efeito discriminatório indireto.

1. Não há nulidade pela não realização de perícia judicial quanto à qualificação jurídica da área onde reside a autora como terreno de marinha, à vista dos laudos administrativos e da inexistência de qualquer elemento concreto a infirmar tal conclusão.

2. A área de restinga, fixadora de dunas, em praia marítima, é bem público da União, sujeito a regime de preservação permanente.

3. A concorrência do direito ao ambiente e do direito à moradia requer a compreensão dos respectivos conteúdos jurídicos segundo a qual a desocupação forçada e demolição da moradia depende da disponibilidade de alternativa à moradia.

4. Cuidando-se de família pobre, chefiada por mulher pescadora, habitando há longo tempo e com aquiescência do Poder Público a área de preservação ambiental em questão, ausente risco à segurança e de dano maior ou irreparável ao ambiente, fica patente o dever de compatibilização dos direitos fundamentais envolvidos.

5. O princípio de interpretação constitucional da força normativa da Constituição atenta para a influência do conteúdo jurídico de um ou mais direitos fundamentais para a compreensão do conteúdo e das exigências normativas de outro direito fundamental, no caso, o direito ao ambiente e direito à moradia.

6. Incidência do direito internacional dos direitos humanos, cujo conteúdo, segundo o Alto Comissariado para Direitos Humanos da ONU (*The Right to adequate housing (art. 11.1): forced evictions: 20/05/97. CESCR General comment 7*),

²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Apelação Cível nº. 2006.72.04.003887-4/SC. Relator: Roger Raupp Rios. Publicado no DE em 12.06.2009. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em 26 ago. 2011

implica que "nos casos onde o despejo forçado é considerado justificável, ele deve ser empreendido em estrita conformidade com as previsões relevantes do direito internacional dos direitos humanos e de acordo com os princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade" (item 14, tradução livre), "não devendo ocasionar indivíduos "sem-teto" ou vulneráveis à violação de outros direitos humanos. Onde aqueles afetados são incapazes para prover, por si mesmos, o Estado deve tomar todas as medidas apropriadas, de acordo com o máximo dos recursos disponíveis, para garantir que uma adequada alternativa habitacional, reassentamento ou acesso a terra produtiva, conforme o caso, seja disponível."

8. Proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que o sujeito diretamente afetado seria visto como meio cuja remoção resultaria na consecução da finalidade da conduta estatal, sendo desconsiderado como fim em si mesmo de tal atividade.

9. Concretização que busca prevenir efeitos discriminatórios indiretos, ainda que desprovidos de intenção, em face de pretensão de despejo e demolição atinge mulher chefe de família, vivendo em sua residência com dois filhos, exercendo, de modo regular, a atividade pesqueira. A proibição da discriminação indireta atenta para as consequências da vulnerabilidade experimentada por mulheres pobres, sobre quem recaem de modo desproporcional os ônus da dinâmica gerados das diversas demandas e iniciativas estatais e sociais.

Nota-se que apesar de o direito à moradia, ou qualquer direito fundamental, não ser absoluto, o Poder Judiciário tem atuado ativamente, a fim de observar e conceder máxima efetividade ao direito, não se eximindo de agir quando é provocado.

Nas palavras de Eduardo Cambi²⁶, a Constituição é Lei maior e “está acima de todas as funções estatais”, sendo imperiosa a função do Judiciário de assegurar a realização dos direitos fundamentais, mesmo que isto seja um ponto divergente, sendo certo que não se pode reservar aos juízes “papel de mero carimbador” das decisões dos outros poderes. Assim, em casos de omissão dos Poderes Executivo e Legislativo, ou na frustração na função de implementar as políticas públicas para a observância do direito à moradia, existe legitimidade de haver controle judicial.

CONCLUSÃO

A discussão sobre a efetividade do direito à moradia ainda é grande, porém a doutrina e a jurisprudência têm avançado no sentido de conferir máxima efetividade a esse direito social.

²⁶ CAMBI, op.cit., p. 97.

Não obstante a dificuldade de compelir os Poderes Executivo e Legislativo a implementarem políticas públicas, a fim de trazer dignidade e moradia as pessoas, principalmente pela limitação da reserva do possível e do princípio da separação dos poderes, não se pode tolerar omissões e descasos quando se trata de direitos fundamentais, direitos esses que devem ser priorizados quando o Poder Público exerce sua função.

Inegavelmente, o direito à moradia é um direito social fundamental e como tal, há de se afastar a ideia de que são normas programáticas, mas sim regras de aplicabilidade plena e imediata.

Apesar de não poder impor ao Poder Público que forneça tudo a todos, concedendo uma moradia a cada cidadão, por falta de recursos, verbas públicas suficientes para tal demanda, não se pode ignorar que muitas pessoas ainda vivem em condições precárias e sem moradia digna, sendo certo que tudo que está ao alcance da Administração e dos representantes do povo deve ser feito para efetivar esse direito, não sendo fundamento razoável somente alegar a reserva do possível para nada fazer.

Como mencionado, o controle judicial é legítimo, em especial quando existe omissão ou pouca ação para se cumprir a ordem constitucional de agir, ou mesmo quando se viola a abstenção que o Estado observar para não frustrar o direito social a moradia.

Com isso, corrobora-se com o entendimento de Eduardo Cambri²⁷, quando este defende que o Judiciário é chamado a corrigir desvios na finalidade a serem atingidas para a proteção do direito, assumindo, ao lado do Poder Executivo e Poder Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social.

²⁷ *Ibidem*, p. 98.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm>. Acesso em: 26 ago. 2011.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/2002/L10406.htm>. Acesso em 26 ago.2011

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. AI 0048351-19.2011819.0000. Relator: Desembargador Henrique de Andrade Figueira. Publicado no DO 26.09.2011. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em 15 out.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Verbete 241 da súmula do TJRJ. Disponível em: www.tjrj.jus.br. Acesso em 15 out. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª região. Apelação Cível nº. 2006.72.04.003887-4/SC. Relator: Roger Raupp Rios. Publicado no DE em 12.06.2009. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em 26 ago. 2011

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16 ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAMBI, Eduardo. Revisando o princípio da separação dos poderes para tutelar os direitos fundamentais sociais. In: CAMBI, Eduardo, KLOCK, Andrea B., ALVES, Fernando de Brito (Org.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, Marcos Pinto Correia. *O direito social à moradia e os municípios brasileiros*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 900, 20 dez. 2005. Disponível em: <[HTTP://jus.uol.com.br/revista/texto/7746](http://jus.uol.com.br/revista/texto/7746)>. Acesso em: 26 ago.2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Martines, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: M. Limonad, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7 ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa. In: NETO, Claudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais Fundamentais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais. In: ARRUDA, Paula (Org.). *Direitos humanos em debate*. Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2009.

SILVA, José Afonso da, *Direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

WEIS, Carlos. *Os direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de direito constitucional*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.