

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

DIOGO OLIVEIRA MUNIZ CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Zélia Luiza Pierdoná

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Diogo Oliveira Muniz Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-855-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O artigo DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS RESPECTIVOS CUSTOS de Zélia Luiza Pierdoná e Verbena Duarte Brito de Carvalho tem por objetivo demonstrar que todo direito fundamental tem um custo público e que a exacerbada constitucionalização de direitos, muitas vezes feita de forma retórica, sem os deveres fundamentais correlatos, especialmente sem a previsão de seus respectivos custos, leva à realização deficiente dos direitos ou sua não realização.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: O DEVER DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, de Diogo Oliveira Muniz Caldas e Camila Rabelo de Matos Silva Arruda, traz a discussão sobre o direito à saúde como um desmembramento do direito à vida e as dificuldades encontradas pelo Estado para o cumprimento efetivo do Direito a vida, bem como o fornecimento de medicamentos para o cumprimento do mínimo existencial.

O artigo O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO DOS DOCENTES NO ENSINO SUPERIOR SOB O ASPECTO DA QUALIDADE DO TRABALHO PEDAGÓGICO de Franceli Bianquin Grigoletto Papalia, busca investigar o impacto da terceirização da docência no ensino superior frente à qualidade do trabalho pedagógico a ser desenvolvido por estes profissionais. A temática da pesquisa é referente aos reflexos que poderão ocorrer no trabalho pedagógico de professores de ensino superior através da terceirização do setor.

O artigo POLÍTICA NACIONAL DE DEFESA E ESTRATÉGIA NACIONAL DE DEFESA: MARCOS REGULATÓRIOS INDUTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SEGURANÇA DA AMAZÔNIA de Randal Magnani e Warley Freitas De Lima, tem por finalidade demonstrar a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para a segurança da Amazônia, partindo da análise da Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa, documentos de referência para o assunto.

O artigo 13 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: INTER-RELAÇÕES ESSENCIAIS ENTRE DIREITO A UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA E A ASSISTÊNCIA SOCIAL de Camila Belinaso de Oliveira e Tiago Bruno Bruch tem como objetivo central a assistência social como essencial ao enfrentamento da violência contra a mulher. Analisa os dados oficiais relacionados à violência doméstica do Brasil e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340

/2006), com ênfase as medidas protetivas e os serviços disponíveis na rede socioassistencial para o atendimento das mulheres vítimas.

O artigo **CONVERSANDO COM HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA REGULAÇÃO À EMANCIPAÇÃO** de Juliana Lazzaretti Segat e Valmôr Scott Junior objetiva analisar aspectos regulatórios e emancipatórios dos grupos reflexivos de gênero para autores de violência doméstica.

O artigo **POLÍTICAS PÚBLICAS, INTERSECCIONALIDADE E DIREITO À SAÚDE REPRODUTIVA DA MULHER: O CASO ALYNE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA VERSUS BRASIL** de Urá Lobato Martins tem como objeto de estudo o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira versus Brasil, submetido ao Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). Analisa as recomendações do CEDAW; as políticas públicas em prol do direito à saúde reprodutiva da mulher; a relação entre a vulnerabilidade decorrente do gênero, da raça e da classe social, segundo a perspectiva interseccional.

O artigo **PERSPECTIVAS DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE: CAMINHOS POSSÍVEIS** de Charlise Paula Colet Gimenez e Lígia Daiane Fink dos Santos tem como objetivo apresentar a Teoria da Legislação de Manuel Atienza como mecanismo de solução de conflitos sociais ao romper com o caráter simbólico da Lei na perspectiva do direito à saúde e da problemática da judicialização da saúde no Brasil.

O artigo **PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 NO BRASIL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS** de Tarsila Rorato Crusius e Mártin Perius Haeberlin busca compreender como a implementação da Agenda2030 no Brasil poderá contribuir para a concretização dos direitos humanos, concluindo ser necessária a incorporação de seus objetivos e metas nas estratégias e nos instrumentos de planejamento e orçamento da União e dos entes subnacionais.

O artigo **OBJEÇÕES À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA** de Marcelo Nunes Apolinário e Vanessa Aguiar Figueiredo tem como pressuposto analisar algumas das objeções à justiciabilidade do direito social à moradia, principalmente no que concerne a exigibilidade judicial.

O artigo **FORNECIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO PARA DOENÇAS RARAS E ULTRARRARAS** de

Carlos Eduardo Malinowski e Thaís Dalla Corte trata das atuais diretivas do STF relacionadas à provisão pelo SUS de medicações não registradas para doenças raras e ultrarraras. Para tanto, aborda o direito à saúde, sua relativização e judicialização; elenca as normas empregadas pela ANVISA para o provimento de medicamentos; e apresenta as decisões do STF sobre o tema.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS DOENÇAS RARAS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DESTAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Victor Luna Vidal tem como escopo analisar a sindicabilidade judicial do direito à saúde no tocante aos pedidos de custeio pelo Estado de tratamentos para doenças raras. Adota-se como arcabouço teórico o Pós-Positivismo Jurídico, especialmente representado pelas contribuições de Dworkin (2002) e Alexy (2011).

O artigo DEVERES FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE DE PAGAR TRIBUTOS E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS de Elcias Oliveira da Silva e Jan Carlos Cerqueira Bezerra busca analisar deveres fundamentais de pagar tributos e seus reflexos sociais a partir de sua conformação na Constituição Federal e ordenamento jurídico pátrio.

O artigo O PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA: UM MODELO DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CALCADO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DE RECURSOS PÚBLICOS À NÍVEL LOCAL de Yasmin Sant'Ana Ferreira Alves de Castro analisa o esvaziamento da capacidade de investimento do estado, diante do comprometimento expressivo das despesas com educação para honrar a folha de pagamento de profissionais da pasta, demonstrando que apesar do elevado percentual de investimento em educação no País, a adoção de medidas vinculantes de receitas demonstra-se insuficiente para ver satisfeitas as demandas sociais locais imediatas.

O artigo DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: AGENDA 2030 E A EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO FUNDAMENTAL DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA NO BRASIL de Eva Cecília Trindade Siqueira e Carlos Augusto Alcântara Machado analisa as diretrizes utilizadas pelas Nações Unidas para erradicar a pobreza, objetivo fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Verifica as políticas públicas implementadas durante a consecução da Agenda do Milênio da Organização das Nações Unidas até 2015, os avanços decorrentes da iniciativa no contexto brasileiro, e os principais desafios a serem superados na Agenda 2030.

O artigo O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ENVOLVENDO OS CONFLITOS INFRACIONAIS NO ESTADO DO PARÁ de Ruth Crestanello e Jolbe Andres pires mendes busca compreender de que forma a aplicação da justiça restaurativa enquanto solução alternativa, vem se configurando numa nova diretriz básica de aprimoramento de gestão criminal e na realização de um direito fundamental social por meio de políticas públicas de pacificação social e segurança pública.

O artigo O USO DE NUDGES EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DA SAÚDE de Juliana Diógenes Pinheiro e Andre Studart Leitao analisa em que medida os nudges e a arquitetura da escolha, delineados pela economia comportamental, podem ser utilizados pelo Estado por meio de políticas públicas, com o escopo de orientar as pessoas a tomarem decisões melhores no campo da saúde.

O artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DAS AQUISIÇÕES EMERGENCIAIS REALIZADOS PELO MUNICÍPIO DE BELÉM PARA CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS de Mayara Bonna Cunha e Silva e Luma Cavaleiro de Macedo Scaff realiza pesquisa quantitativa no Mural de Licitações no ano de 2018 para verificar: os processos existentes e as despesas decorrentes.

O artigo FEDERALISMO E JUDICIALIZAÇÃO: O CASO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL de Marcio Aleandro Correia Teixeira e Larissa Diana Barros Soares trata sobre Federalismo, Direito à Saúde e Judicialização de Políticas Públicas. O trabalho consiste no entendimento do Sistema Único de Saúde, instituído pela Constituição de 1988, e funciona baseado em normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. O fenômeno da judicialização, permite questionamentos acerca da intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde.

O artigo A TRAJETÓRIA DAS POLÍTICAS DE ENSINO PROFISSIONAL NO BRASIL ENTRE A PRIMEIRA REPÚBLICA (REPÚBLICA VELHA) E A LDB 1996 de Paulo Roberto De Souza Junior faz uma reflexão inicial da trajetória das políticas públicas que embasaram a história da Educação Profissional até a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB de 1996. Analisa alguns aspectos anteriores as LDBs, bem como as forças políticas e as contradições sobre a educação profissional no Brasil.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: A EFETIVIDADE ILUSÓRIA DO DIREITO À SAÚDE de Norma Sueli Alves dos Santos Vidal tem por objetivo trazer reflexões sobre a interferência da judicialização das políticas

públicas de saúde com o enfrentamento da seguinte problemática: A judicialização é um instrumento eficaz para efetivação do direito à saúde?

O artigo DIREITO AO TRÂNSITO SEGURO E AS AÇÕES MUNDIAIS PARA O APRIMORAMENTO DA SEGURANÇA NO TRÂNSITO José Antonio Da Silva e Valter Foletto Santin trata da questão do direito ao trânsito seguro no Brasil, com milhares de mortos e de sequelados em acidente de trânsito, anualmente. A ONU aprovou um conjunto de ações para a redução do número de mortes no trânsito até 2020, estabelecendo o trânsito seguro como direito fundamental, com adesão do Brasil.

O artigo JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MARANHÃO: UM CAMINHO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI de Edith Maria Barbosa Ramos e Tereza Cristina Soares da Fonseca Carvalho busca discutir a Justiça Restaurativa no campo dos direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei. Estuda a perspectiva restaurativa presente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Apresenta a experiência da Justiça Penal de Adolescentes em São Luís/MA.

O artigo CONCEPÇÃO TEÓRICA, MARCOS LEGAIS, MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E DESENHO INSTITUCIONAL DOS MUNICÍPIOS PARA INGRESSO NO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (SUSP) de Laecio Noronha Xavier analisa a unificação política da Segurança Pública e da Defesa Social que adveio com a criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), conforme previsto nas leis nº 13.675/2018 e nº 13.756/2018, mantendo conexão com as leis no 11.530/2007 e nº 11.707/2008 que instituíram o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

O artigo LIMITAÇÕES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O AUMENTO DA POBREZA NO BRASIL de Daisy Rafaela da Silva e José Marcos Miné Vanzella tem por objeto a análise da situação da prestação dos Direitos sociais no contexto da crise brasileira ante a escassez de recursos público e o agravamento da crise econômica e social.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA AO PACIENTE DIABÉTICO NO ESTADO DO PARÁ: 10 ANOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0006454-87.2008.4.01.3900 de Andreza Casanova Vongrapp Santos analisa os efeitos da judicialização da assistência farmacêutica ao portador de Diabetes Mellitus no Estado do

Pará tendo como referência a Ação Civil Pública nº 0006454-87.2008.4.01.3900 e verifica como as políticas públicas destinadas aos diabéticos evoluíram no período de 2008, quando a ação foi interposta, até a presente data.

O artigo POLÍTICA NACIONAL PARA PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ANÁLISE DO PLANO NACIONAL (DECRETO Nº. 7.053/2009) E DA (IN) VISIBILIDADE DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA de Tatiane Campelo Da Silva Palhares analisa a condição de pessoas em situação de rua e os direitos fundamentais sob a ótica do direito constitucional. O trabalho objetiva refletir sobre a condição de pessoas em situação de rua a partir do mínimo existencial para o alcance dos direitos fundamentais.

Desejamos que as pesquisa aqui apresentadas contribuam para a reflexão sobre as políticas públicas de efetivação dos Direitos Sociais no nosso país.

Tenham uma boa leitura.

Diogo Oliveira Muniz Caldas - UVA / UNICARIOCA

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU / FADI

Zélia Luiza Pierdoná – UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OBJEÇÕES À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA.
OBJECTIONS TO THE JUSTICIABILITY OF THE SOCIAL RIGHT TO HOUSING

Marcelo Nunes Apolinário
Vanessa Aguiar Figueiredo ¹

Resumo

O presente trabalho tem como pressuposto analisar algumas das objeções à justiciabilidade do direito social à moradia, principalmente no que concerne a exigibilidade judicial. Primeiramente abordar-se-á sobre os direitos fundamentais sociais; Posteriormente, será trabalhado acerca do conteúdo do direito de moradia; Por último, os principais obstáculos e restrições acometidos ao direito social à moradia. Assim, entende-se que o problema em relação a justiciabilidade dos direitos sociais está ligado a própria origem dos mesmos, já que carecem de instrumentos e estratégias próprias. Utilizou-se a revisão bibliográfica-documental como método investigativo.

Palavras-chave: Direito social à moradia, Justiciabilidade, Direitos sociais, Reserva do possível

Abstract/Resumen/Résumé

The present work has assumption to analyze some of the objections to the justiciability of the social right to housing, especially regarding judicial enforceability. Firstly, it will address fundamental social rights; Later, it will be worked on the content of housing right; Finally, the main obstacles and restrictions affecting the social right to housing. Thus, it is understood that the problem regarding the justiciability of social rights is linked to their own origin, since they lack their own instruments and strategies. The bibliographic review was used as an investigative method.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social right to housing, Justiciability, Social rights, Reserve of the possible

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas Mestrado e Doutorado (PIB-MD) da UFPel. Advogada.

1 INTRODUÇÃO

Reconhecido como um direito humano, a moradia é um dos corolários da dignidade humana. Desde os primórdios, a morada tornou-se uma das principais preocupações dos seres humanos, desde que deixaram de ser nômades até o momento que se estabeleceram como sedentários, houve a necessidade de ter um local que visasse abrigo e proteção. Pela importância, a moradia foi consubstanciada como um direito, passando assim a incorporar os principais documentos jurídicos tanto em nível nacional como internacional, tornando-se uma obrigação estatal fornecer subsídios formais e materiais para o acesso a este direito.

No constitucionalismo contemporâneo, a tutela jurídica do direito à moradia foi proporcionada pelo avanço protetivo em relação aos direitos sociais. Porém, há uma forte resistência à implementação destes preceitos enquanto direitos subjetivos e a possibilidade de serem plenamente exigíveis. Os direitos sociais sofrem restrições principalmente quanto aos seus efeitos se comparados com os direitos civis e políticos, estariam a maioria dos direitos sociais, incluindo o direito social à moradia, abarcados em conteúdo programático e de aplicação não imediata, dependendo da discricionariedade do poder público.

Esse trabalho visa verificar os obstáculos concernentes a exigibilidade do direito social de moradia, principalmente no que condiz a teoria da reserva do possível. O estudo se deu em razão da necessidade de se analisar a norma garantidora do direito à moradia a partir de uma reflexão teórica e conceitual na busca de um melhor tratamento jurídico ao direito à moradia, enquanto direito social. Para a construção da pesquisa, primeiramente se fez uma breve revisão do aporte jurídico dos direitos humanos fundamentais sociais e os principais movimentos que os colocaram em um local importante na conjuntura do constitucionalismo. O segundo tópico enfoca o significado e conteúdo do direito à moradia, os principais instrumentos jurídicos que o resguarda, além da dimensão negativa e positiva deste direito. Ademais neste tópico também será abordado sobre a relação entre o fundamento da dignidade da pessoa humana e o direito à moradia.

No terceiro e último tópico abordado no trabalho, cuida-se dos obstáculos da exigibilidade dos direitos sociais e em específico do direito social à moradia, enquanto direito subjetivo, principalmente a partir de seu viés prestacional (positivo) na constituição brasileira. Analisa-se, também, a chamada “reserva do possível” e quanto o limite orçamentário pode impactar na realização do referido direito. Vale ressaltar que para o trabalho foram adotados referenciais teóricos como Victor Abramovich e Christian Courtis, Odoné Serrano Júnior, Ingo Sarlet e José Afonso Silva.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A maioria dos autores sustenta que os direitos fundamentais têm uma longa história (DIMOULIS; MARTINS; 2007). Em um breve aparato histórico, já é possível vislumbrar a origem dos direitos fundamentais no mundo antigo. O Código de Hammurabi, na Babilônia, é considerado por alguns autores como a primeira lei ou codificação no qual há manifestação dos direitos fundamentais (ADEODATO, 1989). A Magna Carta de 1215 também foi o marco para a positivação destes direitos, visto que, além de dispor sobre a limitação do poder, também preconizava a respeito de alguns direitos fundamentais, a *priori* destinados aos senhores feudais.

Com o advento da Idade Moderna, a proteção dos direitos humanos foi uma das principais bandeiras do Estado de direito do liberalismo, a partir das ideias do Estado absolutista. Locke na Inglaterra, Rousseau e Montesquieu na França, além de Kant na Alemanha, foram os principais autores da época e que influenciaram na ascensão dos direitos fundamentais. De forma sucinta:

Dessas concepções aqui referidas (um pouco menos influentes as ideias kantianas) surgiu o tufão revolucionário francês de 1789 e a consequente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagrou como direitos fundamentais os seguintes direitos humanos: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e da anterioridade em matéria penal, princípio da presunção de inocência, liberdade religiosa, livre manifestação de pensamento (GALINDO, 2006, p.41).

Os direitos erigidos como fundamentais no Estado liberal eram apenas de caráter individual, ficando de fora os direitos coletivos, sociais e difusos. Isso se deve ao fato de que a ideologia liberal era essencialmente individualista, defendendo um Estado não-intervencionista (GALINDO, 2006). O avanço social do período se deu com a Constituição mexicana de 1917, pois a carta foi a primeira a qualificar alguns direitos sociais, principalmente os de cunho trabalhista, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. No mesmo caminho e com o advento do Estado social foi a Constituição alemã da República de Weimar de 1919 que garantia também direitos sociais, como exemplo a proteção à maternidade.

Com o desrespeito aos direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial, devido as atrocidades cometidas pelo regime nazista, começou a se pensar em uma maior proteção a dignidade humana e os direitos até então desrespeitados. Na esfera internacional foi de extrema importância em relação a proteção dos direitos humanos e consequentemente dos

direitos sociais, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Assim, várias constituições incluíram em seus textos os direitos fundamentais sociais:

No âmbito europeu cabe citar a Constituição francesa de 1946, a italiana de 1948, e a Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949. Mais recentemente, a Constituição portuguesa de 1976 e a espanhola de 1978. No continente americano, especialmente na América Latina, também se seguiu a elaboração de constituições com estatutos de direitos sociais, por exemplo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a Constituição Política da Colômbia de 1991 (CARVALHO, 2006, p. 21).

No estudo dos direitos fundamentais sociais é necessário trabalhar em torno das múltiplas dimensões de tais direitos, segundo Budel (2017), os direitos fundamentais são classificados pela doutrina com o fito de permitir uma melhor compreensão do fenômeno jurídico da evolução desses direitos em acompanhamento ao desenvolvimento da sociedade e de todas as características inerentes a um dado momento histórico que demandam atenção por parte do Direito. Por isso, os direitos fundamentais de primeira dimensão são os direitos de liberdade, sobretudo os direitos do indivíduo singularmente considerado perante o Estado. São os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade (formal).

Com o advento do Estado Social no qual o Estado deixaria de ser abstencionista, mas intervencionista no plano socioeconômico, os direitos fundamentais também deveriam seguir esta linha. Esses direitos fundamentais seriam direitos de crédito do indivíduo em relação a coletividade (LAFER, 1998). Se estabelece assim os direitos fundamentais sociais e econômicos de segunda dimensão. São os direitos ao trabalho, à educação, à saúde, à moradia, à proteção a maternidade e a infância, à assistência social e previdência social. A realização de tais direitos fundamentais implica uma responsabilidade ativa por parte do Estado, ou seja, ensejam, em regra, uma atuação (positiva) para que sejam concretizados.

A terceira dimensão de direitos, tidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, surgiram da compreensão de que os direitos fundamentais não seriam apenas os direitos dos indivíduos ou dos grupos e sociedades específicas, mas haveria uma categoria de direitos fundamentais que se estenderiam ao próprio gênero humano (GALINDO, 2006). Entre estes direitos estão o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. Ante a questão das dimensões/gerações dos direitos fundamentais, há alguns autores que defendem a existência de uma quarta dimensão de direitos:

Tal dimensão é fruto de um pensamento globalizante acerca dos direitos fundamentais, pois o fenômeno da globalização só tem sido levado adiante no campo da economia, deixando de lado a mais importante das globalizações que é a globalização do humanismo e da solidariedade, enfim, a globalização dos direitos fundamentais [...] (GALINDO, 2006, p.69).

Portanto, os direitos fundamentais percorram um longo caminho até a sua efetiva positivação nos principais documentos jurídicos, por isso na secção seguinte do trabalho será abordado brevemente sobre o desenvolvimento histórico-constitucional dos direitos fundamentais no Brasil.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO BRASIL

Na história constitucional brasileira, a primeira Constituição do Império de 1824, proclama, mesmo que de forma singela, os direitos fundamentais no art. 179. É interessante também assinalar a presença de direitos sociais na Constituição de 1824 no rol do art. 179: o direito aos socorros públicos (XXXI) e o direito à instrução primária gratuita a todos os cidadãos (XXXII), apesar de os direitos sociais serem um evento próprio do século XX (GROFF, 2008).

Com a proclamação da República, a Monarquia no Brasil teve seu fim, em 1889. No ano de 1891 surge a primeira constituição republicana. Em relação aos direitos fundamentais, tratou a constituição de incluir em seu texto a Declaração de Direitos de 1948, estabelecendo um rol de direitos fundamentais mais extenso do que a constituição de 1824: liberdade de culto; casamento civil e gratuito; cemitérios seculares; ensino leigo nos estabelecimentos públicos; fim da religião de Estado; direitos de reunião e associação; ampla defesa; perda da propriedade em decorrência de desapropriação por necessidade e utilidade pública, mediante indenização prévia; abolição das penas de galés e do banimento judicial; abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra; habeas corpus; propriedade intelectual e de marcas e instituição do júri. Contudo, em relação aos direitos sociais, a Constituição de 1891 nada tratou.

A terceira Constituição brasileira foi a de 1934 inspirada na Constituição alemã de Weimar, com forte conotação social. A Constituição era uma Carta que inovou o constitucionalismo brasileiro e era muito avançada para a época. Ela trazia como valor maior o bem comum (BONAVIDES; ANDRADE, 1999). Dando continuidade à tradição das constituições brasileiras, a Constituição de 1934 previu um capítulo sobre direitos e garantias no art. 113. Além dos direitos individuais, a Constituição de 1934 estabeleceu no constitucionalismo brasileiro os direitos sociais, principalmente o direito à subsistência e à assistência aos indigentes.

A Constituição de 1937 de cunho fascista extinguiu direitos e garantias fundamentais, apenas garantiu um extenso rol de direitos individuais no art. 122. Já a Constituição de 1946

que se propôs a redemocratizar o país, dentro deste contexto, restabeleceu os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1934, com extenso rol de direitos sociais relativos aos trabalhadores.

A Constituição de 1946 foi substituída pela Constituição de 1967/1969. Nesta Constituição, os direitos fundamentais sofreram diversas restrições com os Atos Institucionais, por isso a Constituição de 1967 destinou um capítulo sobre direitos e garantias individuais e um artigo com rol de direitos sociais dos trabalhadores, artigos 153 e 165, respectivamente.

Com o estabelecimento novamente do regime democrático no país, é promulgada em outubro de 1988 a Constituição de 1988 que rege o país até hoje. A tida “Constituição Cidadã” determinou o Estado Democrático de Direito, por isso o art. 5º., da Constituição Federal traz um extenso rol de direitos individuais, de garantias clássicas (DIMOULIS; MARTINS; 2007). A própria localização topográfica dos direitos fundamentais, no início do texto constitucional (Título II), demonstra a importância destes direitos. A Constituição Federal de 1988 também estabelece no art. 6º, *caput*, o rol de direitos sociais e passaram a ser tratados no Título II, referente aos direitos fundamentais.

Assim, na análise breve sobre a evolução dos direitos fundamentais sociais no Brasil permite constatar a progressão destes direitos na ordem jurídica e política no país, em todos os níveis. Em razão disso, no tópico a seguir a abordagem será o direito social à moradia, tema central deste trabalho, além do seu conteúdo e significado.

3 SIGNIFICADO E CONTEÚDO DO DIREITO À MORADIA

Os seres vivos, mesmo os irracionais, abrigam-se em defesa do seu corpo, seja num tronco, galho de árvore, buraco no chão ou até numa singela moradia, como a feita pelo pássaro joão-de-barro (NOLASCO, 2008). Assim a moradia ocupa e sempre ocupou um espaço importante no conceito de qualidade de vida, principalmente porque se refere a um dos componentes mais primordiais e essenciais da vida humana. É preciso morar, diz Rodrigues (2003), o pertencimento do Homem ao local dispõe que a moradia é fundamental em todos os estágios do bem-estar e da proteção. Ter uma moradia predispõe não só um abrigo físico como também um local para resguardo mental:

Para que venha a ser aquilo que o mundo sempre se destinou a ser – uma morada para os homens durante sua vida na terra – o artifício humano deve ser um lugar adequado à ação e ao discurso, a atividades não só inteiramente inúteis às necessidades da vida, mas de natureza inteiramente diferente das várias atividades da fabricação mediante a qual são produzidos o mundo e todas as coisas que nela existem. (ARENDRT, 2003, p. 181).

Para cada camada ou seguimento da sociedade a moradia traduz concepções e significados diferentes, em geral, a casa é a similitude de seus moradores, pois a maior parte do tempo estamos nela. Como observa Lefebvre (1966): Desde o grau mais sombrio da vida cotidiana, ter uma família, fundar uma família, viver em família, é ter uma casa, uma habitação, e ocupá-la, arranjá-la; A concepção de moradia é universal, é sempre necessário ter um local para abrigo e proteção.

Pela extrema importância, a moradia foi determinada como direito. Reconhecida como um direito humano universal e indivisível, foi positivada na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, nos arts. 22 a 27. A partir desta Declaração, o direito à moradia passou a aparecer em vários documentos internacionais. Sobre o tema de implementação do direito à moradia no campo formal, Sarlet destaca, entre outros instrumentos internacionais que vieram a consagrar o direito de moradia:

[...] a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969), cujo art. 5º assegura, sem discriminação por motivos de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, entre outros direitos, o direito à moradia. Em termos semelhantes, também as Convenções Internacionais sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (1989), bem como a Convenção sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes (1990), contém dispositivos reconhecendo um direito à moradia, com alguma variação no que diz com dimensões específicas deste direito [...] (SARLET, 2010, p.17).

Outro importante documento para a concretização do direito à moradia, principalmente enquanto direito social, de segunda dimensão é o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o Pacto consolida vários direitos já reconhecidos na Declaração Universal de 1948 e reafirma o direito à moradia. O artigo 11 do PIDESC é compreendido por Nelson Saule Júnior (1997) como o alicerce do reconhecimento do direito à moradia como um direito humano, tendo gerado, inclusive, para os Estados signatários a obrigação de promover e proteger este direito. Vale salientar que os direitos concebidos neste pacto, apresentam realização progressiva e os Estados se obrigam a adotar medidas, até o máximo dos recursos disponíveis, a fim de alcançarem progressivamente a plena concretização dos mesmos.

Ao abordar o direito à moradia, os vários documentos que foram consagrados após a Declaração Universal de 1948 aperfeiçoaram o conteúdo deste direito. Assim, o direito à moradia abrangeu o conceito de moradia *digna e adequada*. A previsão estabeleceu que este direito consiste além de um simples teto, envolvendo também, infraestrutura, saneamento básico, saúde e lazer. A Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976) e a

Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) são exemplos da tratativa deste direito no plano internacional.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por inaugurar o período de redemocratização no país, pautada no Estado Democrático de Direito, o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 estabelece o fundamento da dignidade humana, por isso somente com a Constituição Federal que o direito à moradia e os demais tornaram-se direitos fundamentais da pessoa humana. A moradia foi incluída no rol dos direitos sociais, art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 com o advento da Emenda Constitucional nº 26, de 2000. O art. 23, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 estabelece que: “é 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”. Loreci Nolasco assim afirma:

Nesse sentido, o direito à moradia é um direito de igualdade: em geral, direitos sociais de acesso, de oportunidade. São frutos de adscrição, não de capacidade econômica ou produtiva (não fosse assim, estaríamos excluindo a criança, o inválido, o hipossuficiente). Por meio deles, a sociedade exerce a justiça distributiva(...). (NOLASCO, 2008, p. 91).

A moradia, nas suas diversas manifestações (ocupação/utilização de um espaço com lastro em direito de propriedade, locação, concessão de uso, mera posse, direito real de moradia etc.), é um bem referente à integridade física, psíquica e moral da pessoa, cujo respeito se dá pela via do exercício do direito à moradia minimamente condigna e adequada (SERRANO JÚNIOR, 2012). Por isso, a proteção à moradia além do espaço físico em si, envolve outros bens jurídicos, implicando seu conteúdo em direitos de cunho negativo (direitos de defesa) e positivo (direitos a prestações). Em razão disso, o Comentário Geral nº 4 da ONU (Organização das Nações Unidas) define em que consiste uma moradia adequada:

- Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.
- Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.
- Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.
- Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.
- Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta.
- Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.

- Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade cultural.

O documento resultante da Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, a Agenda Habitat II, que tratou sobre os problemas habitacionais também foi responsável por designar o que é considerada moradia adequada:

[...] adequada privacidade, adequado espaço, acessibilidade física, adequada segurança, incluindo segurança de posse, durabilidade e estabilidade estrutural, adequada iluminação, aquecimento e ventilação, adequada infraestrutura básica, bem como o suprimento de água, saneamento e tratamento de resíduos, apropriada qualidade ambiental e de saúde, e adequada localização com relação ao trabalho e serviços básicos devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível (SAULE JÚNIOR, p. 67, 1997).

Sendo assim, a moradia oportunizada ao cidadão deve ser habitável, ou seja, não colocar em situação de risco seu morador, assim a plena garantia desse direito pressupõe que uma moradia adequada em todas suas dimensões, deve ter boas condições de higiene, conforto e capaz de preservar a intimidade e privacidade das pessoas.

O direito à moradia é um direito de segunda dimensão e direito social por excelência. É um direito autônomo que possui esfera e fins próprios, por isso, de acordo com o autor Sergio Iglesias Nunes de Souza:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, Não só físico, como também as fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da “moradia” é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, “moradia” é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. “Residência” é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da “moradia” sobre determinado bem imóvel. Assim, a “moradia” é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico (SOUZA, 2004, p.45).

A partir das considerações aqui tecidas, é notório perceber a importância da moradia para o desenvolvimento de qualquer pessoa em na sociedade. O reconhecimento jurídico só reafirma a necessidade básica da moradia. Por isso que na sequência do trabalho será abordado sobre a relação do conceito de moradia digna com o fundamento da dignidade da pessoa humana.

3.1 MORADIA DIGNA: INDISPENSÁVEL PARA A DIGNIDADE HUMANA

Como atribui o autor José Afonso Silva (1998), *Dignidade da pessoa humana* não é uma criação constitucional, é um conceito *a priori*, preexistente a toda experiência, tal como a própria pessoa humana. Por óbvio, tem seu fundamento nos textos constitucionais aliada ao

Estado Democrático de Direito. Na mesma linha de raciocínio, Ingo Sarlet (2011, p. 60), em sua obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*, atribui a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (...)”.

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

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

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

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

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

Cabe ressaltar que a proteção da dignidade humana visa diminuir os abismos sociais, consequentemente, quando analisada na ótica do direito à moradia tende a buscar a promoção de medidas que amenizem o problema habitacional. Além disso, este postulado reforça a

titularidade do direito à moradia aos grupos mais vulneráveis da sociedade. Portanto, uma das nuances da dignidade humana é a moradia, cuja tutela deve ser totalmente integral já que a não habitação ou a precariedade desta representa a perda da própria condição humana.

3.2 DIMENSÃO NEGATIVA E POSITIVA DO DIREITO À MORADIA

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

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

Essa obrigação na verdade tem dois aspectos. Um de caráter imediato de impedir a regressividade do direito à moradia, de impedir medidas e ações que dificulte ou impossibilite o exercício do direito à moradia [...] O outro aspecto da obrigação do Estado Brasileiro de promover e proteger o direito à moradia é de intervir e regulamentar as atividades do setor privado, referente a política habitacional, como a regulamentação do uso e acesso a propriedade imobiliária, em especial a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir, dispor sobre instrumentos tributários, dispor sobre regimes de locação, de concessão de uso para fins de moradia.

Nesta função prestacional, o direito à moradia demanda uma atuação do Estado contra danos e para salvaguardá-lo, há deveres estatais de fomentar este direito. O fato de o direito social à moradia ter esta nuance também de direito prestacional ou positivo, se assenta a discussão, como veremos a seguir, se há possibilidade de surgir uma prestação material para com o Poder Público, pois é enquadrado como norma programática:

[...] sem que aqui se possa e pretenda adentrar a instigante discussão em torno das assim denominadas normas constitucionais programáticas (ou de cunho programático), não há como desconsiderar que o direito à moradia inequivocamente também (mas não só) assume, no que diz com a sua perspectiva prestacional, a condição de norma programática, impondo ao Poder Público a tarefa de atuar positivamente na promoção, proteção, enfim, na concretização das metas

constitucionalmente estabelecidas, no sentido de assegurar uma moradia compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana para a população. Por outro lado, também é certo (pelo menos para a expressiva doutrina) que os direitos sociais prestacionais – em que pese sua dimensão programática – nem por isso perdem em fundamentalidade. Da mesma forma, importa repisar que mesmo as normas constitucionais programáticas não são destituídas de eficácia (ainda que eventualmente mais reduzida) além de serem – na medida da sua eficácia – diretamente aplicáveis, não sendo, de resto, poucos e inexpressivos os efeitos jurídicos que delas se pode extrair independentemente de uma intermediação do legislador (SARLET, 2010, p.233-234).

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

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

Ademais, a dimensão prestacional do direito social à moradia está positivada no próprio Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais (1966). O referido pacto dispõe em seu artigo 2º, item 1: “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

Portanto, o direito à moradia assume uma pluralidade de conteúdos e funções, implicando direito de cunho negativo (direitos de defesa) e positivo (direitos a prestações), a função prestacional é a que mais suscita questionamentos por seu conteúdo prestacional a ser efetivado pelo Poder Público, é o que será analisado posteriormente.

4 OBSTÁCULOS À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

4.1 NOÇÕES PRELIMINARES SOBRE JUSTICIABILIDADE

A Constituição Federal de 1988 institui que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser excluída da apreciação da função jurisdicional do poder público (art. 5.º, XXXV, CFB/88), por isso o termo *justiciabilidade* insere-se especificamente no contexto jurisdicional e dirige-se contra o Estado:

A justiciabilidade é o afixamento estatal dos direitos como contrapartida do monopólio da justiça pelo Estado. Foi a moeda de troca quando o homem, na formulação do contrato social, abriu mão da possibilidade de fazer a justiça privada para a proteção de seus direitos, outorgando ao Estado a legitimidade para fazê-lo em seu nome mediante a concessão da *actio*. Em sentido analítico, equivale à qualidade daquilo que é justiciável. Sob o aspecto semântico corresponde ao atributo assecuratório estatal de tutela jurídica dos direitos perante o Estado-jurisdição ou, em outras palavras, exequibilidade jurisdicional do direito (SAES, p. 88-89, 2008).

A justiciabilidade diz que todo direito ou pretensão é tutelável ou exequível pelo Estado, e por isso, confere a quem se acha titular do mesmo, submetê-lo ao crivo jurisdicional, afim de que haja um provimento jurisdicional. Por isso que a justiciabilidade refere-se à possibilidade de reclamar perante um juiz ou tribunal o cumprimento das obrigações que derivam do direito (QUEIROZ, 2006). Está atrelado a noção de direito subjetivo já que impõe vistas à tutela da pretensão decorrente do direito subjetivo perante o Estado-jurisdição, já que o direito público subjetivo consiste em instituto que põe o seu titular em situação dotada de determinadas faculdades jurídicas que são garantidas através de normas.

Desse modo, a relevância do estudo sobre justiciabilidade se dá pelo fato de que à efetivação dos direitos sociais, principalmente os de cunho prestacional, ensejam uma atuação positiva por parte do Estado, como é o caso do direito social à moradia no qual os principais desafios no que toca a sua justiciabilidade serão discorridos a seguir.

4.2 EFICÁCIA DA NORMA GARANTIDORA DO DIREITO SOCIAL À MORADIA

O Estado Democrático de Direito além de valorizar os direitos individuais, consagrou também os direitos sociais. São estes direitos frutos do valor da igualdade e que, em regra, estabelecem a favor de seus titulares uma atuação positiva do Poder Público. Ocorre que, existem algumas distorções em relação aos direitos sociais e que colocam em dúvida a fundamentalidade dos mesmos, como aquele que, de forma comum, afirma que os direitos sociais são apenas aqueles que impõem a obrigação estatal de agir, ou desconstruir a comum afirmação de que somente eles possuem custos (SAMPAIO, 2013). Por vezes, os direitos sociais tem seu valor jurídico negado, caracterizando-os como meras declarações de

compromisso político. Dentre estes direitos sociais que possuem baixa carga de eficácia jurídica ou exigibilidade está o direito social à moradia.

Não só a moradia, como os demais direitos sociais sofrem com alguns argumentos que restringem a justiciabilidade desta categoria. O primeiro ponto é a distinção entre os direitos econômicos, sociais e culturais com os direitos civis e políticos. Aos direitos civis e políticos são atribuídas somente obrigações negativas ou de abstenção, ao passo que os direitos econômicos, sociais e culturais implicariam no nascimento de obrigações positivas e que demandariam gastos públicos para serem concretizadas. Abramovich e Courtis (2005) esclarecem que a principal diferença entre direitos civis e direitos sociais, para os partidários da doutrina tradicional, é a distinção entre obrigações positivas e negativas. No caso dos direitos civis, estes exigiriam obrigações negativas por parte do Estado, isto é, de abster-se da ingerência na esfera individual, o que não geraria custos para o poder público. Ao passo que, os direitos econômicos, sociais e culturais por a obrigação estatal ser positiva, demandaria um dispêndio financeiro.

Os autores argentinos Abramovich e Courtis (2005) ainda ressaltam a dimensão negativa dos direitos sociais afirmando que eles não se esgotam somente em obrigações positivas, já que igualmente como os direitos civis, o Estado também tem a obrigação de abster-se de praticar determinada conduta que os afete. No caso do direito à moradia, manifestar-se-á a dimensão prestacional, e por lógica, a obrigação positiva, quando se demandar, por exemplo, a estruturação de órgãos e a edição de normas que estabeleçam procedimentos de tutela deste direito, mas pode ser que em algum momento a violação deste direito se dê em razão de uma ação praticada pelo Estado.

Outra distorção estrutural dos direitos sociais que corrobora para a problemática de sua fundamentalidade diz respeito aos direitos sociais serem tidos como incompletos, ou seja, por serem estes direitos dependentes de uma intermediação institucional do legislador e que:

no se puede exigir su garantía y su reconocimiento por los tribunales si no existe ley que los desarrolle, pero los posibles beneficiarios están protegidos porque si es obligatorio su respeto por los tres poderes del Estado, que no podrán actuar contra ellos, que no podrán realizar políticas ni construir jurídicamente en contradicción con estos parámetros (PECES-BARBA, 2006, p.160).

A partir desta concepção, analisando o direito social à moradia na constituição federal de 1988, não se impõe uma obrigação jurídica ao Estado brasileiro, mas traduz o conteúdo de princípios que se incluem entre os fins do Estado. Porquanto a norma que assegura a moradia e a coloca como direito social impõe e ainda requer a ação legislativa posterior, se faz

indispensável a mediação do legislador, editando normas infraconstitucionais regulamentadoras. Neste caso, a norma depende de uma legislação futura para a atuação positiva do programa que veiculam, ou seja, preveem um programa, exigindo que o legislador o implemente por meio de lei, por isso os direitos sociais são tidos como normas programáticas.

Outro obstáculo em relação a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, e conseqüentemente com o direito à moradia, está vinculado com a falta de especificação concreta do conteúdo destes direitos. Segundo Abramovich e Courtis (2005, p.122) “cuando una constitución o um tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones o abstecciones debidas.” No caso do direito à moradia o problema é ainda mais acentuado, pois o constituinte optou por uma disposição genérica deste direito dificultando tanto a sua delimitação como a identificação de um núcleo do direito em questão e a respectiva tutela através de posições jurídicas individuais.

As normas que consagram direitos econômicos, sociais e culturais são quase todas normas programáticas. Assim, o reconhecimento de que os direitos sociais se apoiam na programaticidade constitucional, significa dizer que eles vinculam o legislador infraconstitucional ao futuro, em razão disso, não lhe é atribuído à aplicação imediata de poder demanda-los em juízo. Esse entendimento persiste tanto na jurisprudência quanto na doutrina, o que nos leva a concluir que há uma negação mascarada da normatividade desses direitos (LINS, 2009). Portanto, foram tecidas neste tópico algumas considerações a cerca dos obstáculos que os direitos sociais sofrem. No último ponto do trabalho, será analisado em específico sobre a reserva do possível e o direito social à moradia e quais as principais objeções que esta teoria pode acarretar na efetividade deste direito.

4.3 A RESERVA DO POSSÍVEL E EXIGIBILIDADE DO DIREITO À MORADIA

O *leanding case* segundo a doutrina em que a expressão “reserva do possível” na experiência jurídica dos países de tradição romano-germânica foi o julgamento, pelo Tribunal Constitucional Alemão, denominado caso *numerus clausus*, em 18 de julho de 1972 (BVerfGE 33,303). De forma sucinta, a questão levantada no caso foi que entre os anos de 1952 e 1967, o número de estudantes universitários dobrou na Alemanha e o governo, todavia, não conseguiu acompanhar esse crescimento, principalmente no que diz respeito à estruturação das universidades. O impacto social foi gigantesco e fez com que o assunto fosse

levado a Corte Constitucional em dois processos envolvendo a pretensão de cidadãos em acessarem os cursos de medicina nas Universidades de Hamburgo e Munique. O objetivo era esclarecer se as regras das legislações estaduais que restringiam o acesso à universidade ao número de vagas disponíveis estariam em compatibilidade com a Lei Fundamental. A Corte Constitucional alemã entendeu que de acordo com a Lei Fundamental, não havia exigência constitucional de prestação estatal no sentido de prover vagas de ensino para os diferentes cursos ou direito individual de obtenção de uma vaga em universidade. Assim, a oferta de vagas em universidades públicas estava sujeita a “reserva do possível” (SERRANO JÚNIOR, 2012).

Passados mais de 30 anos do julgamento do caso, o parâmetro da reserva do possível está intimamente ligado aos direitos sociais, tanto na questão de exigibilidade como concretização. A partir dessa constatação, alguns teóricos entendem que a reserva do possível se torna um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais, ou seja, há uma dependência para a concretização destes direitos da capacidade econômica do Estado que não pode ser ignorada pelas decisões judiciais (AMARAL, 2001). Em razão disso, não obstante a disciplina dos direitos sociais no art. 6º, *caput*, da constituição federal de 1988, a simples declaração constitucional não lhes assegura a plena eficácia, é necessário todo um dispêndio financeiro com o intuito de oportuniza-los.

A respeito dos limites financeiros na concretização dos direitos sociais, Daniel Sarmiento afirma que:

Numa ordem centrada na dignidade da pessoa humana não se pode conceber a realização de despesa pelo Estado como um campo livre para as decisões do legislador orçamentário e do administrador. Pelo contrário, há prioridades que a eles se impõe por força de princípios constitucionais revestidos de elevado teor moral (...). Assim, me parece que o Poder Judiciário está plenamente legitimado para fiscalizar o cumprimento destas prioridades pelos demais poderes estatais (SARMENTO, 2008, p.578).

Todos os direitos possuem um custo e, portanto, todos eles estão sujeitos a razoabilidade da teoria da reserva do possível. Porém, o direito social à moradia possui algumas peculiaridades que o coloca em posição com relação aos demais. A moradia é considerada como um direito de alto custo, pois demanda toda uma logística para que a política pública que assegure este direito seja implementada de forma satisfatória. O autor José Reinaldo de Lima Lopes, comparando semelhanças entre o direito à educação e o direito à moradia, bem assevera estas especificidades:

O direito à educação: é mais do que o direito de não ser excluído de uma escola; é, de fato, o interesse de conseguir uma vaga e as condições para estudar (ou seja, tempo livre, material escolar etc). Ora, se a vaga não existe, se não existe o tempo livre, se não há material escolar a baixo custo, como garantir juridicamente tal

direito? [...] Paradigmaticamente a mesma coisa ocorre com o direito à moradia: como transformar o direito à propriedade (defesa de bens contra a injusta invasão ou apropriação de terceiros e permissão para deter bens legitimamente adquiridos) em direito à moradia (acesso à propriedade, ou à posse – pela locação, por exemplo – de um local onde se estabelecer com a família numa cidade)? [...] (LOPES, 1994, p. 127)

As políticas públicas destinadas a moradia fomentam um planejamento das atividades estatais, como por exemplo, o direito à moradia digna é conexo com o direito à cidade sustentável e os Municípios desempenham um papel estratégico, conforme determinação constitucional, de controle do solo urbano. Neste caso a atividade de planejamento urbanístico torna-se incumbência do poder público e que possui um custo alto ao Estado para o devido planejamento. Ademais, o direito de moradia, não obstante a constatação de que todo indivíduo necessita de um lugar para morar digno, é um direito que não será atendido pelo Estado, se a pretensão for a de somente conseguir uma moradia.

A reserva do possível representa um limite fático e jurídico à concretização na seara judicial dos direitos sociais, mas isto não se trata de um empecilho de que o poder público crie meios que possibilitem o seu alcance, como Ingo Sarlet esclarece, a reserva do possível apresenta:

Pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da pretensão, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade (SARLET, 2007, p. 304).

No caso do direito à moradia, o Estado brasileiro no que diz respeito à política habitacional tem a obrigação de instituir organismos, constituir uma legislação, programas, planos de ação e instrumentos de modo que se possa garantir esse direito para os cidadãos, e tudo isso diz respeito a questão orçamentária do Estado. Portanto, o direito à moradia para ser efetivado necessita de custos, a eficácia e a realização dependem de recursos. Cabe lembrar que todos os direitos sociais pressupõem disponibilidade financeira do Estado, com o direito à moradia isso não seria diferente. É necessário a observância da reserva do possível já que é necessário para implementação de qualquer direito das reais condições financeiras e econômicas, o orçamento público quando não cumprido, traz consequências e o poder judiciário não pode determinar o direcionamento de recursos sem a necessária prudência para implementar determinada política pública. Porém, a reserva do possível não pode provocar o

não cumprimento de ações em prol dos direitos sociais, já que é necessário articular esses direitos, neste caso o direito social à moradia, com as políticas sociais para o necessário desenvolvimento urbano.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção e afirmação histórica dos direitos fundamentais sociais é fruto de vários movimentos que perseguiram instituir estes direitos como fundamentos do próprio Estado. Os direitos sociais vieram com o objetivo de garantir o exercício e usufruto de direitos em condições de igualdade. Acontece que os direitos sociais nos últimos tempos vêm sofrendo uma enorme descridibilidade, não só no que diz respeito a sua efetivação como também o teor de sua norma. Apesar da constitucionalização, os direitos sociais encontram desafios tanto no campo teórico como jurídico que colocam em dúvida a justiciabilidade dos mesmos.

No que concerne o direito social à moradia, a estruturação histórica e jurídica deste direito é marcada por obstáculos que lhe são inerentes. A eficácia jurídica e social do direito de moradia exige uma ação positiva do Estado com o objetivo de promover uma política urbana e habitacional devidamente concreta e eficaz. Ao longo da pesquisa pode-se perceber que todos os direitos sociais possuem problemas com relação à justiciabilidade ou pouca identificação das obrigações mínimas estatais. Cabe salientar que os problemas referentes à justiciabilidade dizem respeito tanto a formulação de normas que estabelecem estes direitos, que por vezes são dotadas de alta programaticidade, bem como, os organismos que são encarregados da aplicação dos direitos sociais.

No que confere ao direito de moradia, não é um direito imediato, não é exequível propriamente dito por si mesmo, porém faz parte dos deveres que devem ser perseguidos pelo Estado de forma progressiva. Cabe ao Estado adotar medidas e providências com o fim de realizá-lo. Em relação a teoria da reserva do possível, é notório que todos os direitos possuem um alto custo para serem realizados, sejam eles direitos sociais ou direitos civis e políticos. A teoria da reserva do possível influi na efetividade do direito de moradia, mas ela se justifica quando há real impossibilidade financeira, devem ser feitas determinadas escolhas para melhor destinação financeira. Por fim, a tutela do direito à moradia depende de uma série de articulações, no que consiste a norma garantidora, enseja que seja analisada através do mínimo existencial para melhor garantia de um direito efetivo.

Referências Bibliográficas

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. **Jura gentium**: Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale, Firenze, 2005. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/courtis.htm>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

ADEODATO, João Maurício. **O problema da Legitimidade: no rastro do pensamento de Hannah Arendt**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. São Paulo: Renovar, 2001.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

BUDEL, Diego G. Direitos Fundamentais: Dimensões e redimensionamento perante o protagonismo da solidariedade. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, Salvador, v. 228, p. 1-18, 2017.

CARVALHO, Willian Ricardo do Amaral. **Exigibilidade judicial dos direitos fundamentais sociais**. 2006. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino, Bauru, 2006.

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

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional**. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais nas Constituições brasileiras. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 45, p. 105-129, 2008.

LAFER, C. **A reconstrução dos Direitos Humanos – Um diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LEFÉBVRE, Henri. **A linguagem e a sociedade**. Lisboa: Ulisseia, 1966.

LINS, Liana Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v.46, nº 182, p. 51-74, abr./jun. de 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: O dilema do Judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

PECES-BARBA, Gregorio. **La Constitución y los derechos**. Bogotá: Universidade Externado de Colômbia, 2006.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra, 2006.

RODRIGUES, Arlete Moysés. **Moradia nas cidades brasileiras**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. **A justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: abordagem analítica, empírica e normativa**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Direito do Estado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

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

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

_____. **O Direito fundamental a moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado nº 20, 2010.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.) **Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SAULE JUNIOR, Nelson. **Direito à cidade: trilhas legais para o direito às cidades sustentáveis**. São Paulo: Polis e Max Limonad, 1999.

_____. **O Direito à Moradia Como Responsabilidade do Estado Brasileiro**. Cadernos de Pesquisa, n. 7, 1997.

SAMPAIO, Marcos. **O conteúdo essencial dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 212, p. 89-94, 1988.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.