

A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MORADIA.

THE FUNDAMENTALITY OF THE RIGHT TO HOUSING.

¹SILVA, J. F. DA

¹Professor Me. do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos-FIO/FEMM.

RESUMO

O direito à moradia digna apresenta-se como ponto de partida para o exercício de todo e qualquer outro direito fundamental. Nesse sentido, definir o que é moradia digna e como garantir o aludido direito é um dos marcos jurídicos que devem ser alcançados no ordenamento pátrio. Especialmente a partir da revolução industrial o ambiente urbano foi mudado e moldado para tornar-se o que é atualmente. A cidade é fonte constante de problemas e um deles é justamente o de acomodar as pessoas de forma a não atentar contra sua dignidade e ainda assim atender a todos. A Constituição Federal insere no rol de direitos sociais a moradia, alçando-o ao patamar de direito fundamental a ser implementado pelo Estado, notadamente em relação aos indivíduos que mais precisam da intervenção estatal. Desse modo, propõe-se a análise da atuação estatal e os modos pelos quais é possível salvaguardar o direito à moradia digna como alicerce sobre o qual os demais direitos fundamentais são erigidos.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana. Direito Fundamental. Moradia.

ABSTRACT

The right to decent housing presents itself as a starting point for the exercise of any and all other fundamental rights. In this sense, defining what is decent housing and how to guarantee the aforementioned right is one of the legal frameworks that must be achieved in the national order. Especially since the industrial revolution the urban environment has been changed and shaped to become what it is today. The city is a constant source of problems and one of them is precisely to accommodate people in a way that does not violate their dignity and still serve everyone. The Federal Constitution inserts in the roll of social rights the housing, raising it to the level of fundamental right to be implemented by the State, especially in relation to the individuals who most need the state intervention. In this way, it is proposed the analysis of the state's performance and the ways in which it is possible to safeguard the right to decent housing as a foundation upon which the other fundamental rights are erected.

Keywords: Human Person Dignity. Fundamental Right. Housing.

INTRODUÇÃO

A moradia digna é uma necessidade indispensável ao bom desenvolvimento do ser humano, especialmente para aquelas pessoas necessitadas de maior atenção estatal.

Tal questão afeta vários indivíduos e resulta do processo de urbanização do Brasil e da ausência de políticas públicas efetivas para a melhor distribuição de renda.

O caráter universal dos direitos sociais é a nota distintiva de tal espécie de direitos fundamentais, embora sua aplicação seja voltada para aqueles indivíduos que sofrem de alguma espécie de vulnerabilidade social.

Entende-se, portanto, que a introdução da moradia no rol dos direitos sociais abre margem para o estudo da aplicabilidade e da força normativa da prescrição constitucional.

A complexidade da questão atinente à efetivação do direito à moradia faz necessária a aplicação do princípio da máxima efetividade que traduz a interpretação constitucional de forma a dar-lhe a maior eficácia social possível.

Os direitos sociais encontram-se insculpidos no texto constitucional como forma de diminuição das desigualdades sociais e como forma de reafirmar o compromisso do Estado Democrático de Direito brasileiro com a promoção dos valores fundamentais da pessoa humana, promovendo a mudança da igualdade meramente formal para a igualdade material.

Portanto, conforme se verá adiante, os direitos sociais reclamam atuação estatal em suas esferas de poder no sentido de entregar aos indivíduos as prestações sociais elencadas no artigo 6º da Constituição Federal e promover o desenvolvimento social e a redução das desigualdades, objetivos da República Federativa do Brasil, elencado no artigo 3º, Incisos II e III do texto da Lei Maior.

METODOLOGIA

Para o pleno desenvolvimento deste trabalho foram consultados livros dedicados ao tema, bem como obras voltadas para assuntos. Após a coleta, foram fichados e catalogados, analisados e interpretados às luzes das teorias pertinentes. Também realizou-se pesquisa a partir de fontes eletrônicas disponíveis na Internet, como forma de complementar os materiais coletados, permitindo o confronto entre dados tradicionais e eletrônicos.

DESENVOLVIMENTO

A Revolução Industrial do fim do século XVIII, ocorrida na maior potência mundial à época, a Inglaterra, marca o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna.

Suas implicações se espraiam para as mais variadas searas, sobretudo a econômica, com visíveis influências na política, agora capitaneada pela burguesia industrial em ascensão e o aspecto social passou a se apresentar com classes bastante definidas, trazendo de um lado os proprietários do capital (dos meios de produção) e de outro os trabalhadores, que constituíam o denominado proletariado.

Tais fatores sociais proporcionaram um crescimento populacional até então inédito em terras inglesas, fato este que abastecia as indústrias com trabalhadores que literalmente deram suas vidas no trabalho industrial.

Somados aos acontecimentos acima referidos, o êxodo rural, fruto da modernização das técnicas agrícolas contribui em muito para o deslocamento dos camponeses para as cidades industriais da época.

As transformações de ordem espacial decorrentes da implantação industrial foram enormes. Delas podemos citar como exemplos as próprias mudanças ocorridas na Inglaterra do século XIX, em que a indústria, associada à modernização do campo, gerou a expulsão de milhares de camponeses em direção às cidades, o que gerou a constituição de cidades industriais, que nesse mesmo século ficaram conhecidas como “cidades negras”, em decorrência da poluição atmosférica gerada pelas indústrias. (AZEVEDO, 2013, p.12).

No Brasil, a industrialização se deu com maior força a partir da década de 1930 e estendeu-se até o ano de 1956¹, período denominado de Revolução Industrial Brasileira, fomentada pelo próprio governo e por empresas multinacionais, oriundas daqueles países que já haviam atingido certa maturidade industrial.

Assim como o ocorrido na Europa, o processo de industrialização no Brasil gerou muita riqueza para poucos e pobreza para muitos, já que com vistas a garantir sua subsistência e a concorrência com os recém-implantados maquinários, o proletariado se via obrigado a trabalhar sujeitos a péssimas condições e percebendo salários muito baixos.

As políticas públicas empregadas para o enfrentamento da questão relacionada à moradia direcionaram-se no sentido de tentar controlar o crescimento desordenado das cidades, através da discriminação e da marginalização que empurrava a classe proletária e demais pessoas consideradas indesejadas para a periferia, higienizando as regiões centrais das cidades, destinadas à classe burguesa (GALLO, 2013, p.03).

O foco nesse momento histórico pátrio vinculava-se à proteção patrimonial e os interesses puramente imobiliários, ou seja, a compra e venda de lotes urbanos devidamente registrados nos Cartórios competentes².

A porção mais carente das pessoas que compunham as sociedades das grandes cidades viu-se obrigada a buscar locais afastados das regiões centrais aparelhadas com infraestrutura nos quais o valor dos imóveis encontrava-se muito

¹ A falta de acesso a uma moradia digna enfrentada pela população pobre está associada ao padrão de urbanização e desenvolvimento das cidades, cujo crescimento desordenado intensificou-se a partir da metade do século XX (NICOLAU, 2007, p.51).

² GALLO, Gabriela Neves, 2013, p.3.

além de seu orçamento em virtude da especulação imobiliária que elevava os preços dos imóveis e os tornavam inacessíveis às camadas menos favorecidas.

Resta evidente a esse ponto que o Estado brasileiro em muito contribuiu para o surgimento dos referidos assentamentos clandestinos³, seja de forma proativa, ao privilegiar determinadas camadas da população, seja através de sua omissão ao não prover as áreas periféricas com a necessária infraestrutura.

Dessa forma, os direitos humanos das pessoas deslocadas para as zonas de entorno das grandes cidades foram violados, já que não havia condições dignas de vida, a começar pela moradia que reflexamente atingia a qualidade da fruição de demais direitos individuais e coletivos naquelas regiões urbanas.

Deve-se ter em vista que o direito à moradia digna é protegido assim como a própria dignidade da pessoa humana, cuja abordagem e preocupação intensificaram-se muito no pensamento jurídico do fim do século XIX e início do século XX.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece em seu art. XXV a moradia digna como um direito humano, demonstrando que, a moradia digna apresenta-se como um dos alicerces sobre os quais se erige o conceito de dignidade da pessoa humana.

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas⁴, o direito à moradia enquanto condição básica de existência digna do ser humano é abordado no artigo 11, §1º, nos seguintes termos:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida. (ONU,1966).

No sistema jurídico pátrio, houve a positivação do direito à moradia como norma constitucional alocada no artigo 6º, que trata dos direitos sociais. Contudo, a referência do direito social sob análise não constava do texto original da Constituição

³ Segundo Gabriela Neves Gallo: “O Estado foi coadjuvante no processo de consolidação de assentamentos informais, clandestinos e precários nas cidades”. (2013, p.6).

⁴Documento disponível no sítio eletrônico: <http://www.oas.org/dil/port/1966> Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.pdf

Federal promulgada em outubro de 1988, pois a sua inclusão deu-se através da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000.

Tal fato não significa que o direito à moradia houvesse sido completamente desprezado pelo legislador constituinte originário, no sentido de que a referência à moradia digna já estava presente na menção aos bens da vida que o salário mínimo deveria ser apto a proporcionar aos trabalhadores urbanos e rurais, descritos no artigo 7º, Inciso IV do texto da Lei Maior.

Importante, a perquirição acerca da significação do termo direitos sociais, Capítulo constitucional no qual está inserido o direito à moradia.

Segundo Vladimir Brega Filho, “seu principal objetivo é garantir condições sociais razoáveis a todos os homens para o exercício dos direitos individuais”⁵.

Destarte, os direitos sociais, também classificados como direitos fundamentais de segunda geração possuem como característica a complementaridade em relação às liberdades públicas, ou seja, o indivíduo somente pode exercer seus direitos individuais (ou de primeira geração) em sua plenitude a partir do momento em que o Estado abandona sua posição de inércia e afastamento outorgando às pessoas prestações sociais estatais no intuito de garantir-lhes a concretude dos meios de realização daqueles direitos fundamentais de primeira geração.

A previsão constitucional do direito à moradia digna apresenta-se de forma sistemática no próprio texto da Lei Maior, de forma que sua garantia se dá através de sua classificação como direito social, acima referido como objeto de atividade prestacional do Estado.

Nessa esteira, evidencia-se que além de tal viés social, a moradia digna é protegida com a sua previsão constitucional no que concerne ao fruto do trabalho urbano e rural, cuja remuneração através do salário mínimo também deveria proporcionar ao trabalhador a possibilidade de adquirir e manter sua residência.

Da mesma forma, vale lembrar o contido no artigo 23, IX do texto constitucional que estabelece a competência da União, dos Estados e dos Municípios para a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento.

⁵ BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1.988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2.002, p.23.

Destarte, o direito fundamental de segunda geração ora sob comento foi introduzido no artigo 6º da Constituição Federal através da atuação do Poder Constituinte Reformador para atender aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil através de diversos tratados, entre eles os acima mencionados, além de representar a positivação constitucional definitiva de direito que já se encontrava mencionado, ainda que indiretamente em outros artigos da Carta Magna, conforme demonstrado alhures.

Tendo em vista que os direitos sociais elencados no artigo 6º do texto da Lei Maior são considerados como direitos fundamentais, e que de acordo com uma interpretação ampliativa do artigo 5º da Constituição Federal possuem eficácia imediata, cabe ao Estado Brasileiro implementá-las, sob pena de incorrer em grave omissão (BARROSO).

A interpretação constitucional como forma de buscar a efetividade dos direitos fundamentais, fim último do Estado Social autoproclamado pelo Brasil, é a ferramenta mais útil no sentido de aclarar celeumas sobre a natureza das normas constitucionais descritas no artigo 6º e sua interpretação à luz do artigo 5º, §1º, ambos do texto constitucional.

Cabe então o questionamento acerca da necessidade de ampla definição dos direitos fundamentais pelo texto da Lei Maior a fim de que seja possível a intervenção do Poder Judiciário sem a anterior atividade legislativa, revelando o caráter imediato da aplicação de tais normas constitucionais.

A atuação incisiva do Poder Judiciário na realização de direitos sociais, denominada de “ativismo judicial” encontra lastro justamente na interpretação de tais ditames constitucionais como normas caracterizadoras de verdadeiros direitos subjetivos, tuteláveis juridicamente independentemente de atuação do legislador infraconstitucional.

Nesse ponto, a análise que se impõe reside no fato de que o Poder Judiciário pátrio, enquanto tábua de salvação da população menos favorecida e guardião das promessas constitucionais tem ocupado os espaços advindos da morosidade na atividade legislativa voltada para a concretização das prestações elencadas no Título dedicado aos direitos sociais na Carta Magna.

O juiz torna-se o novo anjo da guarda da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de

domínio, incessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. (GARAPON, *apud* MACHADO, 2012, p.124).

Há que se ter claro que os recursos estatais estão aquém da demanda por prestações sociais que o Estado enfrenta. É necessária a escolha fundamentada das prioridades a serem atendidas e nesse viés repousa o dilema estatal, no sentido de que nem todos os clamores da sociedade podem ser satisfeitos, ao menos não ao mesmo tempo.

Sobre o tema destaca-se a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

Os direitos a prestação notabilizam-se por uma decisiva dimensão econômica. São satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Diz-se que esses direitos estão submetidos à *reserva do possível*. São traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado. (MENDES, 2009, p.294).

Com vistas a buscar respostas adequadas para a solução da falta de meios econômicos para a satisfação de todas as necessidades surge a Teoria do Patrimônio Mínimo, segundo a qual há um conjunto de condições elementares ao homem, necessárias para assegurar sua dignidade sem que a faixa limítrofe do estado pessoal de subsistência seja desrespeitada.

Segundo Luiz Edson Fachin essa teoria deve ser implementada na forma de ajudar a garantir um mínimo necessário para fim de existência visando à preservação da dignidade do ser humano.

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência (FACHIN, 2001, p. 232)

Há que ser observado um piso mínimo para a vida digna do ser humano. Nesse diapasão, os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 e, em especial, o direito à moradia constituem-se a delimitação do indispensável ao resguardo da dignidade humana no que tange às condições de exercício das liberdades públicas, objeto de trato pelo artigo 5º do mesmo texto constitucional.

Não bastam ao indivíduo as prerrogativas individuais de afastamento do Estado de sua vida, sendo tão ou mais necessárias as prestações estatais no sentido

de entregar às pessoas o mínimo existencial, ou seja, as condições básicas que evitem a degradação humana.

Retomando a questão da eficácia do direito fundamental à moradia, embora para parte da doutrina tradicional o estabelecido no artigo 6º da Constituição Federal revista-se de norma com característica meramente programática, ou seja, uma exortação moral, não se pode admitir o esvaziamento ou esfumaçamento da eficácia da norma constitucional, principalmente daquelas atinentes aos direitos fundamentais⁶.

Nesse sentido, ainda que o direito à moradia careça de maiores detalhamentos no texto constitucional, possui eficácia plena e vinculante, justamente por ser norma elencada na Lei Fundamental, de forma a traçar metas de ação ao Administrador, responsável pela aplicação dos recursos estatais na concretização do texto constitucional, mandamento supremo da ordem jurídica, política e social do Estado.

Com efeito, ainda que os direitos sociais, especialmente neste ponto do trabalho o direito à moradia, estejam positivados no texto da Lei Maior o abismo que se verifica entre sua previsão e sua concretização mostra-se quase intransponível.

A diferença entre o esperado do Direito e aquilo que se obtém na realidade dos fatos balizados por esse mesmo Direito pode levar a uma convicção de que determinados assuntos, por mais juridicamente positivados que se encontrem não serão efetivados, ao menos não dentro das balizas vislumbradas pelo ordenamento jurídico.

O resguardo pelo direito fundamental à moradia digna, enquanto parte da proteção à dignidade mesma do ser humano não pode ser obstado por quaisquer argumentos que sejam, de forma que agindo em descompasso com o determinado na Constituição Federal, o Estado brasileiro mostra-se contrário aos seus próprios fundamentos. (SIMÕES, 2011, p.81).

Quando se trata da omissão estatal, tal abordagem é feita pelo prisma da concretização dos direitos fundamentais através da atuação do Legislador infraconstitucional e do Administrador Público, uma vez que o Poder Judiciário dá

⁶ Para Vladimir Brega Filho: “os princípios constitucionais, incluídos os relativos aos direitos fundamentais, possuem eficácia plena e servem de critérios para a interpretação constitucional.”

solução às demandas que até ele são levadas pelos indivíduos, esbarrando ainda em uma crise da separação de funções, principalmente no que toca ao Poder Legislativo.

A inércia legislativa contradiz com o conteúdo do texto constitucional, já que os direitos sociais não se constituem meras promessas para o futuro.

Dessa forma, a questão se apresenta diz com a possibilidade de utilização das ações constitucionais previstas para a solução das omissões legislativas.

Tais soluções se consubstanciam em ações previstas no texto constitucional como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (inspirada na Constituição Portuguesa) e o Mandado de Injunção, instituídas respectivamente nos artigos 5º, Inciso LXXI e 103, §2º da Constituição Federal.

Tais ações constitucionais têm por escopo sanar a inconstitucionalidade decorrente da impossibilidade de fruição de direitos constitucionalmente garantidos em virtude da inércia do Poder Legislativo.

Conforme o descrito acima, a fundamentalidade do direito à moradia é matéria que já não mais suscita consideráveis celeumas e se encontra de certa forma pacificada.

Quando se trata das normas constitucionais classificadas como programáticas, há que se ter em mente que existe vinculação do legislador infraconstitucional principalmente quando o texto constitucional traça balizas mínimas para efetivação de tais normas.

No que concerne ao direito à moradia, não se pode negar a relevância do artigo 182 da Constituição Federal, que trata da Política de Desenvolvimento Urbano e, por consequência, vincula o legislador infraconstitucional que, conforme mencionado alhures, encontra-se em mora. (VIOLA, 2006, p.12).

A utilização do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é plenamente possível, já que a inércia legislativa impede a fruição, ainda que coletiva, de direitos constitucionalmente consagrados, entre eles o direito à moradia digna.

Por outro lado, há que se ter claro que acerca do direito à moradia, as ações estatais devem voltar-se para a implementação de políticas públicas voltadas ao atendimento da coletividade.

De fato, a judicialização individual do direito à moradia (e dos direitos sociais de modo geral) acaba por trazer maiores danos do que benefícios à sociedade, uma vez que o Poder Judiciário acaba por ordenar despesa inicialmente não prevista pela

Administração Pública e quando a decisão judicial é cumprida vê-se satisfeito o direito de uma pessoa ou pequeno grupo de pessoas.

Prejudica-se, portanto, um número maior de indivíduos que por diversas razões (entre elas a impossibilidade de acesso à Justiça) não levaram suas pretensões até o Poder Judiciário. (GALLO, ano, p.14).

Tão importante quanto abordar a flagrante omissão legislativa no tocante à concretização do direito à moradia digna é fazer referência à possibilidade de responsabilização dos legisladores que estão em mora.

Somente haverá a possibilidade de responsabilização do Estado quando se tratarem de normas constitucionais que efetivamente vinculem o legislador infraconstitucional, tal quais as normas atinentes ao direito à moradia digna de acordo com o raciocínio acima delineado.

Assim, pode-se afirmar, com base na força vinculante das normas constitucionais atinentes ao direito social à moradia que a atual inércia legislativa é ensejadora de responsabilização civil do Estado.

Por óbvio que na referida ação de reparação de danos há que ser demonstrado o dano experimentado pela parte autora e o nexo de causalidade entre o dano e a omissão do Estado-Legislator. (VIOLA, 2006, p. 15).

Portanto, ainda que consideradas como programáticas, as normas constitucionais possuem caráter vinculante em relação ao Poder Legislativo, uma vez que o legislador constituinte originário lhe incumbiu da missão de elaborar leis voltadas à concretização dos direitos e garantias individuais e coletivas estabelecidos no texto da Lei Fundamental.

Não cabe aos Poderes Constituídos agirem com tamanha discricionariedade quando o que está em jogo é a concretização da dignidade humana em todos os seus aspectos, já que o ser humano é a razão fundamental do Estado Democrático de Direito.

Com vistas a trazer ao presente trabalho elementos advindos da Jurisprudência, destacam-se alguns julgados que de antemão demonstram a judicialização individual de demandas cujo objeto é o resguardo do direito constitucional à moradia.

EFEITOS DA TUTELA. "AUXÍLIO NOVO LAR". CABIMENTO. VÍTIMA DAS CHUVAS. PLEITO DE VERBA SOCIAL PREVISTA EM LEI MUNICIPAL. DIREITO À MORADIA DIGNA ESCULPIDO NA [CARTA MAGNA](#), ART. 6º, CAPUT. INAFSTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO. DECISÃO QUE SE MANTÉM. 1- Ação Condenatória, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face do Município de Nova Friburgo. 2- O apelado pleiteia o pagamento de verba social prevista no art. 7º da lei municipal nº 3894/11, em parcela única no valor de R\$2.000,00 (dois mil reais). 3- Presentes os requisitos ensejadores da concessão de benefício previsto em lei municipal e, observado o artigo 6º, caput, da [Constituição Federal](#), decidiu o juízo de primeira instância pelo acolhimento do pleito autoral. 4- A inafastabilidade do Poder Judiciário é inegável pela inobservância de direito fundamental, caso em que a discricionariedade administrativa deve ser relativizada. 5- Negado seguimento ao recurso⁷.

Pelo julgado acima colacionado, percebe-se que o entendimento daquela Corte é no sentido de que em havendo legislação municipal que prevê o pagamento de verba social e a sua conjugação com o artigo 6º da Constituição Federal, outra senda não há senão o reconhecimento da obrigação do Município de efetuar o mencionado pagamento.

Destaca-se no presente caso concreto a existência da atuação legislativa infraconstitucional no sentido de regulamentar ao menos uma parte do direito social à moradia com a instituição de verba social destinada a melhoramentos nas condições das moradas dos beneficiários.

Por sua vez, no julgado abaixo transcrito, mais uma vez percebe-se a individualização na busca pela tutela jurisdicional para a concretização da proteção constitucional ao direito à moradia.

Ainda que se trate de Associação de Moradores, os efeitos da decisão judicial se adstringem apenas àquelas pessoas que fazem parte da mencionada associação, não havendo efeitos jurídicos da decisão que extrapolem a esfera dos demandantes.

Os autores da ação abaixo referida buscavam o pagamento de indenização justa e verba de auxílio habitacional como decorrência do seu prematuro despejo do local que alugavam.

VOTO Nº: 16340; APEL. Nº: 0616569-87.2008.8.26.0053. COMARCA: SÃO PAULO; APTE. : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO; APDO. : MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO; JUIZ: RONALDO FRIGINI. AÇÃO CIVIL PÚBLICA Desapropriação do Edifício Mercúrio Prédio ocupado por pessoas de baixa renda. Municipalidade que indenizou os proprietários desapropriados, garantindo-lhes, ainda, o direito de ocupar edifício localizado no centro da cidade, com opção de compra Aos locatários foi concedida Verba de Auxílio Habitacional, para realocação Direito à moradia que não pode ser tido como subjetivo absoluto Origina-se de políticas públicas

⁷ Acórdão disponível no sítio eletrônico: <http://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22065023/apelacao-apl-36748420118190037-rj-0003674-8420118190037-tjrj>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

promovidas pela Administração Moradores que não foram vítimas de ato ilícito ou ilegítimo, tampouco há comprovação de efetivos danos a serem indenizados Ação improcedente. Recurso não provido.

Percebe-se que para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o entendimento é de que o direito à moradia não é absoluto, originando-se de políticas públicas.

As mencionadas políticas públicas, ainda que de fundamental importância para a racionalização no emprego das verbas públicas não pode ser óbice (na sua ausência) para a efetivação de direitos fundamentais de tamanha importância.

Ressalte-se a ausência de vontade política do aludido Tribunal de Justiça para lidar com questão poderia e deveria, no caso sob comento, ser solucionada pela atuação do Poder Judiciário, mormente quando já há a voluntariedade da Administração Pública em arcar com o pagamento de Auxílio Habitacional.

Nesse contexto, o direito funciona como instrumento para a atuação estatal, ele é a “musculatura” a “caixa de ferramentas” na implementação da política pública. “É impossível compreender-se o Estado e orientar sua dinâmica sem o direito e a política, pois toda a fixação de regras de comportamento se prende a fundamentos e finalidades, enquanto a permanência de meios orientados para certos fins depende de sua inserção em normas jurídicas. (GALLO, ano, 2013, p.15).

Dessa forma, ainda que haja um avantajado arcabouço teórico sobre a efetivação dos direitos sociais através da atuação do Poder Judiciário, como guardião das promessas constitucionais, ainda existe a barreira da impossibilidade prática de tal atuação em virtude de uma interpretação restritiva dos preceitos constitucionais, relegando tal tarefa ao legislador infraconstitucional que já se encontra em mora há algumas décadas.

Por outro lado, verifica-se em determinadas situações que o direito à moradia digna é tutelado pelo Poder Judiciário. Em casos pontuais, o Estado-Juiz reconhece a condição de vulnerabilidade de certos indivíduos e lhe concede o resguardo ao direito à moradia através do pagamento de benefício denominado no Estado de São Paulo de aluguel social, tal qual no julgado abaixo:

Agravo de Instrumento nº 0013627-23.2013.8.26.0000; Comarca de São José dos Campos; Agravante: Ana Ligia Moura de Faria Agravados: Município de São José dos Campos e Fazenda do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento Ação de obrigação de fazer. Fornecimento de auxílio-aluguel - Agravante em situação de extrema vulnerabilidade Direito fundamental à moradia Responsabilidade solidária dos entes da federação Garantia fundamental da dignidade humana e dos direitos sociais – Reforma da decisão que indeferiu a tutela antecipada - Recurso provido.

Resta evidente que aquilo que foi defendido no presente trabalho reverbera no trecho acima referido, já que o ser humano e a proteção à sua dignidade são a razão de ser do próprio Estado Democrático de Direito e do *Welfare state*.

Entretanto, questionamento que não passa despercebido refere-se aos critérios que serão utilizados para determinar se uma pessoa encontra-se ou não em situação de vulnerabilidade.

A ausência de legislação clara e unívoca sobre o estabelecimento de critérios determinantes de tal situação vulnerável pode levar ao decisionismo e à interpretação desvirtuada do texto constitucional.

Fator interessante que se apresenta da leitura das decisões acima refere-se à argumentação jurídica apresentada para fundamentar cada uma das decisões. De fato, o Poder Judiciário como um todo apresenta-se recalcitrantes na efetivação do direito à moradia.

Em determinados momentos, afirma-se que tal direito deve ser concretizado através da atuação do Administrador e do Legislador, criando políticas-públicas, com previsão orçamentária e destinação prévia de aplicação dos recursos financeiros do Estado.

De outro vértice, manifesta-se pela necessidade imediata de guarida ao direito à moradia para pessoas que estão em situação de vulnerabilidade, sem, contudo, atrever-se a dizer o que é ser vulnerável em relação ao direito à moradia.

Tal inconstância nas decisões judiciais, somadas ao escasso número de demandas levadas até o Poder Judiciário sobre o tema leva a crer que ainda há um longo caminho a ser percorrido na luta pela efetivação do direito à moradia digna pelo Poderes Constituídos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais como um todo carecem de regulamentação através da atividade do legislador infraconstitucional.

Tal mora não pode resultar na inaplicabilidade dos direitos sociais que, conforme asseverado acima, possuem aplicabilidade imediata uma vez que tratam-se de direitos fundamentais cujo escopo é o resguardo da dignidade da pessoa humana.

A atuação do Poder Judiciário quando acionado para a tutela de tais direitos em nada ofende a tripartição de poderes ou mesmo se caracteriza como atuação legislativa positiva dos juízes.

De fato, somente se está preenchendo o espaço há muito não ocupado pelo legislador infraconstitucional que sem maiores justificativas deixa de cumprir os preceitos constitucionais.

Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que os direitos sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal em muito dependem de Políticas Públicas para sua implementação.

Dessa forma, há que se questionar se o Poder Judiciário possui legitimidade para obrigar a Administração Pública a elaborar políticas voltadas para a concretização dos direitos sociais.

Há que se questionar ainda se os destinatários das prestações sociais também encontram-se em mora consigo mesmos, já que a participação popular na busca pela elaboração das ditas políticas públicas mostra-se deveras tímida, senão nula.

O Estado Democrático de Direito, como a própria terminologia denuncia se realiza através da participação da sociedade organizada no planos de governo e nas metas sociais a serem cumpridas pelo Poder Executivo, de modo que quanto maior a preocupação dos indivíduos com os rumos que o Estado toma, maior e mais fácil será a realização dos preceitos estabelecidos pela Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular. A reconstrução histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental.** Curitiba: Juruá, 2013.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Manual de Direito Civil. Direito das Coisas e Responsabilidade Civil. Vol 3.** São Paulo: Método, 2005.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de, **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro.** Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público –FA. Belo Horizonte: Fórum, ano 4, n. 37, mar. 2004.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAMARGO, Daniel Marques de. **Jurisdição Crítica e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

FACHIN, Luiz Édson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 8ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALLO, Gabriela Neves. **Direito à moradia – direito humano fundamental**.

Disponível em

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gabriela_neves_gallo.pdf.

Acesso em 01 Ago. 2013.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JUNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Direito Imobiliário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história. Lições Introdutórias**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, Inocêncio Martins Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. **Curso de Direito Constitucional** 4ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NICOLAU, Célia Cristina Munhoz Bendetti. **O direito à moradia como direito fundamental – Novos Direitos**. Curitiba: Juruá, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Rodolfo Fares. **Direito à moradia digna sob a luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana - Teoria Geral do Direito: Ensaio sobre a dignidade da pessoa humana e fraternidade**. *Lafayette Pozzoli, Cristiane Splicido (organizadores)*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, IngoWolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição Federal de 1988: Notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<http://www.anima->

[opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf](http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf). Acesso em 20 Out. 2013.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMÕES, Alexandre Gazetta, Celso Jefferson Messias Paganelli, José Antonio Gomes Ignácio Junior. **Ativismo judicial paradigmas atuais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.