

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A tutela do direito de moradia e
o ativismo judicial**

The protection of the right to
housing and judicial activism

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

A tutela do direito de moradia e o ativismo judicial*

The protection of the right to housing and judicial activism

Paulo Afonso Cavichioli Carmona**

RESUMO

O objetivo deste artigo é analisar a tutela judicial do direito de moradia no sistema jurídico pátrio, assim como discutir propostas para seu aperfeiçoamento. Para empreender essa discussão, parte-se da análise constitucional e internacional do direito de moradia como direito fundamental, notadamente a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que introduziu a moradia entre os direitos sociais insculpidos no art. 6º da Magna Carta. Em seguida, aprecia-se o problema crônico: o enorme déficit habitacional brasileiro em contraste com a trajetória da política pública social de habitação. Após, observa como o Poder Judiciário tem atuado na tutela do direito à moradia, pois tal tema coloca, de maneira muito nítida, o juiz frente ao dilema de atuar como agente de transformação social ou de simples solucionador de conflitos de interesses. Para realizar-se tal tarefa, faz-se necessária a observação da jurisprudência produzida nos Tribunais Superiores brasileiros, notadamente no STF e STJ, em contraposição à doutrina e jurisprudência estrangeiras na tutela do direito judicial à moradia. Conclui-se, então, que os tribunais pátrios pouco interferem em políticas públicas habitacionais ou na proteção ao direito fundamental à moradia. Por fim, o texto apresenta uma proposta para o aperfeiçoamento da tutela do direito à moradia no Brasil.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Direito à moradia adequada. Dignidade da pessoa humana. Política habitacional. Direitos sociais.

ABSTRACT

The study aims to analyze one of the legal protection of property rights, in paternal legal system, as well as your paragraph discussing proposed improvement. Enterprising this discussion , outside- if analysis of constitutional and international law, the fundamental law of property as notably from Constitutional Amendment No. 26 of February 14, 2000, which introduced a housing between social rights sculptured in article 6 of the Charter. Then, enjoy - if the chronic problem: the Brazilian housing deficit huge contrast them with the trajectory of public policy social housing. After observe as the judiciary has acted in protecting the right to housing , because this theme puts such a way very sharply, the judge in front of the dilemma of acting as an agent of social transformation or a simple solver conflicts of interest

* Artigo convidado.

** Professor de Direito Urbanístico e Administrativo do mestrado, especialização e graduação (UniCEUB) e de cursos de pós-graduação *lato sensu* (FESMPDFT); líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana (GPDPPU-UniCEUB); Juiz de Direito (TJDFT). E-mail: paccarmona@hotmail.com

. To perform if such a task, it's necessary the observation of jurisprudence produced in Brazilian Superior Courts, notably in the STF and STJ, in contrast to the doctrine and foreign jurisprudence in the protection of the right to housing . It is concluded, then, that the patriotic courts interfere little in housing public policy or to protection law fundamental to housing. Finally, the text presents a proposal for the improvement of protection of the right to housing in Brazil.

Keywords: Judicial activism. Right to adequate housing. Dignity of the human person. Housing policy. Social rights.

1. INTRODUÇÃO

Já se assentou que habitar é uma necessidade intrínseca à existência do ser humano, razão pela qual o direito à habitação é inerente à vida. Daí o conceito de Le Corbusier¹ de que a moradia é o local onde o homem ou a família “vive, dorme, anda, ouve, vê e pensa”.²

A moradia, aliás, por conta da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, passou a integrar o rol dos direitos sociais positivados na Carta Constitucional (art. 6º, *caput*). Não se pode olvidar que a habitação é parte integrante dos direitos fundamentais do cidadão, razão pela qual o Estado tem a obrigação e a responsabilidade de protegê-la.

De acordo com José Afonso da Silva, os direitos sociais “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”.³ Assim, segundo a doutrina tradicional, os referidos direitos sociais, direitos de segunda dimensão, configuram-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado, que é Social de Direito (art. 1º, *caput*, CF), pois tendem a concretizar a perspectiva de uma igualdade substancial na busca de melhores condições de vida.

Não se pode olvidar que, na Constituição Federal brasileira, os direitos sociais inserem-se como direitos fundamentais e, portanto, tem aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e podem ser implementados, em caso de omissão do legislador, pelas técnicas de controle (mandado de injunção ou ação direta de inconstitucionalidade por omissão).

A questão da inclusão dos direitos sociais como direitos fundamentais, entretanto, não é pacífica na doutrina. Jorge Reis Novais, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, analisou pormenorizadamente o problema da natureza dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, salientando que, apesar da Constituição portuguesa, tal como a brasileira, ter optado pela consagração expressa dos direitos sociais na qualidade de direitos fundamentais, as consequências normativas são escassas ou contraditórias. A despeito disso, assevera, ainda, que os direitos sociais são, na ordem constitucional portuguesa, direitos fundamentais, mas que merecem uma proteção constitucional idêntica àquela conferidas aos direitos, liberdades e garantias:

Entendemos que não há entre nós, diferentemente do que pretende a leitura mais comum da Constituição portuguesa, um regime material específico e substancialmente distinto de proteção privilegiada dos

1 “Le Corbusier” era, na verdade, o pseudônimo do arquiteto suíço Charles Edouard Jeanneret (1887-1965). Considerado um dos pais da arquitetura moderna e criador do movimento conhecido como Purismo, foi ainda escritor e sua contribuição pode ser notada em todo o mundo, como no Brasil, onde influenciou nossos principais arquitetos. Esteve três vezes no Brasil e foi amigo dos principais arquitetos do país, como Oscar Niemeyer, Lúcio Costa e Pietro Maria Bardi. Sua influência sobre eles pode ser sentida em diversas construções, como no edifício do MEC, no Rio de Janeiro, na concepção do MASP e da Cidade Universitária, em São Paulo, e na construção de Brasília, da qual lamentou não participar. Na arquitetura, projetou edifícios que se tornaram monumentos da arte moderna, como a capela de Ronchamp e os edifícios públicos de Chandigarh, na Índia, com suas formas puras, blocos concretos e frios, que ele chamava de ‘caixas de morar’.

2 LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. Trad. Lúcio Gomes Machado. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 67.

3 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 183.

direitos, liberdades e garantias. A razão, por surpreendente que surja, é simples: é que todas as notas identificadoras desse pretense regime material específico dos direitos, liberdades e garantias se aplicam, por definição, a todos os direitos fundamentais enquanto garantias constitucionais, pelo que são, por esse facto, comuns a direitos de liberdade e a direitos sociais.⁴

Nesse sentir, também é o posicionamento de José Carlos Vieira de Andrade, professor da Faculdade de Direito de Coimbra:

Os direitos fundamentais sociais, ainda que entendidos em sentido estrito, como ‘direitos económicos, sociais e culturais’ – isto é, direitos cujo conteúdo principal típico consiste em *prestações estaduais* sujeitas a *conformação* político-legislativa, sem incluir, por exemplo, ‘os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores’, que constituem em grande medida direitos à abstenção, com a função de defesa –, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias.⁵

A par disso, a Carta Magna brasileira revela a importância da habitação quando reconhece a *casa* como asilo inviolável do indivíduo (art. 5º, XI); elege a *moradia* como necessidade vital básica do trabalhador e de sua família para justificar o recebimento do salário mínimo (art. 7º, IV); atribui à União, aos Estados e aos Municípios competência comum para legislar sobre programas de *construção de moradias* e melhoria das *condições habitacionais* (art. 23, IX); confere à *moradia* condição imprescindível para a aquisição da propriedade urbana por usucapião (art. 183).

Por oportuno, direito de propriedade e direito de moradia não se confundem, pois a moradia é objeto de direito autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios, podendo ser requisito para a aquisição da propriedade, como no caso da usucapião especial constitucional (art. 183). Assim, o direito à moradia opera-se como garantia a um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, independentemente do título ou da forma como se opera tal direito já que sem um lugar para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim,

de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, não terá uma vida com qualidade, ou muitas vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física e, portanto, o seu direito a vida.⁶

Nelson Saule Júnior, referência na matéria, ressalta que a satisfação do direito à moradia passa pela coexistência de três elementos, quais sejam: viver com segurança, viver com paz e viver com dignidade, nos seguintes termos:

O núcleo básico do direito à moradia é constituído, portanto, pela segurança, pela paz e pela dignidade. Situações que retratam a violência urbana como as ações das organizações de traficantes e do crime armado, que resultam em fechamento de territórios, de conflitos armados nos morros e favelas, as invasões de domicílios praticadas pelos agentes de segurança pública, como a polícia civil, são evidentes formas de violação do núcleo básico do direito à moradia, da segurança e da paz.⁷

Surgem, então, duas questões importantes sobre o direito à moradia no Brasil, quais sejam, sua autoaplicabilidade (ou não) e sua eficácia (se plena, contida ou limitada).

Quanto à primeira questão, há dois posicionamentos na doutrina e jurisprudência.

4 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 10-11.

5 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 357.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 20, p. 15, 2010. O autor explica ainda que o direito de moradia, por guardar uma conexão com o direito à existência digna, poderá assumir, em diversas ocasiões, posição preferencial em relação ao direito de propriedade, no mínimo para justificar uma série de restrições a este direito, de resto, já limitado pelo princípio constitucional da função social da propriedade.

7 SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 133.

Existem aqueles autores que reconhecem a autoaplicabilidade do direito à moradia e outros que entendem que o direito de moradia, tal como todos os demais direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão,⁸ dependem da implementação de uma política pública (no caso, a política habitacional).

Nas palavras de Nelson Saule Júnior, adepto da primeira corrente:

O direito à moradia com um preceito constitucional, mesmo que fosse entendido como uma norma programática, é uma norma jurídica, portanto emite comandos jurídicos impondo o dever aos agentes públicos e todos os membros da sociedade de ter condutas e ações que não criem impedimentos e violações a este direito. O nosso entendimento é da inexistência de normas constitucionais programáticas, principalmente no que diz respeito às normas que definem direitos e às medidas necessárias para o pleno exercício destes.⁹

De outro lado, existem aqueles juristas que sustentam que o direito à moradia deve ser concebido como direito a uma prestação positiva não vinculada, porque a sua concretização depende das opções que o Estado fizer em programas político-sociais de habitação, os quais estão condicionados à destinação de recursos econômico-financeiros próprios e do qual o poder estatal possa dispor nos casos específicos. Trata-se, portanto, de um direito sob a reserva do possível.¹⁰

Quanto ao segundo questionamento, José Afonso da Silva, em clássica classificação, inspirada nos estudos do autor italiano Vezio Crisafulli, aparta as normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada.¹¹

As normas de eficácia plena são aquelas que, assim que a Constituição entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, sem necessidade de normas legais integrativas, cujo exemplo é o art. 5º, § 1º.

Por sua vez, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas que, enquanto não restringidas pelo legislador ordinário, têm eficácia plena, como o disposto no art. 5º, VII.

Por fim, são normas constitucionais de eficácia limitada aquelas de aplicabilidade reduzida ou diferida, pois necessitam de uma lei integrativa infraconstitucional para produção de seus efeitos plenos. Podem ser novamente classificadas em:

a) *normas declaratórias de princípios institutivos ou organizativos*: aquelas que contêm esquemas gerais de estruturação de instituições órgãos ou entidades, como o art. 18, § 2º;

b) *normas declaratórias de princípios programáticos*: veiculam programas a serem implementados pelo Estado, visando à realização de fins sociais, como o artigo 6º (direitos sociais, dentre os quais, o direito à moradia).

8 A doutrina aponta as cinco gerações ou dimensões dos direitos fundamentais: 1. *Direitos fundamentais de 1ª dimensão* – ligados ao ideal de ‘liberdade’ da Revolução Francesa e os direitos civis e políticos: direito à liberdade religiosa, direito à liberdade de locomoção, direito à liberdade de associação, direito à liberdade de reunião, direito à vida, direito à propriedade, direito à participação política, direito à inviolabilidade do domicílio e direito ao segredo de correspondência. 2. *Direitos fundamentais de 2ª dimensão* – ligados ao ideal de ‘igualdade’ da Revolução Francesa e correspondem aos direitos econômicos, sociais e culturais: direito à saúde, direito à educação, direito ao trabalho, direito à moradia, direito à previdência e direito à assistência social. 3. *Direitos fundamentais de 3ª dimensão* – ligados ao ideal de ‘fraternidade’ da Revolução Francesa e correspondem aos direitos de solidariedade (coletivos ou difusos): direito ao desenvolvimento, direito ao progresso, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito à autodeterminação dos povos, direito à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, direito à qualidade de vida, direito do consumidor, direito da infância e juventude. 4. *Direitos fundamentais de 4ª dimensão* – decorrem da globalização ou dos avanços no campo da engenharia genética e correspondem à fase de universalização dos direitos no campo institucional do Estado social: direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo. 5. *Direitos fundamentais de 5ª dimensão* – apenas indicado o direito à paz, como supremo direito da humanidade, por Paulo Bonavides. In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 580-593.

9 SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 179.

10 A cláusula da reserva do possível é muito discutida pela doutrina brasileira, pois, de certa forma, transforma os direitos sociais em reserva do financeiramente possível, rebaixando-os à questão orçamentária. KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFE, 2002. p. 32. Assinala-se, ainda, que, em contraponto à teoria da reserva do possível, foi desenvolvida, pela doutrina alemã, a teoria do mínimo existencial, que delimita um grupo reduzido de direitos fundamentais essenciais e básicos a uma vida digna. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202.

11 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 160-164.

Em sentido contrário, Nelson Saule Júnior defende que as normas definidoras do direito à moradia têm aplicação imediata e eficácia plena:

Isto é, de imediato, o Estado brasileiro tem a obrigação de adotar as políticas, ações e demais medidas compreendidas e extraídas do texto constitucional para assegurar e tornar efetivo esse direito, em especial aos que se encontram no estado de pobreza e miséria. Essa obrigação não significa, de forma alguma, prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim constituir políticas públicas que garantam o acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e situação indigna de vida.

Um efeito importante, em razão das normas definidoras do direito à moradia terem aplicação imediata, é a declaração de inconstitucionalidade de leis, normas e atos que estabeleçam qualquer tipo de restrição, discriminação, ou redução do exercício desse direito, geradores de situações de regressividade e impedimento deste exercício. Tal efeito implica também na utilização das demais garantias constitucionais, como mandado de segurança individual ou coletivo, ação popular ou ação civil pública, como meio de exigir a proteção e o cumprimento das ações e medidas legais, administrativas e judiciais, necessárias para assegurar o pleno exercício do direito à moradia.¹²

2. TUTELA INTERNACIONAL DO DIREITO À MORADIA

A moradia foi reconhecida como direito humano em 1948, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se um direito universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos essenciais para a vida das pessoas. A referida Declaração Universal, em seu artigo XXV, estabelece o seguinte:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Todavia – ensina Flávia Piovesan – para muitos, a Declaração Universal não apresenta força jurídica obrigatória e vinculante, visão não compartilhada pela autora. Diante dessa discussão, foi editado, em 1966, um pacto internacional para ‘juridicizá-la’. Assim, surgiu o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/91, e promulgado por meio do Decreto Federal 591, de 06/07/1992. Em um de seus dispositivos, o artigo 11, os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa à moradia adequada e comprometem-se a tomar medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito.

Além dos importantes documentos de proteção internacional dos direitos humanos já mencionados, o direito à moradia está previsto na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), Declaração sobre o Desenvolvimento (1986), na Agenda 21 (1992), e reconhecido como um direito humano em especial na Agenda Habitat, adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul, na Turquia (1996).

Na Agenda Habitat II, faz-se menção ao direito à moradia no Capítulo II referente a metas e princípios como parte do parágrafo 13, bem como sobre o conceito de moradia adequada no parágrafo 43, nos seguintes termos, respectivamente:

Nós reafirmamos e somos guiados pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e nós reafirmamos nosso compromisso de assegurar a plena realização dos direitos humanos a partir dos instrumentos internacionais, em particular neste contexto o direito à moradia disposto na Declaração Universal de Direitos Humanos, e provido pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, [...] levando em conta que o direito à moradia incluído nos instrumentos internacionais acima mencionados deve ser realizado progressivamente [...].

12 SAULE JÚNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004. p. 182-183.

Moradia adequada é aquela que tem: [...] 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 locação com relação ao trabalho e serviços básicos devendo todos esses componentes ter um custo disponível e acessível.¹³

Além disso, O Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (ONU-HABITAT), estabelecido em 1978 para melhorar o acesso ao direito à moradia adequada, também trabalha para implementar os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, que dizem respeito à melhoria das vidas de, pelo menos, 100 milhões de moradores de favelas – o equivalente a cerca de 10% da população dos moradores de favelas em todo o mundo – até 2020. O atual foco do ONU-HABITAT está na conquista de terras e moradias para todos; no planejamento participativo e na governança; nas infraestruturas e serviços que não agridam o meio ambiente; em habitações inovadoras e nas finanças urbanas. Estes esforços fazem parte de uma campanha global sobre urbanização sustentável.¹⁴

Atualmente, já são mais de 12 textos diferentes da ONU que reconhecem explicitamente o direito à moradia. Apesar disso, a implementação deste direito é ainda um grande desafio. Destacam-se dois textos.

O primeiro deles, o Comentário Geral nº 04 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, elaborado em 1991, que trata do direito à moradia adequada, documento que interpreta o real significado e alcance do direito à moradia digna. O direito à moradia integra o direito a um padrão de vida adequado. É de central importância para a fruição de todos os direitos econômicos, sociais e culturais. Não se resume a apenas um teto e quatro paredes, mas ao direito de toda pessoa ter acesso a um lar e a uma comunidade seguros para viver em paz, dignidade e saúde física e mental. Destaque para a Seção 8, que trata dos elementos que compõem o direito à moradia adequada:

Seção 8. Assim, a concepção de adequação é particularmente significativa em relação ao direito à habitação, desde que serve para realçar um número de fatores que devem ser levados em consideração para constituir “habitação adequada”, pelos propósitos da Convenção. Enquanto a adequação é determinada em parte por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros fatores, o Comitê acredita, contudo, que é possível identificar certos aspectos do direito que devem ser levados em consideração para este propósito em qualquer contexto particular. Eles incluem os seguintes:

a) *Segurança legal de posse.* A posse toma uma variedade de formas, incluindo locação (pública e privada) acomodação, habitação cooperativa, arrendamento, uso pelo próprio proprietário, habitação de emergência e assentamentos informais, incluindo ocupação de terreno ou propriedade. Independentemente do tipo de posse, todas as pessoas deveriam possuir um grau de sua segurança, o qual garante proteção legal contra despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças. Estados-partes deveriam, conseqüentemente, tomar medidas imediatas com o objetivo de conferir segurança jurídica de posse sobre pessoas e domicílios em que falta proteção, em consulta real com pessoas e grupos afetados.

b) *Disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura.* Uma casa adequada deve conter certas facilidades essenciais para saúde, segurança, conforto e nutrição. Todos os beneficiários do direito à habitação adequada deveriam ter acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água apropriada para beber, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, facilidades sanitárias, meios de armazenagem de comida, depósito dos resíduos e de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência.

c) *Custo acessível.* Os custos financeiros de um domicílio associados à habitação deveriam ser a um nível tal que a obtenção e satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas ou comprometidas. Passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar que a porcentagem dos custos relacionados à habitação seja, em geral, mensurado de acordo com os níveis de renda. Estados-partes

13 Na legislação pátria, vide: Política Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e Política Nacional dos Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305/10).

14 ONU. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-os-assentamentos-humanos/>>. Acesso em: 10 jul. 2014. Maiores informações sobre o Programa ONU-Habitat: <<http://unhabitat.org/>>.

deveriam estabelecer subsídios habitacionais para aqueles incapazes de arcar com os custos da habitação, tão como formas e níveis de financiamento habitacional que adequadamente refletem necessidades de habitação. De acordo com o princípio dos custos acessíveis, os possuidores deveriam ser protegidos por meios apropriados contra níveis de aluguel ou aumentos de aluguel não razoáveis. Em sociedades em que materiais naturais constituem as principais fontes de materiais para construção, passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar a disponibilidade desses materiais.

d) *Habitabilidade*. A habitação adequada deve ser habitável, em termos de prover os habitantes com espaço adequado e protegê-los de frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e riscos de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser garantida. O Comitê estimula os Estados-partes a, de modo abrangente, aplicar os Princípios de Saúde na Habitação, preparado pela OMS, que vê a habitação como o fator ambiental mais frequentemente associado a condições para doenças em análises epidemiológicas, isto é, condições de habitação e de vida inadequadas e deficientes são invariavelmente associadas com as mais altas taxas de mortalidade e morbidade.

e) *Acessibilidade*. Habitações adequadas devem ser acessíveis àqueles com titularidade a elas. A grupos desfavorecidos deve ser concedido acesso total e sustentável para recursos de habitação adequada. Assim, a grupos desfavorecidos como idosos, crianças, deficientes físicos, os doentes terminais, os portadores de HIV, pessoas com problemas crônicos de saúde, os doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas propensas a desastres, e outros deveria ser assegurado um patamar de consideração prioritária na esfera habitacional. Leis e políticas habitacionais deveriam levar em conta as necessidades especiais de habitação desses grupos. Internamente, muitos Estados-partes, aumentando o acesso à terra àqueles que não a possuem ou a segmentos empobrecidos da sociedade, deveriam constituir uma meta central de políticas. Obrigações governamentais precisam ser desenvolvidas, objetivando substanciar o direito de todos a um lugar seguro para viver com paz e dignidade, incluindo o acesso para o terreno como um direito reconhecido.

f) *Localização*. A habitação adequada deve estar em uma localização que permita acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escolas, creches e outras facilidades sociais. Isso é válido para grandes cidades, como também para as áreas rurais, em que os custos para chegar ao local de trabalho podem gerar gastos excessivos sobre o orçamento dos lares pobres. Similarmente, habitações não deveriam ser construídas em locais poluídos nem nas proximidades de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos habitantes.

g) *Adequação cultural*. A maneira como a habitação é construída, os materiais de construção usados e as políticas em que se baseiam devem possibilitar apropriadamente a expressão da identidade e diversidade cultural da habitação. Atividades tomadas a fim do desenvolvimento ou modernização na esfera habitacional deveriam assegurar que as dimensões culturais da habitação não fossem sacrificadas, e que, entre outras, facilidades tecnológicas modernas fossem também asseguradas.

O segundo texto é o Comentário Geral n° 7 sobre o direito à moradia adequada, que trata do despejo ou deslocamento forçado, considerado como uma nítida violação dos direitos humanos. Declara que “despejos não devem resultar indivíduos desabrigados ou vulneráveis a violações de direitos humanos”. O Comentário Geral incumbiu os governos de garantir alternativa de moradia àqueles que sofreram despejo, sejam legais ou ilegais, bem como assinala que “todo indivíduo tem direito à adequada compensação por qualquer dano, tanto material quanto moral, pelo qual foi afetado”.¹⁵

O Comentário Geral n° 7 afirma, ainda, que o Estado está obrigado, como disposto no item 14, a tomar os seguintes cuidados e providências, no caso de ser iminente algum despejo forçado:

(i) antes de realizar qualquer despejo forçado, especialmente os que envolvam grande grupos de pessoas, o Estado deve explorar “todas as alternativas possíveis”, consultando as pessoas afetadas, a fim de evitar ou de minimizar o uso da força ou, ainda, de impedir o despejo;

(ii) assegurar às pessoas afetadas pelo despejo, que elas possam utilizar os remédios legais (o direito de

15 Sobre o direito de resistência em situações de carência extrema, vide: GARGARELLA, Roberto. El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005. p. 16 ss.

defesa e o recurso das decisões judiciais de despejo);

(iii) assegurar a todas as pessoas afetadas pelos despejos forçados o direito à indenização adequada, referente aos bens pessoais ou reais de que foram privados.

A regra adiciona que “remédios 7 legais devem ser providos àqueles que são sujeitos aos despejos”. Mesmo que o Governo siga as provisões do Comentário, ninguém poderá ser transformado em desabrigado ou ter seus direitos humanos violados enquanto ocorre o despejo.¹⁶ Pode-se acrescentar, ainda, outros pressupostos para dar solução pacífica a situações de conflito em que haja ameaça de despejo e de deslocamentos forçados:

- Reconhecer os grupos vulneráveis, como titulares do Direito à Moradia, sem discriminá-los em razão da origem social, posição econômica, origem étnica, sexo, raça ou cor. Deve-se reconhecer que esses grupos têm direito a políticas públicas específicas; e que devem ser incluídos como beneficiários e agentes de qualquer projeto de desenvolvimento (sobretudo dos que os atinjam diretamente), como meio para garantir tratamento isonômico na aplicação das normas de proteção dos direitos humanos instituídas em nosso ordenamento jurídico.

- Democratizar o acesso à terra e à propriedade, de modo que se regulem as atividades do setor privado;

- Devem-se instituir os instrumentos jurídicos e urbanísticos de regularização fundiária pelos quais se reconheça o Direito à Moradia das populações que vivem nos assentamentos informais, mediante leis sobre política urbana e habitacional (como são os Planos Diretores nos municípios).

- Reconhecer e fazer valer o direito à participação: as populações locais mais vulneráveis devem ser consultadas e devem participar da definição de qualquer projeto estratégico para a cidade, em especial no território que ocupam. As minorias devem atuar como beneficiários e agentes dos projetos de desenvolvimento (art. 7º, do Decreto nº 5.051/2004, que regulamenta a Convenção 169, da OIT, Organização Internacional do Trabalho). A participação efetiva é aquela que garante o direito à informação, devendo ser divulgada, em local e tempo apropriados, com procedimentos não apenas consultivos, mas deliberativos e vinculantes.

- Disseminar informações que ajudem todos a entender que os despejos forçados e demolições de domicílio, como medidas punitivas, violam leis e normas nacionais brasileiras (Constituição Federal, Estatuto da Cidade) e também violam tratados internacionais de que o Brasil é signatário (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção de Genebra de 1949, Protocolos de 1977 e a Convenção 169/OIT).

- Regulamentar devidamente a proteção legal às pessoas afetadas pelas ações de remoção, realocação, despejo, de modo que elas disponham de recursos jurídicos apropriados para resguardar os seus direitos à vida, à integridade física e à preservação de seus bens e valores pessoais.

- Garantir a proteção processual das pessoas afetadas pelos despejos forçados, de forma a resguardar o direito de defesa das pessoas afetadas e de forma que todos os notificados tenham prazo suficiente para defender-se e para reorganizar sua vida;¹⁷ prestar a todos os interessados, em prazo razoável, informação relativa ao despejo previsto e, se for o caso, sobre o fim a que se destinam as terras e as residências; garantir a presença de funcionários públicos ou seus representantes, especialmente quando o despejo afete grande número de pessoas; identificar, com precisão e exatamente, todas as pessoas que serão atingidas pelo despejo; garantir que os despejos não sejam executados quando haja mau tempo ou seja noite, oferecendo os correspondentes remédios jurídicos, em cada caso; assegurar a prestação de assistência jurídica às pessoas que necessitem pedir indenização nos tribunais; ter locais apropriados para a guarda dos bens e utensílios

16 SAULE JUNIOR, Nelson. *Observatório da Habitação da Cidade de São Paulo como Instrumento de Controle Social*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Santiago Chile: ONU, 2005. p. 12-13.

17 Anote-se que não é essa a praxe no TJSP, que tem sistematicamente entendido que em hipóteses de reintegração de posse não é necessária a citação pessoal dos requeridos, sob argumento de que a “extensão da área e natureza da ocupação impossibilitam a individuação dos réus pela dinâmica da comunidade, que resulta em constante modificação do polo passivo”, o que autoriza a aplicação do art. 231, I, do CPC (citação por edital). Agravo de Instrumento nº 0119622-25.2013.8.26.0000, da Comarca de Santo André, TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Rômulo Russo, Data do julgamento: 24/10/2013).

pessoais das pessoas que serão despejadas; oferecer abrigos para as pessoas despejadas.¹⁸

3. POLÍTICA HABITACIONAL

3.1. Déficit habitacional brasileiro

Moradia e habitação são, sob o aspecto constitucional, distintos. A moradia, como se sabe, é direito social atribuído pelo art. 6º da CF/88. A habitação incide sobre um bem imóvel como instrumentalização do direito à moradia, a título gratuito ou oneroso, com caráter de direito real ou de direito pessoal.

A importância prática da distinção é que a perda ou suspensão do direito de habitação pode se dar, observada a tutela jurídica da moradia, como no despejo com prazo digno de desocupação e com direito de ampla defesa e contraditório.

Note-se que a inviolabilidade domiciliar prevista na CF/88 é a regra, sendo excepcionada apenas em casos extremos, como o flagrante próprio de um crime permanente, como o ter em depósito drogas ou armamentos ilícitos em uma residência, ou em caso de desastre, ou para prestação de socorro, ou, ainda, mediante mandado judicial fundamentado pelo magistrado e durante o dia (art. 5º, XI).

Nesse sentido, Sergio Iglesias Nunes de Souza destaca que, embora seja frequente a utilização das locuções direito à moradia e direito de habitação como sinônimas, na verdade existem diferenças marcantes entre as duas expressões:

Tem-se a distinção, no ordenamento jurídico, do direito à moradia e do direito de habitação, cada qual com características próprias. Não obstante comumente se utilizar as expressões direito à moradia e direito de habitação como sinônimas, a distinção de cada uma tem relevância, sobretudo para distinguir a importância de cunho pessoal da primeira e do cunho patrimonial da segunda, sem, porém, olvidar-se do forte limete teleológico em que ambas se encontram. Portando, a moradia é um bem extrapatrimonial da personalidade e tutelado pelos direitos da personalidade e, portanto, assume todas as características desse direito, especialmente, a irrenunciabilidade. Toda e qualquer cláusula que implique em renúncia, isto é, a disposição total e plena da moradia, esta deverá ser considerada cláusula nula de pleno direito. Constitui ao ilícito a renúncia ao bem da moradia.

Deve-se observar que a disposição relativa da habitação sobre um imóvel é admissível, como por exemplo, a venda de um imóvel pelo seu titular, já que acarretará benesses financeiras para sua subsistência em outro imóvel; a locação residencial; a fiança prestada a um contrato de locação residencial, diante da função social desses contratos em preservação do acesso à moradia social, dentre outros. Todavia, a renúncia do direito à moradia sem uma contraposição de outro direito de mesmo valor jurídico extrapatrimonial, não tem justificativa em nosso ordenamento jurídico, bem como perante as normas internacionais.¹⁹

Por outro lado, o *deficit* habitacional no Brasil é imenso. Era estimado, para o ano de 2005, em 7,9 milhões de residências, sendo que 96,3% desta demanda se concentrava na faixa de renda de até cinco salários mínimos, bem como existiam cerca de 1,96 milhão de domicílios em aglomerados subnormais no Brasil.²⁰

18 SAULE JUNIOR, Nelson. *Observatório da Habitação da Cidade de São Paulo como Instrumento de Controle Social*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Santiago Chile: ONU, 2005. p. 142-143. Sobre o direito de resistência em situações de carência extrema, vide: GARGARELLA, Roberto. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In: GARGARELLA Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005. p. 16 ss.

19 SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 160.

20 Fonte: IBGE, PNAD 2005 (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios). Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em 15/10/11. Segundo definição do IBGE, aglomerado subnormal é conceito que se aproxima de favela, pois se trata do “conjunto constituído por no mínimo 51 unidades habitacionais (casas, barracos etc.) ocupando ou tendo ocupado, até período recente, terreno de propriedade alheia (pública ou particular), dispostas, em geral, de forma desordenada e densa. Em sua maioria são

Os dados demonstram que, em 2008, o *deficit* habitacional era estimado em 5,546 milhões de domicílios, dos quais 4,629 milhões, ou 83,5%, estão localizados nas áreas urbanas. As famílias com renda até 5 salários mínimos totalizam 96,6% do *deficit* habitacional urbano (89,6%, se considerado até 3 salários mínimos), ou seja, houve um acréscimo de 0,3% em três anos. Do total do *deficit* habitacional, 36,9% localiza-se na região Sudeste, conforme se pode observar no mapa a seguir. Na comparação entre 2008 e a estimativa recalculada de 2007 houve queda de 442.754 unidades habitacionais no montante considerado como déficit habitacional no Brasil.²¹

Os dados mais recentes, colhidos pelo IBGE, em colaboração com a Fundação João Pinheiro, mostram que o déficit habitacional, em 2011, correspondia a 5,889 milhões de domicílios, o que representa 9,5% dos domicílios particulares permanentes e improvisados e que, em 2012 esse número caiu para 5,792 milhões, o equivalente a 9,1% de déficit relativo, conforme tabela abaixo.²²

DÉFICIT HABITACIONAL TOTAL, RELATIVO E POR COMPONENTES

Brasil
2007 – 2012

Especificação	ANO				
	2007	2008	2009	2011	2012
Déficit Total Absoluto	6.102.414	5.686.703	6.143.226	5.889.357	5.792.508
Déficit Total Relativo	10,8	9,8	10,4	9,5	9,1
Total de Domicílios	56.338.622	58.180.644	59.252.675	62.116.819	63.766.688
COMPONENTES					
Habitação Precária	1.264.414	1.158.801	1.088.634	1.187.903	883.777
<i>Improvisados</i>	109.421	101.100	69.432	130.905	85.550
<i>Rústicos</i>	1.154.993	1.057.701	1.019.202	1.056.998	798.227
Coabitação Familiar	2.481.128	2.211.276	2.511.541	1.916.716	1.865.457
<i>Cômodos</i>	200.094	175.366	216.924	221.546	170.926
<i>Famílias Conviventes</i>	2.281.034	2.035.910	2.294.617	1.695.170	1.694.531
Ônus Excessivo com Aluguel	1.965.981	1.928.236	2.143.415	2.388.316	2.660.348
Adensamento Excessivo	390.891	388.390	399.636	396.422	382.926

Fonte: Dados básicos: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) 2007 - 2012.

3.2. Política Nacional de Habitação de Interesse Social

carentes de serviços públicos essenciais”. Tal critério releva que o deficit habitacional é certamente maior do que os dados oficiais mostram. Pode-se conceituar as favelas como áreas públicas ou privadas ocupadas espontaneamente ou de forma organizada, por pessoas de baixa renda, em que não há segurança jurídica da posse, com ameaça de despejo, pois o parcelamento do solo é informal, não se enquadrando nos padrões das legislações urbanísticas e ambientais. Já os cortiços ou habitações coletivas multifamiliares são em geral imóveis particulares superadensados, com precárias condições de habitabilidade, com risco à saúde ou de vida. Os cortiços também são irregulares em razão da precariedade da relação entre proprietário ou locador e os moradores (locatários ou sublocatários). Sobre o tema, vide: MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O direito das favelas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013; FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

21 BRASIL. Ministério das Cidades. *Deficit habitacional no Brasil 2008*. Secretaria Nacional de Habitação. Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Brasília: Ministério das Cidades, 2011. p. 29 e 35. Vide mapa do *deficit* habitacional total, segundo unidades da Federação: dados básicos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2008. Elaboração: Centro de Estatística e Informações / Fundação João Pinheiro.

22 MINISTÉRIO DAS CIDADES. *Deficit habitacional no Brasil 2012. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD)*, 2007-2012. Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

Para enfrentar esse enorme desafio, em 2004 foi aprovada, no âmbito do Ministério das Cidades, a Política Nacional de Habitação (PNH), com destaque para participação do Conselho das Cidades,²³ com o principal objetivo de “retomar o processo de planejamento do setor habitacional e garantir novas condições institucionais para promover o acesso à moradia digna a todos os segmentos da população”.²⁴

A PNH foi estruturada em três eixos de ação, assim distribuídos:

EIXOS ESTRUTURANTES DE AÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE HABITAÇÃO

<p>1. Integração urbana de assentamentos precários</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ urbanização em áreas precárias ▪ intervenção em cortiços ▪ regularização fundiária ▪ melhoria da qualidade habitacional
<p>2. Produção habitacional</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ aquisição de imóveis novos ou usados ▪ locação social pública ou privada ▪ reabilitação em áreas urbanas centrais ▪ melhoria habitacional
<p>3. Integração da política habitacional à política de desenvolvimento urbano</p>	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Política fundiária e imobiliária para habitação ▪ Regularização fundiária ▪ Uso de terrenos e imóveis públicos para habitação ▪ Revisão da legislação federal de parcelamento do solo para habitação ▪ Impacto da política de financiamento habitacional sobre o valor do solo urbano ▪ Mobilidade e transporte urbano ▪ Infraestrutura urbana e saneamento ambiental

TABELA - Eixos estruturantes de ação da Política Nacional de Habitação²⁵

Em seguida, foi editada a Lei nº 11.124/2005, primeira lei de iniciativa popular pós-CF/88, que criou o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS), com o objetivo de: I – viabilizar para a população de menor renda o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável; II – implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e viabilizando o acesso à habitação voltada à população de menor renda; e III – articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e órgãos que desempenham funções no setor da habitação (art. 2º).²⁶

23 O Conselho das Cidades (ConCidades) foi criado pela MP 2220/2001 (artigos 10-14), com o nome de Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU). É um órgão colegiado de natureza deliberativa e consultiva, integrante da estrutura do Ministério das Cidades, tem por finalidade estudar e propor as diretrizes para a formulação e implementação da Política Nacional de Desenvolvimento Urbano, bem como acompanhar e avaliar a sua execução, conforme dispõe o Estatuto da Cidade. O Decreto 5.790/2006 dispõe sobre composição, estruturação, competências e funcionamento do ConCidades. Maiores informações: <<http://www.cidades.gov.br/>>.

24 Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/>>. Acesso em: 11 jul. 2014.

25 BRASIL. Ministério das Cidades. Cadernos Ministério das Cidades 4: Política Nacional de Habitação. Brasília: Ministério das Cidades, 2004. Apud. NAIME, Jéssica. *A política de habitação social no governo Lula: dinâmicas e perspectivas*. In: Seminário nacional: governança urbana e desenvolvimento metropolitano, Anais, Natal: UFRN, 2010, p. 5.

26 Relembre-se que a União possui competência constitucional para: art. 21, XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX); promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX); e elaborar normas gerais e federais em Direito Urbanístico (art. 24, I).

Dentre vários recursos que compõem o SNHIS (art. 6º da citada Lei), destaca-se o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), criado pela mesma Lei nº 11.124/2005 (artigos 7º a 13), com o objetivo de centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS, destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda.

Os recursos do FNHIS – que serão aplicados de forma descentralizada por intermédio dos Estados, Distrito Federal e Municípios ou por meio de repasse a entidades privadas sem fins lucrativos (art.12) – serão destinados a ações vinculadas aos programas de habitação de interesse social que contemplem (art. 11): a) aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais; b) produção de lotes urbanizados para fins habitacionais; c) urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária e urbanística de áreas caracterizadas de interesse social; d) implantação de saneamento básico, infraestrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas habitacionais de interesse social; e) aquisição de materiais para construção, ampliação e reforma de moradias; f) recuperação ou produção de imóveis em áreas encortçadas ou deterioradas, centrais ou periféricas, para fins habitacionais de interesse social; g) outros programas e intervenções na forma aprovada pelo Conselho Gestor do FNHIS.

Por sua vez, a Lei nº 11.977/2009 criou o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), com a finalidade de criar mecanismos de incentivo à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (art. 1º, *caput*, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011).

Tal programa habitacional compreende (art. 1º):

I – o *Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU)*, que tem por objetivo promover a produção ou a aquisição de novas unidades habitacionais ou a requalificação de imóveis urbanos (art. 4º, com redação dada pela Lei nº 12.424/2011). Assim, fica a União autorizada a conceder subvenção econômica ao programa para facilitar a aquisição, a produção e a requalificação do imóvel residencial, ou complementar o valor necessário para assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das operações de financiamento realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) – art. 6º;

II – o *Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR)*, que tem como finalidade subsidiar a produção ou reforma de imóveis aos agricultores familiares e trabalhadores rurais, por intermédio de operações de repasse de recursos do orçamento geral da União ou de financiamento habitacional com recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) (art. 11, redação da Lei nº 12.424/2011). Nessa hipótese, a União também está autorizada a conceder subvenção econômica ao programa para facilitar a produção ou reforma do imóvel residencial, complementar o valor necessário a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das operações de financiamento realizadas pelos agentes financeiros, ou ainda, complementar a remuneração do agente financeiro, nos casos em que o subsídio não esteja vinculado a financiamento (art. 13, redação da Lei nº 12.424/2011);

III – a autorização, prevista no art. 18, para a União transferir recursos ao *Fundo de Arrendamento Residencial (FAR)* e ao *Fundo de Desenvolvimento Social (FDS)*. O FAR financia o Programa de Arrendamento Residencial, instituído pela Lei nº 10.188/2001, para atendimento à necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, programa cuja gestão cabe ao Ministério das Cidades e sua operacionalização à Caixa Econômica Federal (CEF). O FDS, criado pelo Decreto nº 103/1991 e disciplinado pela Lei nº 8.677/93, também é gerido pela CEF e destina-se ao financiamento de projetos de investimentos de relevante interesse social nas áreas de habitação popular, saneamento básico, infraestrutura urbana e equipamentos comunitários (art. 2º, Lei nº 8.677/93);

IV – a autorização para a União participar do *Fundo Garantidor da Habitação Popular (FGHab)*, que tem natureza privada e patrimônio próprio, separado do patrimônio dos cotistas, bem como visa garantir o pagamento aos agentes financeiros de prestação mensal de financiamento habitacional, no âmbito do SFH,

devida por mutuário final, em caso de desemprego e redução temporária da capacidade de pagamento, ou assumir o saldo devedor do financiamento imobiliário, em caso de morte e invalidez permanente, e as despesas de recuperação relativas a danos físicos ao imóvel; em ambos os casos para mutuários com renda familiar mensal de até R\$ 4.650,00 (art. 20, redação da Lei nº 12.424/2011). O FGHab concederá garantia para até 1.400.000 financiamentos imobiliários contratados exclusivamente no âmbito do PMCMV (art. 29, redação da Lei nº 12.424/2011),²⁷ bem como as coberturas do FGHab, descritas no art. 20, serão prestadas às operações de financiamento habitacional para produção ou aquisição de imóveis novos em áreas urbanas, requalificação de imóveis já existentes em áreas consolidadas no âmbito do PNHU, ou para produção de moradia no âmbito do mesmo Programa (art. 30, redação da Lei nº 12.424/2011); e

V – a autorização para a União conceder subvenção econômica ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) especificamente nas operações de financiamento de linha especial para infraestrutura em projetos de habitação popular (art. 33).

Note-se, por fim, que os contratos e registros efetivados no âmbito do PMCMV serão formalizados, preferencialmente, em nome da mulher (art. 35, Lei nº 11.977/2009). Nas hipóteses de dissolução de união estável, separação ou divórcio, o título de propriedade do imóvel adquirido no âmbito do PMCMV, na constância do casamento ou da união estável, com subvenções oriundas de recursos do orçamento geral da União, do FAR e do FDS, será registrado em nome da mulher ou a ela transferido, independentemente do regime de bens aplicável, excetuados os casos que envolvam recursos do FGTS (art. 35-A, Lei nº 11.977/2009, incluído pela Lei nº 12.693, de 2012). No entanto, nos casos em que haja filhos do casal e a guarda seja atribuída exclusivamente ao marido ou companheiro, o título da propriedade do imóvel será registrado em seu nome ou a ele transferido (parágrafo único, art. 35-A, Lei nº 11.977/2009, incluído pela Lei nº 12.693, de 2012).

Saliente-se, também, que é possível a utilização de outros instrumentos na política habitacional federal, inclusive de regularização fundiária, tais como Zonas Habitacionais de Interesse Social (ZHIS),²⁸ Zonas Especiais de Interesse Social (ZEIS), usucapião especial urbana, CDRU e CUEM.

Por fim, registre-se que existem normas protetivas em outros diplomas legislativos federais, como a Lei nº 8.245/91 (Lei de Locação de Imóveis Urbanos)²⁹ e Lei nº 9.636/98.³⁰

3.3. Política habitacional do Distrito Federal

A imprensa noticiou, recentemente, que o Distrito Federal registrou o maior *deficit* habitacional proporcional entre as dez maiores RMs do país, segundo levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), divulgado 25/11/2013. O estudo é um cruzamento de dados da Pesquisa de Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2012 e

27 De acordo com a redação dada pela Medida Provisória nº 651, de 9 de julho de 2014, no art. 29, *caput*, tem-se: “O FGHab concederá garantia para até dois milhões de financiamentos imobiliários contratados exclusivamente no âmbito do PMCMV”.

28 Previstas no art. 6º, § 2º da Lei nº 6.766/79 (com redação dada pela Lei nº 9.785/99).

29 Lei nº 8.245/91, art. 24. Nos imóveis utilizados como habitação coletiva multifamiliar, os locatários ou sublocatários poderão depositar judicialmente o aluguel e encargos se a construção for considerada em condições precárias pelo Poder Público. 1º O levantamento dos depósitos somente será deferido com a comunicação, pela autoridade pública, da regularização do imóvel. 2º Os locatários ou sublocatários que deixarem o imóvel estarão desobrigados do aluguel durante a execução das obras necessárias à regularização. 3º Os depósitos efetuados em juízo pelos locatários e sublocatários poderão ser levantados, mediante ordem judicial, para realização das obras ou serviços necessários à regularização do imóvel.

30 Lei nº 9.636/98, art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada (redação dada pela Lei nº 11.481/2007).

mostra que o índice é de 115.922 moradias, o que corresponde a 13,6% do total de residências na capital. A RM de Brasília foi a única entre as dez que teve aumento do *deficit* quando comparados os dados nos últimos seis anos. Em 2007, o DF registrou índice de 12,8% (96.279 moradias).³¹

A LODF estabelece que a política habitacional do Distrito Federal será dirigida ao meio urbano e rural, em integração com a União, com vistas à solução da carência habitacional, para todos os segmentos sociais, com prioridade para a população de média e baixa renda (art. 327).

Determina, ainda, que a ação do Governo do Distrito Federal será orientada em consonância com os planos diretores de ordenamento territorial e locais,³² especialmente quanto (art. 328):

- I – à oferta de lotes com infraestrutura básica;
- II – ao incentivo para o desenvolvimento de tecnologias de construção de baixo custo, adequadas às condições urbana e rural;
- III – à implementação de sistema de planejamento para acompanhamento e avaliação de programas habitacionais;
- IV – ao atendimento prioritário às comunidades localizadas em áreas de maior concentração da população de baixa renda, garantido o financiamento para habitação;
- V – ao estímulo e incentivo à formação de cooperativas de habitação popular;
- VI – à construção de residências e à execução de programas de assentamento em áreas com oferta de emprego, bem como ao estímulo da oferta a programas já implantados;
- VII – ao aumento da oferta de áreas destinadas à construção habitacional.

As cooperativas habitacionais de trabalhadores terão prioridade na aquisição de áreas públicas urbanas destinadas à habitação, na forma da lei (art. 328, parágrafo único, LODF), que, no caso, é a Lei nº 3.877/2006, que trata da política habitacional do Distrito Federal, notadamente os artigos 15-21.³³

31 DF tem maior déficit habitacional entre regiões metropolitanas no país.

Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/11/df-tem-maior-deficit-habitacional-entre-regioes-metropolitanas-no-pais.html>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

32 Vide: PDOT – Plano Diretor de Ordenamento Territorial do DF - LC 803/2009, com as alterações da LC 854/2012, artigos 47-51 (Da Habitação) e 134-140 (Da Estratégia de Oferta de Áreas Habitacionais). Os Planos Diretores Locais (PDLs) aprovados são os seguintes: a) PDL de Sobradinho, LC 56/97; b) PDL de Taguatinga, LC 90/98; c) PDL de Candangolândia, LC 97/98; d) PDL de Ceilândia, LC 314/2000; e) PDL de Samambaia, LC 370/2001; f) PDL do Gama, LC 728/2006; g) PDL do Guará, LC 733/2006.

33 Lei nº 3.877/2006 - Das Cooperativas e Associações Habitacionais - Art. 15. As cooperativas e associações habitacionais não enquadradas nos programas habitacionais de interesse social poderão ter programas próprios. Art. 16. As cooperativas habitacionais de trabalhadores terão prioridade na aquisição de áreas públicas destinadas à habitação, na forma do art. 328, parágrafo único, da Lei Orgânica do Distrito Federal. Art. 17. Às cooperativas e associações habitacionais é vedada a cobrança de qualquer tipo de contribuição de seus associados para fins de aquisição de unidades imobiliárias de programa habitacional do Distrito Federal, excetuadas as taxas previstas em seus estatutos, em lei ou em seus regulamentos. Art. 18. Nenhum cooperado ou associado pode beneficiar-se mais de uma vez em programa habitacional do Distrito Federal. Art. 19. Para participar de programas habitacionais destinados a cooperativa ou associação, o candidato deve atender ao seguinte: I – ter maioridade ou ser emancipado na forma da lei civil; II – residir no Distrito Federal nos últimos cinco anos; III – não ser, nem ter sido proprietário, promitente comprador ou cessionário de imóvel residencial no Distrito Federal; IV – não ser usufrutuário de imóvel residencial no Distrito Federal; V – ter renda familiar compatível com o programa. *Parágrafo único.* Excetuam-se do disposto nos incisos III e IV deste artigo as situações previstas no art. 4º, parágrafo único. Art. 20. Para participar de programa habitacional, a cooperativa ou associação habitacional deverá: I – estar legalmente constituída há pelo menos um ano da data de publicação do edital de licitação; II – ter registro de seu estatuto e ato de constituição na Junta Comercial do Distrito Federal ou no Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas; III – apresentar: a) estatuto e suas alterações, se houver, com os respectivos registros; b) ata de constituição e de eleição da diretoria em exercício, com a relação de seus membros e a qualificação dos diretores; c) registro no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ; d) certificado de regularidade perante a seguridade social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS; e) comprovante de regularidade fiscal; f) certidão negativa civil e criminal dos dirigentes junto à Justiça Federal e à Justiça do Distrito Federal e Territórios; g) relação dos cooperados ou associados, com perfil socioeconômico definido. Art. 21. A transferência de domínio ao cooperado ou associado será feita pela TERRACAP, em conjunto com o Distrito Federal, por intermédio da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação do Distrito Federal – SEDUH.

A LODF prescreve, também, que o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual deverão garantir o atendimento às necessidades sociais por ocasião da distribuição dos recursos para aplicação em projetos de habitação urbana e rural pelos agentes financeiros oficiais de fomento (art. 330).

O art. 331 da LODF veda a implantação de assentamento populacional sem que sejam observados os pressupostos obrigatórios de infraestrutura e saneamento básico, bem como a realização de EIV para construção, instalação, reforma, recuperação, ampliação e operação de empreendimentos ou atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente, disciplinado no art. 289 da LODF e na Lei Distrital 5.022/2013.

A LODF prescreve, ainda, que a lei disporá sobre contratos de transferência de posse e domínio para os imóveis urbanos em programas habitacionais promovidos pelo Poder Público, observadas as seguintes condições (art. 329):

- I – o título de transferência de posse e de domínio, conforme o caso, será conferido a homem ou mulher, independentemente do estado civil;
- II – será vedada a transferência de posse àquele que, já beneficiado, a tenha transferido para outrem, sem autorização do Poder Público, ou que seja proprietário de imóvel urbano.³⁴

A Lei Distrital nº 3.877/2006 dispõe sobre a política habitacional do Distrito Federal (LPH-DF) e determina que será implementada pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação do Distrito Federal (SEDUH), em atendimento ao banco de dados dos inscritos nos programas habitacionais da própria SEDUH e do Instituto de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal (IDHAB) (art. 3º, VIII).

Para participar de programa habitacional de interesse social, o interessado deve atender aos seguintes requisitos (art. 4º, *caput*, Lei nº 3.877/2006):

- I – ter maioridade ou ser emancipado na forma da lei;
- II – residir no Distrito Federal nos últimos cinco anos;
- III – não ser, nem ter sido proprietário, promitente comprador ou cessionário de imóvel residencial no Distrito Federal;
- IV – não ser usufrutuário de imóvel residencial no Distrito Federal;
- V – ter renda familiar de até doze salários mínimos.

Entretanto, excetuam-se do disposto nos incisos III e IV acima as seguintes situações (art. 4º, parágrafo único, LPH-DF):

- I – propriedade anterior de imóvel residencial de que se tenha desfeito, por força de decisão judicial, há pelo menos cinco anos;
- II – propriedade em comum de imóvel residencial, desde que dele se tenha desfeito, em favor do coadquirente, há pelo menos cinco anos;
- III – propriedade de imóvel residencial havido por herança ou doação, em condomínio, desde que a fração seja de até 50%;

34 Lei nº 3.877/2006 – Dos Contratos de Transferência Art. 7º Os contratos de transferência de posse e domínio para os imóveis urbanos em programas habitacionais promovidos pelo Poder Público observarão as seguintes condições: I – o título de transferência de posse ou de domínio, conforme o caso será conferido a homem ou mulher, independentemente de estado civil; II – será vedada a transferência de posse àquele que, já beneficiado, a tenha transferido para outrem sem autorização do Poder Público ou que seja proprietário de imóvel urbano. Parágrafo único. Especificamente para lavratura de escritura, os registros cartoriais deverão constar, preferencialmente, no nome da mulher. (Parágrafo acrescido pela Lei Complementar nº 762, de 23/5/2008.) Art. 9º A transferência de posse de imóvel de programa habitacional pelo Poder Público ao beneficiário independe de autorização legislativa. Art. 10. Enquanto não houver a transferência de domínio do Poder Público para o beneficiário, é vedado a este transferir a terceiros a posse de bem imóvel recebido no âmbito de programa habitacional do Distrito Federal, salvo se autorizado pelo Poder Executivo. Art. 14. Fica o Poder Executivo autorizado a estabelecer convênios com os cartórios, com o objetivo de fornecer gratuitamente ou com redução de custos a primeira titulação dos imóveis destinados aos programas habitacionais de interesse social.

IV – propriedade de parte de imóvel residencial, cuja fração não seja superior a 25%;

V – propriedade anterior, pelo cônjuge ou companheiro do titular da inscrição, de imóvel residencial no Distrito Federal do qual se tenha desfeito, antes da união do casal, por meio de instrumento de alienação devidamente registrado no cartório competente;

VI – devolução espontânea de imóvel residencial havido de programa habitacional desenvolvido pelo Governo do Distrito Federal ou por meio de instituição vinculada ao Sistema Financeiro de Habitação, comprovada mediante a apresentação de instrumento registrado em cartório;

VII – nua propriedade de imóvel residencial gravado com cláusula de usufruto vitalício;

VIII – renúncia de usufruto vitalício.

A LPH-DF determina que TERRACAP deverá disponibilizar para o Distrito Federal as unidades parceladas ou as glebas destinadas a habitações de interesse social (art. 5º, *caput*). Contudo, de cada área destinada à habitação de interesse social, serão reservados (art. 5º, § 1º):

I – 45% para atendimento do Cadastro Geral de Inscrições da SEDUH;

II – 40% para atendimento de cooperativas ou associações habitacionais;

III – 20% para os demais programas habitacionais de interesse social.

A LPH-DF estabelece os instrumentos de transferência da posse de imóveis públicos destinados a programas habitacionais urbanos: I - autorização ou permissão de uso; II - concessão de uso; III - CUEM; IV - CDRU (art. 8º, *caput*). A autorização de uso ou a permissão de uso serão admitidas apenas nos casos de urgência decorrente de situação de risco ou de calamidade pública (art. 8º, § 1º). Os demais instrumentos deverão obedecer à legislação federal ou distrital (art. 8º, § 2º).

Quanto ao título de domínio, a LPH-DF institui que o beneficiário de programa habitacional do Distrito Federal poderá requerer a transferência de domínio após cumpridos os prazos estabelecidos na LODF (art. 11).

Originalmente, a LODF estabelecia o prazo de 10 anos. Note-se, no entanto, que a Emenda à Lei Orgânica nº 13/96, que havia alterado o inciso III do art. 329 da LODF para reduzir o prazo para 30 meses, foi declarada inconstitucional pela ADI nº 2004002005841-9 – TJDF/T (DJ 1º/6/2009), o que restaura a redação original (o prazo de 10 anos). Ocorre, porém, que o referido inciso foi revogado pela Emenda à Lei Orgânica nº 55, de 23/11/2009, ficando sem prazo previsto na legislação.

A par disso, a LPH-DF preceitua que os imóveis públicos destinados a programas habitacionais serão alienados por meio de venda, permuta ou doação (art. 12). Dispõe, ainda, que os bens imóveis públicos que integram programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social podem ter dispensada a sua licitação nas hipóteses de alienação, CDRU, concessão ou permissão de uso, na forma prevista no art. 17, I, “f”, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (art. 13, *caput* e parágrafo único). O art. 26 da LPH-DF estabelece que os recursos arrecadados no âmbito dos programas habitacionais do Distrito Federal constituem receita do Fundo de Desenvolvimento Urbano do Distrito Federal (FUNDURB-DF), criado pela LC 36/97 e atualmente regido pela LC 800/2009.

Por fim, convém destacar que, por conta da lisura do pleito eleitoral, o art. 25 da LPH-DF proíbe a emissão de cartas convocatórias para distribuição de lotes nos três meses que antecedem eleição, excetuados os processos em andamento que estejam previamente formalizados.

O marco legal da política habitacional do Distrito Federal é constituído, ainda, pelas seguintes leis:

- Lei Distrital nº 4.020/2007, que cria o Sistema de Habitação do Distrito Federal (SIHAB/DF) e autoriza a criação da empresa pública Companhia de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal (CO-DHAB/DF), vinculada à SEDUMA, cuja finalidade é a execução da Política de Desenvolvimento Habitacional do Distrito Federal, coordenando as ações.

- LC 762/2008, que cria o Fundo Distrital de Habitação de Interesse Social (FUNDHIS) e institui o Conselho Gestor do FUNDHIS, nos termos da Lei federal nº 11.124/2005.
- LC 794/2008, que cria o Programa Cheque-Moradia no âmbito do Distrito Federal, destinado à aquisição de mercadorias ou materiais para construção, reforma, ampliação ou conclusão de unidades habitacionais de interesse social, integrantes ou não de programas habitacionais locais.
- LC 796/2008, que dispõe sobre a Política Habitacional para Pessoas com Deficiência no âmbito do Distrito Federal.
- Lei nº 5.197/2013, que dispõe sobre a alienação de bens imóveis do Distrito Federal no âmbito da Política Habitacional de Interesse Social do Distrito Federal.³⁵

4. DESAFIOS DA TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À MORADIA

Os argumentos normalmente utilizados para dar efetividade à tutela judicial do direito à moradia, como dos demais direitos sociais, são de três ordens: a) ausência de previsão orçamentária; b) ofensa à separação de poderes; e c) reserva do possível.

Tais argumentos não podem constituir obstáculos intransponíveis ao deferimento de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, a ausência ou insuficiência orçamentária para efetividade de uma política pública habitacional que diminua de fato o enorme déficit habitacional brasileiro (acrescido à precariedade de saneamento básico), já constituem uma contumácia aos comandos constitucionais.

Além disso, se existe, realmente, falta de recursos públicos do Município para tutela concreta do direito à moradia, passa-se a obrigação para o Estado-membro respectivo e, em caso negativo, chega-se à União, que certamente terá orçamento necessário. Não se pode esquecer que é competência comum dos entes federados a promoção de programas de construção de moradias (art. 23, IX, CF/88).³⁶

Aliás, referida avaliação só é possível após minuciosa análise do orçamento, em contraste com gastos supérfluos, comuníssimos na Administração Pública brasileira em geral.

De outra parte, o controle judicial da atividade da Administração Pública não macula o princípio constitucional da separação de poderes. O referido princípio não pode ser empregado para justificar a burla à Constituição Federal e para contrariar o interesse público.

A propósito, convém esclarecer que não se trata de ativismo judicial. Ao contrário, ativista é a Constituição Federal de 1988, que, dentre diversos exemplos, afirmou que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º, art. 5º). O Poder Judiciário tão somente está dando efetividade àquilo que a Carta Magna prescreveu com todas as letras. Nesse ponto, anui-se completamente com as ideias propostas pelo prof. Carlos Ayres Britto.

³⁵ Lei nº 5.197/2013, art. 1º Fica autorizada a alienação dos bens imóveis de propriedade do Distrito Federal aos candidatos habilitados e às entidades credenciadas no âmbito do Programa Habitacional de Interesse Social do Distrito Federal. § 1º Integram os imóveis de que trata este artigo as áreas: I – previstas na Estratégia de Oferta de Áreas Habitacionais do Plano Diretor de Ordenamento Territorial; II – que já foram objeto de procedimentos administrativos com vistas à execução da Política Habitacional de Interesse Social do Distrito Federal. § 2º A doação é admitida somente ao beneficiário final com renda familiar não superior a cinco salários-mínimos. § 3º Na hipótese de venda, o Distrito Federal pode aplicar redutor no valor dos terrenos estabelecido em ato próprio do órgão executor da Política Habitacional, desde que as vantagens financeiras sejam repassadas ao beneficiário final da aquisição do terreno. § 4º Ocorrendo a doação ou a venda de que trata esta Lei, deve ser observado o disposto no art. 17, I, f, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

³⁶ A CF/88 foi a primeira constituição brasileira a consagrar o princípio solidarista, fundamento da decisão do STF que autorizou a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510).

Com efeito, a concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e do Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra, a implementação de políticas públicas é da alçada do Executivo e do Legislativo. Todavia, na hipótese de injustificada omissão ou insuficiência, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. É o posicionamento do STF (ADPF 45-MC, rel. Min. Celso de Mello, 2004).

Do mesmo modo, o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser óbice da tutela judicial efetiva do direito fundamental à moradia digna, especialmente quando é fato notório que o Estado não desempenha seus deveres primários com o mínimo de satisfatoriedade. A adoção do argumento da reserva do possível acaba por reduzir a eficácia dos direitos sociais a zero.

Note-se que a cláusula da reserva do possível tornou-se conhecida a partir do *leading case* julgado pelo Tribunal Federal alemão nos anos 70 do século passado, denominado *numerus clausus*. A questão posta sob julgamento tratava da limitação do número de vagas nas Universidades alemãs imposta pela política à época em detrimento do disposto no art. 12 da Lei Fundamental, que assegurava a todos o direito de escolher livremente sua profissão, seu local de trabalho e seu centro de formação. Na solução da demanda, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que o direito à prestação positiva estava sujeito à reserva do razoavelmente possível de o indivíduo exigir do Estado e da sociedade.

A teoria da reserva do possível foi bem delimitada pelo jurista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet, em tríplice aspecto, visando:

1. à efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação dos direitos fundamentais sociais;
2. à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que conserva correlação com a definição das prioridades na distribuição das receitas públicas;
3. à proporcionalidade e à razoabilidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade.³⁷

A questão da disponibilidade fática dos recursos é a que apresenta os debates mais intensos, pois não há como negar que, no Brasil, as demandas sociais são elevadas e os recursos públicos são finitos. Nesse sentir, o atendimento da necessidade não deve ser feito a todos, mas tão-somente aqueles que comprovarem que não possuem os recursos para arcar com os seus custos. Daniel Sarmento sustenta ser necessária a análise da razoabilidade da universalização da prestação exigida, tendo em conta os recursos disponíveis, tendo em vista o princípio da isonomia.³⁸

Na segunda dimensão, relativa à disponibilidade jurídica mencionada, verifica-se quais os sujeitos competentes para formular e efetivar as políticas públicas, determinando as prioridades na distribuição das receitas públicas. Situa-se aqui uma questão importante, qual seja, a possibilidade (ou não) de controle judicial das políticas públicas para efetivar os direitos sociais injustamente negados pela inércia ou ineficiência dos poderes políticos (assim entendidos os Poderes Executivo e Legislativo).

Em que pese as críticas e entendimentos contrários, e apesar do reconhecimento de que a elaboração e implementação das políticas públicas incumbem ao Legislativo e Executivo, respectivamente, é papel do Judiciário determinar a implementação das políticas públicas impostas pela Constituição Federal aos órgãos estatais faltosos. Nesse sentido, Dirley Cunha Júnior afirma que

as decisões sobre prioridades na aplicação e distribuição de recursos públicos deixam de ser questões de discricionariedade política, para serem uma questão de observância de direitos fundamentais, de modo que a competência para tomá-las passaraia do Legislativo para o Judiciário.³⁹

O terceiro ponto, relativo à proporcionalidade da prestação invocada e a razoabilidade de ser postulada do Estado, sobrevém a adequação da pretensão individual às reservas previstas no orçamento. Destaca-se,

37 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 287.

38 SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 200.

39 CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 785.

nesse item, que é vedado ao Estado sustentar, com base na teoria da reserva do possível, a inviabilidade de implementar políticas públicas definidas como obrigatórias pela Constituição, tal como a política habitacional que dignifique o direito à moradia. Assim, é necessário a ocorrência de motivo justo e objetivamente verificável para acolhimento da teoria da reserva do possível como elemento capaz de exonerar o Estado no cumprimento de suas obrigações constitucionais. Não é outra a lição da doutrina, tal como esposado por Jorge Reis Novais:

Assim, quando se aprecia a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem protegido de direito fundamental que resulta, em consequência, desvantajosamente afetado. Por sua vez, a observância ou violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo justa, adequada, razoável, proporcionada ou, noutra perspectiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controle, da medida em que ela não é excessiva, desproporcionada, desrazoável.⁴⁰

Diante dessas dificuldades, a jurisprudência nem sempre tutela adequadamente os direitos sociais, conforme se pode observar do seguinte aresto em que um mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) postula revisão contratual:

DIREITO CIVIL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO DA SEGURADORA. INOCORRÊNCIA. SISTEMA SACRE. DESNECESSIDADE DE PROVA PERICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REVISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO CDC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. DIREITO SOCIAL À MORADIA. APELAÇÃO DESPROVIDA. [...] 4. Não se pode invocar, como justificativa ao pleito revisional, argumentos genéricos, baseados em direitos e garantias simplesmente porque constitucionalmente previstos, como a função social da posse, o direito à moradia, a dignidade da pessoa humana e a condição financeira do ocupante do imóvel. De fato, no direito contemporâneo, a obrigatoriedade dos contratos foi relativizada, permitindo a revisão do negócio e até a sua resolução, em virtude de transformações imprevisíveis que onerem demasiadamente a situação jurídica de uma das partes. Tal abordagem, no entanto, não aboliu o princípio da força obrigatória dos contratos, nem pode ser invocada para justificar a pretensão de reformulação de contratos, impondo índices e sistemas de amortização, pelo tão só fato de ter a execução contratual se tornado mais onerosa. 5. Apelação desprovida. (TRF-2ª Região – Apelação Cível 200551010232833, Rel. Des. Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Data de Julgamento: 25/06/2013, 5ª Turma Especializada, Data de Publicação: 08/07/2013).

Por outro lado, é possível encontrar precedente jurisprudencial que tutela os direitos sociais com efetividade. Trata-se de aresto do STJ em que se discutia a tutela do direito à saúde, nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETAS. DIREITO À SAÚDE (ARTS. 6º E 196 DA CF/88). EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, I e II, DO CPC. NÃO CONFIGURADA.

2. A questão debatida nos autos - implementação do Modelo de Assistência à Saúde do Índio e à instalação material dos serviços de saúde à população indígena situada em área no Rio Grande do Sul - foi solucionada pelo Tribunal *a quo* à luz de preceitos constitucionais, conforme se infere do voto condutor do acórdão recorrido, *verbis*: “[...] O direito fundamental à saúde, embora encontrando amparo nas posições jurídico-constitucionais que tratam do direito à vida, à dignidade da pessoa humana e à proteção da integridade física (corporal e psicológica), recebeu no texto constitucional prescrição autônoma nos arts. 6º e 196, in verbis: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância,

40 NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 752-753.

a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, importante destacar que o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico. INGO WOLFGANG SARLET, ao debruçar-se sobre os direitos fundamentais prestacionais, bem posiciona o tema: Preliminarmente, em que pese o fato de que os direitos a saúde, assistência social e previdência - para além de sua previsão no art. 6º da CF - se encontram positivados nos arts. 196 e ss. da nossa Lei Fundamental, integrando de tal sorte, também o título da ordem social, e não apenas o catálogo dos direitos fundamentais, entendemos não ser sustentável a tese de que os dispositivos não integrantes do catálogo carecem necessariamente de fundamentalidade. Com efeito, já se viu, oportunamente, que por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF, diversas posições jurídicas previstas em outras partes da Constituição, por equiparadas em conteúdo e importância aos direitos fundamentais (inclusive sociais), adquirem também a condição de direitos fundamentais no sentido formal e material, ressaltando, todavia, que nem todas as normas de ordem social compartilham a fundamentalidade material (e, neste caso, também a formal), inerente aos direitos fundamentais. Além disso, percebe-se, desde já, que as normas relativas aos direitos sociais do art. 6º da CF exercem a função precípua de explicitar o conteúdos daqueles.

No caso dos direitos à saúde, previdência e assistência social, tal condição deflui inequivocamente do disposto no art. 6º da CF: ‘São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. Além disso, poderia referir-se mais uma vez a íntima vinculação entre os direitos a saúde, previdência e assistência social e os direitos à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, renunciando, neste particular, a outras considerações a respeito deste aspecto. (in *A eficácia dos direitos fundamentais*, 3ª ed., Livraria do Advogado, 2003, Porto Alegre, p. 301/302).

Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são dotados de eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais está encartado no § 1º, do art. 5º, da CF/88: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Muito se polemizou, e ainda se debate, sem que se tenha ocorrida a pacificação de posições acerca do significado e alcance exato da indigitada norma constitucional. Porém, crescente e significativa é a moderna idéia de que os direitos fundamentais, inclusive aqueles prestacionais, têm eficácia *tout court*, cabendo, apenas, delimitar-se em que extensão. Superou-se, assim, entendimento que os enquadrava como regras de conteúdo programático a serem concretizadas mediante intervenção legislativa ordinária.

Desapegou-se, assim, da negativa de obrigação estatal a ser cumprida com espeque nos direitos fundamentais, o que tinha como consequência a impossibilidade de categorizá-los como direitos subjetivos, até mesmo quando em pauta a omissão do Estado no fornecimento do mínimo existencial. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau dessa aplicabilidade, porquanto mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.[...] Merece lembrança, ainda, que a atuação estatal na concretização da sua missão constitucional deve orientar-se pelo Princípio da Máxima Efetividade da Constituição, de sorte que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todos e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas pragmáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).” (JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, in *Direito Constitucional*, 5ª edição, Coimbra, Portugal, Livraria Almedina, p. 1208). Incumbe ao administrador, pois, empreender esforços para máxima consecução da promessa constitucional, em especial aos direitos e garantias fundamentais. Desgarra deste compromisso a conduta que se escuda na idéia de que o preceito constitucional constitui *lex*

imperfecta, reclamando complementação ordinária, porquanto olvida-se que, ao menos, emana da norma eficácia que propende ao reconhecimento do direito subjetivo ao mínimo existencial; casos há, inclusive, que a disciplina constitucional foi além na delimitação dos elementos normativos, alcançando, então, patamar de eficácia superior que o mínimo conciliável com a fundamentalidade do direito.

A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da “reserva do possível”. Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. O Ministro CELSO DE MELLO discorreu de modo lúcido e adequado acerca do conflito entre deficiência orçamentária e concretização dos direitos fundamentais: “Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’ (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights*, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumprido advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...]

(REsp 811.608/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 04/06/2007, p. 314).

Com efeito, o cerne do regime jurídico dos direitos sociais, culturais e econômicos reside na sua ligação com o princípio da igualdade, de modo que todos tenham acesso não apenas aos direitos de proteção, mas também de igual oportunidade para obtenção dos direitos sociais, como moradia, saúde, informação, pleno emprego, como dimensão social de bens jurídicos, como inviolabilidade do domicílio, integridade física, liberdade de expressão e liberdade laborativa.

5. ATIVISMO JUDICIAL E MORADIA: UMA PROPOSTA EFETIVA DE TUTELA

A ideia do ativismo judicial está ligada a uma participação mais intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores constitucionais, interferindo no espaço de atuação dos demais Poderes ou pela mera ocupação de espaços vazios. Acerca do tema, bem esclarece Luís Roberto Barroso:

A judicialização é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala – e este é o caso do Brasil – em situações de retração do

Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a *autoconterção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autoconterção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos.⁴¹

O tema da tutela judicial do direito à moradia coloca, de maneira muito nítida, o juiz frente ao dilema de atuar como agente de transformação social ou de simples solucionador de conflitos de interesses.

Como solucionar uma demanda individual, na qual uma família em estado de miserabilidade, postula, via Defensoria Pública, a concessão de uma moradia digna, por parte do Poder Público? Se essa família possui crianças em tenra idade, idosos, pessoas com deficiência física ou mental? Se essa família simplesmente não mora, pois vive na rua, em estado de vulnerabilidade?

Qual magistrado, em sã consciência, pode julgar improcedente uma demanda como essa? E se julgar procedente, para que fim? De que modo é possível proteger referida família? Incluí-la na fila do programa habitacional tal ou qual? Colocá-la em um abrigo provisório seria a saída adequada?

A tutela judicial surge, no presente caso, da emergência da situação e a tutela do denominado ‘mínimo existencial’, assim entendido como a delimitação de um grupo reduzido de direitos fundamentais formado pelos bens mais básicos e essenciais à uma vida digna, dos quais um ‘teto decente sobre a cabeça’ certamente faz parte.

A teoria do mínimo existencial, criada pela doutrina alemã, identifica um grupo reduzido de direitos fundamentais conformado pelos bens mais básicos, vitais e essenciais à uma vida digna. De acordo com Luís Roberto Barroso, o mínimo existencial

expressa o conjunto de condições materiais essenciais elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.⁴²

Note-se que no Brasil existem dois posicionamentos acerca ao conteúdo do mínimo existencial. De um lado Ricardo Lobo Torres sustenta que não existe um conteúdo definido, variando de acordo com as contingências de tempo e lugar;⁴³ de outro lado, Ana Paula Barcellos sustenta que o mínimo existencial abarca os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência em caso de necessidade e ao acesso à justiça.⁴⁴

O conteúdo do mínimo existencial, porém, à luz da dignidade humana, não passa pelo direito à moradia, já que o ser humano precisa, necessariamente, morar em algum lugar? Ora, o mínimo não pode ficar, apenas, no aspecto da sobrevivência fisiológica, pois merece uma proteção mais ampla, formada por um conjunto de acessibilidades mínimas à alimentação, à saúde, à moradia, à educação básica, à assistência e ao vestuário. Nesse sentido, o mínimo existencial deveria converter-se em *mínimo social*. Nesse sentido, o autor português Jorge Reis Novais sustenta que o mínimo social surge como garantia do conteúdo essencial dos direitos sociais:

41 BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 246-247.

42 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 202.

43 TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, p. 356, 2003.

44 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305.

Verifica-se, então, que na busca de critérios para delimitação de um mínimo social, já não reduzido apenas ao limiar da sobrevivência digna em cuja garantia se esgoraria todo o conteúdo normativo dos direitos sociais, se desenvolve todo um conjunto de tentativas teóricas que, no fundo, mesmo quando não o assumem, reproduzem no domínio dos direitos sociais a mesmas preocupações e mesma lógica que, no domínio dos direitos de liberdade, vem associada à discussão travada de há várias décadas sobre os critérios de fixação da chamada garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. O mínimo social, entendido como aquele núcleo indisponível pelo legislador e imune aos constrangimentos da reserva do financeiramente possível, constituiria, tanto para os Autores que o reconhecem expressamente, quanto para os que não remetem para tal conceito, o núcleo essencial de cada direito social.⁴⁵

Albert Einstein dizia que “se à primeira vista a ideia não for absurda, não há esperança para ela”!

Eis a resposta para a questão formulada acima e aí reside a ideia, absurda para muitos juristas e juízes: o magistrado deverá condenar o Poder Público a fornecer, em um prazo razoável, uma moradia digna para aludida família ou em casos assemelhados. O magistrado deve, sim, fazer uma análise minuciosa no orçamento público municipal (ou distrital) e indicar de qual rubrica sairá o recurso necessário. Se, justificadamente, o orçamento não for suficiente, passará a análise do orçamento estadual ou federal, nessa ordem. O gasto com publicidade, por exemplo, pode ser um alvo prioritário. Daí resulta a efetiva disponibilidade fática dos recursos para efetivação do direito fundamental social à moradia digna.

No tocante à disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que conserva correlação com a definição das prioridades na distribuição das receitas públicas, não se pode olvidar que uma família em estado de miserabilidade, de extrema vulnerabilidade, possui prioridade em relação aos demais, inexistindo, portanto, qualquer ofensa à luz da igualdade.

Por fim, parece-nos que inexistente, a priori, motivo justo e objetivamente verificável a acolher a reserva do possível em detrimento do mínimo existencial (ou social), pois há proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade, bem como enorme razoabilidade na pretensão individual do direito perante ao Estado.

Para longe de todas as teorias jurídicas, é fato incontestável que existe enorme déficit habitacional do Brasil, que possui uma gigantesca população vivendo em moradias subnormais ou precárias. É fato, também, que as políticas públicas habitacionais não vem reduzindo substancialmente referido déficit. E a emergência da situação fática não pode esperar a boa vontade da Administração Pública ou o bom senso do legislador em alocar quantia suficiente para a política habitacional.

Qual o risco do ativismo judicial sugerido? O risco que ocorram distorções, que pessoas sem consciência social judicializem sua postulação em prejuízo de outros, realmente necessitados. É possível e, infelizmente, é provável que isso ocorra no Brasil. Ainda assim, seria melhor a judicialização da política pública habitacional, tal como ocorreu com a saúde (com o fornecimento de remédios de alto custo, por exemplo), do que continuar o estado atual de coisas, com milhares de pessoas (cidadãos?) vivendo nas ruas ou em moradias precárias (favelas, cortiços etc.).

Só assim, o indivíduo exigirá do Estado atuações positivas a seu favor, por meio da oferta de bens e serviços, dando efetividade e eficácia necessárias ao *status* positivo ou *civitatis*, proposto pela Teoria dos Quatro *Status* de Jellinek.⁴⁶

45 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 2010. p. 200.

46 Sob a ótica da dimensão subjetiva, os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica, de acordo com Georg Jellinek: a) *status passivo ou subjectionis* – o indivíduo aparece em posição de subordinação ao Estado, que lhe impõe mandamentos e proibições; b) *status negativo* – o Estado não se intromete em algumas escolhas do indivíduo, permitindo um espaço de liberdade de atuação; c) *status positivo ou civitatis* – o indivíduo aparece em situação de exigir do Estado atuações positivas a seu favor, por meio da oferta de bens e serviços; d) *status ativo* – o indivíduo aparece com competência para influenciar a formação da vontade do Estado, por meio dos direitos políticos, principalmente pelo direito ao sufrágio. In: JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. De Fernando de Los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1981. p. 306 e ss.

6. CONCLUSÃO

Os tribunais pátrios pouco interferem em políticas públicas habitacionais ou na proteção ao direito fundamental à moradia.

Estamos, porém, no ano de 2014! Daí a emergência de se fazer uma radical mudança da forma do pensamento jurídico acerca dos direitos sociais, dentre eles o direito à moradia digna.

Com efeito, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República do Brasil (art. 1º, III), constitui a regra matriz dos direitos fundamentais e núcleo essencial do constitucionalismo contemporâneo.

O Poder Judiciário apenas dará efetividade ao direito à moradia adequada quando superar a ideia de que o magistrado é um simples solucionador de conflitos de interesses e não um agente de transformação social.

Assim, sugere-se aos membros do Poder Judiciário, do qual me incluo, que, em casos emergenciais de vulnerabilidade extrema, seja concedido provimento jurisdicional mandamental obrigando o Poder Público a conceder uma moradia digna à determinada família, em prazo razoável, indicando a rubrica orçamentária na qual recairá a despesa necessária.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Ministério das Cidades. *Deficit habitacional no Brasil 2008*. Secretaria Nacional de Habitação. Elaboração: Fundação João Pinheiro, Centro de Estatística e Informações. Brasília: Ministério das Cidades, 2011.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.
- DIAS, Daniella S. O direito à moradia digna e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Eletrônica do CEAF*. Porto Alegre, v. 1, n. 1, pp. 1-15 out. 2011/jan. 2012.
- FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coord.). *A lei e a ilegalidade na produção do espaço urbano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GARGARELLA, Roberto (Org.). *El derecho a resistir el derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávilla, 2005.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: SAFE, 2002.
- LE CORBUSIER. *Planejamento urbano*. Trad. Lúcio Gomes Machado. São Paulo: Perspectiva, 2000.
- MAGALHÃES, Alex Ferreira. *O direito das favelas*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2013.

- NAIME, Jéssica. *A política de habitação social no governo Lula: dinâmicas e perspectivas*.: Seminário nacional : governança urbana e desenvolvimento metropolitano, Anais, Natal: UFRN, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental a moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 20, pp. 1-46, 2010.
- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SAULE JUNIOR, Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: SAFE, 2004.
- SAULE JUNIOR, Nelson. *Observatório da Habitação da Cidade de São Paulo como Instrumento de Controle Social*. Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), Santiago Chile: ONU, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.
- TORRES, Ricardo Lobo. A jusfundamentalidade dos direitos sociais. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, p. 356, 2003.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.