



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**ENTRE O DIREITO À MORADIA E O DIREITO DE
PROPRIEDADE: análise jurisprudencial e concreta à luz
das políticas públicas que versam sobre direitos sociais
prestacionais**

JAMILE CHERÉM GOMES DE ARAÚJO PEREIRA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Recife

2012

JAMILE CHERÉM GOMES DE ARAÚJO PEREIRA^v

**ENTRE O DIREITO À MORADIA E O DIREITO DE
PROPRIEDADE: análise jurisprudencial e concreta à luz
das políticas públicas que versam sobre direitos sociais
prestacionais**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.

Linha de Pesquisa: Estado, constitucionalização e direitos humanos.

Área de Concentração: Direitos humanos, sociedade e democracia.

Orientador: Prof. Dr. José Luciano Góis de Oliveira.

Recife

2012

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

P436e

Pereira, Jamile Cherém Gomes de Araújo

Entre o direito à moradia e direito o de propriedade: análise jurisprudencial e concreta à luz das políticas públicas que versam sobre direitos sociais prestacionais / Jamile Cherém Gomes de Araújo Pereira. – Recife: O Autor, 2012.

99 p.

Orientador: José Luciano Góis de Oliveira.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Direitos sociais. 2. Direito à moradia - Brasil. 3. Direito de propriedade - Brasil. 4. Políticas públicas. 5. Controle social - Brasil. 6. Direito "real" - Análise do caso "Casarão" - Recife - Usucapião coletiva urbana. 7. Política urbana - Brasil. I. Oliveira, José Luciano Góis de (Orientador). II. Título.

346.81 CDD (22.ed.)

UFPE (BSCCJ2012-010)

Jamile Cherém Gomes de Araújo Pereira

"Entre o direito à moradia e o direito de propriedade: análise jurisprudencial e concreta à luz das políticas públicas que versam sobre direitos sociais prestacionais".

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/ Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre.
Linha de Pesquisa: Estado, constitucionalização e direitos humanos.

Área de Concentração: Direitos humanos, sociedade e democracia.

Orientador: Prof. Dr. José Luciano Góis de Oliveira.

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de mestrado e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: _____

Prof. Dr. **Gustavo Ferreira Santos** (Presidente - UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. **Marcelo Labanca C. Araújo** (1º Examinador – UNICAP)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. **Bruno César Machado Torres Galindo** (2º Examinador interno – UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 06 de fevereiro de 2012.

Coordenador Prof. ° Dr. **Marcos Antônio Rios da Nóbrega**

**Para os meus pais,
Irene e Ricardo,
com amor.**

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Luciano Oliveira, pela construtiva orientação, sempre zelosa e paciente.

Aos Professores do Programa da Pós-Graduação em Direito da UFPE, em especial a Gustavo Santos, Bruno Galindo, Artur Stamford, Sérgio Torres, Michel Zaidan e Leonardo da Cunha, que, por integrarem a área de concentração desta pesquisa, puderam contribuir mais diretamente com críticas e sugestões.

Ao Professor Marcelo Labanca, pelo apoio desde os tempos da graduação.

Aos meus pais, Irene Cherém e Ricardo Gomes.

Ao amigo Pedro Didier Ferreira, pelo auxílio fornecido durante a fase de conclusão do projeto de pesquisa e, mais ainda, pelo amor que dedica à educação e ao estudo jurídico, fonte de inspiração não só para mim, mas para todos que têm o prazer de com ele conviver.

Ao amigo Pedro Augusto Brandão, pelos frutíferos e animadores debates sobre constitucionalismo e direitos humanos.

A Mariana Duarte, pela ajuda sempre carinhosa e amiga.

Aos queridos amigos do mestrado, especialmente a Marília Andrade, Cynthia Almeida, Camila Colares, Pedro Carvalho e Leonardo Almeida.

A todos os funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, em especial a Gilka.

RESUMO

PEREIRA, Jamile Cherém Gomes de Araújo. **Entre direito à moradia e direito de propriedade**: análise jurisprudencial e concreta à luz das políticas públicas que versam sobre direitos sociais prestacionais. 2012. 99 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

Este trabalho analisa a relação existente entre dois direitos fundamentais: a moradia e a propriedade. Antes, contudo, são lançadas e examinadas premissas básicas sem as quais os aludidos direitos não seriam devidamente contextualizados. Nesse sentido, o estudo dos direitos sociais e das políticas públicas forma uma trama que fornece suporte teórico à pesquisa. Em um segundo momento, o direito à moradia e o direito de propriedade são analisados minuciosamente em seus aspectos históricos, dogmáticos, estatísticos e sociais. Nesse ponto, a relação entre um e outro se torna evidente. Quanto ao caminho metodológico, buscou-se, à luz do racionalismo crítico, tentar sempre questionar a veracidade, a aplicabilidade e a pertinência das teorias aqui desenvolvidas, através um progresso de cognição baseado na circularidade e na cooperatividade. O ponto de partida da pesquisa decorreu de um caso concreto ocorrido na cidade do Recife, no qual vinte e três famílias que habitavam um imóvel há mais de dezessete anos entraram em confronto com os "reais" proprietários – episódio que ficou conhecido na imprensa como "Casarão". O caso se mostrou interessante por trazer em seu bojo as consequências geradas pela inexistência de políticas públicas sobre direitos sociais prestacionais. Ademais, a análise do caso possibilitou que a pesquisa retratasse um direito "real", no qual foram discutidas questões práticas como, por exemplo, a usucapião coletiva urbana, ao invés de se restringir a divagar sobre a obrigação estatal de fornecer habitações.

Palavras-chave: direitos sociais prestacionais, políticas públicas, colisão de direitos fundamentais.

ABSTRACT

PEREIRA, Jamile Cherém Gomes de Araújo. **Between housing rights and property rights:** case law analysis and concrete in the light of public policies that deal with social rights. 2012. 99 f. Dissertation (Master's Degree of Law) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

This paper examines the relationship between two fundamental rights: housing and property. Before that, however, are examined basic premises without which the aforementioned rights would not appropriately contextualized. In this sense, the study of social rights and public policies form a frame that provides theoretical support for research. In a second moment, the housing right and the property right are analyzed in detail in its historical aspects, dogmatic, statistical and social. At this point, the relationship between one and another becomes evident. In the methodological path, in the light of the critical rationalism, it always try to question the veracity, the applicability and relevance of the theories here developed, through a progress of cognition based on circularity and cooperativity. The point of departure had been held in a concrete case occurred in the city of Recife, in which twenty-three families that inhabited a property for more than 17 years entered into confrontation with the owners of the property - episode that became known in the press as a "Big House". The case was interesting by bringing in grasping the consequences generated by lack of public policies on social rights. In addition, the analysis of the case made it possible for research observe a "real" right, in which were discussed practical issues such as the usucapiao collective urban, instead of being restricted to digress on the obligation by the state to provide housing.

Keywords: social rights, public policies, collision of fundamental rights.

SIGLAS

ACP – Ação civil pública

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Ag – Agravo de instrumento

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CPC – Código de Processo Civil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DJ – Diário de justiça

DAFESC – Diretório Acadêmico Fernando Santa Cruz

DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócioeconômicos

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Inc. - Inciso

Min – Ministro

MPPE – Ministério Público do Estado de Pernambuco

NAJUP – Núcleo de Assessoria Jurídica Popular

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

Org. – Organizador

ONU – Organização das Nações Unidas

p. – página

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

RE – Recurso extraordinário

REsp – Recurso especial

SS – Suspensão de segurança

STA – Suspensão de tutela antecipada

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUS – Sistema único de saúde

TJPE – Tribunal de Justiça de Pernambuco

UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco

UFPE – Universidade Federal de Pernambuco

SUMÁRIO

Introdução	10
1 Análise metodológica e processo de coleta de dados	14
1.1 O percurso metodológico.....	14
1.2 Delimitação do objeto de estudo e dos instrumentos de coleta de dados	17
1.3 Pesquisa jurisprudencial e o caráter diferenciado do direito à moradia	18
2 Direitos sociais e políticas públicas	26
2.1. Direitos fundamentais sociais	26
2.1.1. Introdução.....	26
2.1.2. Fundamentalidade dos direitos sociais: notas necessárias.....	29
2.1.3. Aspectos orçamentários dos direitos sociais: relação com as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.....	32
2.1.4. Os direitos sociais como direitos subjetivos: a problemática envolvendo a judicialização dos direitos prestacionais.....	37
2.2. Políticas públicas	39
2.2.1. Surgimento e conceituação	39
2.2.2. Legitimidade e parâmetros de controle de políticas públicas.....	42
2.3. Concretização de direitos sociais: questão de eficácia constitucional ou de políticas públicas?	45
3. Direito à moradia e direito de propriedade: interconexões	47
3.1. Direito à moradia	47
3.1.1. Histórico	47
3.1.1.1. Introdução.....	47
3.1.1.2. Âmbito internacional	49
3.1.1.3. Âmbito nacional	52
3.1.2. Dados estatísticos e pontos de convergência com outros direitos	56
3.2. Direito de propriedade	60
3.2.1. Abordagem histórica	60
3.2.2. O princípio da função social da propriedade	64
3.3. Relação entre direito à moradia e direito de propriedade: colisão de direitos fundamentais	65
4. Estudo de caso: análise	
4.2. O Casarão na versão dos autores: invasão, posse nova, necessidade de reintegração	73
4.3. A repercussão do caso e o Casarão na versão dos ocupantes do imóvel: usucapião coletiva urbana e posse velha	75
4.4. Os desdobramentos do processo.....	81
4.5. Apreciação crítica do caso	84
Conclusão	90
Referências	94

Introdução

A temática envolvendo a concretude¹ dos direitos sociais prestacionais e sua intrínseca relação com as políticas públicas continua, apesar da grande quantidade de trabalhos acadêmicos que retratam a questão, ocupando a pauta dos debates jurídicos atuais.

É verdade que não foi serena nem linear a trajetória trilhada pelos direitos sociais. Previstos pela primeira vez, na esfera constitucional, na Carta Política Mexicana de 1917, pode-se afirmar que apenas após serem abrangidos pela Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 é que tais direitos ganharam visibilidade e passaram a ser incluídos em tratados internacionais. No Brasil, a previsão dos direitos sociais nas Constituições é recorrente desde a Carta Magna de 1934. Por óbvio, tanto no âmbito internacional quanto no nacional a mera previsão não pôde ser traduzida em força vinculante nem, muito menos, em concretização.

Rememorando a origem dos direitos sociais percebe-se que a sua normatização decorreu do fato de o Estado liberal – que tinha como base precípua a garantia e a defesa dos direitos individuais – ter sido substituído – graças a um projeto de direitos para o futuro – pelo Estado social². Com essa mudança paradigmática, o direito passou a adotar a ideia de que com a inclusão de um rol de direitos sociais, haveria um mundo melhor e mais justo.

Ora, como sabido a sociedade não será mais igualitária ou justa a depender das transformações perpetradas pelo direito, mas se mostrará contingente, de acordo com a sua dinâmica temporal. De fato, a positivação de direitos não irá, necessariamente, resolver problemas sociais, uma vez que devido à complexidade sistêmica, por mais que o direito crie regras ele não consegue resolver as questões adversas da economia, da moral, da religião, da política ou de outro sistema³.

Não se está aqui, no entanto, negando a importância da normatização dos direitos sociais; realmente, a inclusão de tais direitos nas Cartas Políticas os torna exigíveis. Ocorre

¹ Como será mais bem explanado ao longo deste trabalho, apesar da maioria da doutrina se referir à efetividade dos direitos sociais, entende-se que esta lhe é inerente e o que lhes falta, na verdade, é concretude.

² MAIA, Alexandre da. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pelo conceito de direito subjetivo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Org.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. São Paulo: Forense, 2009. p.6-10.

³ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007. p. 5-144.

que nem todos os direitos sociais podem ser requeridos judicialmente, isso porque, como se verá ao longo deste trabalho, alguns direitos sociais possuem uma juridicidade diferenciada. Não obstante, caso não possa ser judicializado, certamente a normatização de um direito social irá servir para que esse direito possa ser exigido do poder público, que deverá implementá-lo através de políticas públicas.

A concretização dos direitos sociais exige, portanto, que o Estado adote uma postura ativa e, através das políticas públicas, de forma sistemática, promova tais direitos. Isso posto, revela-se latente a necessidade de compreender as políticas públicas como objeto de estudo do direito.

Passada essa primeira fase, passar-se-á a abordar o surgimento das políticas públicas e a sua estreita relação com a concretização dos direitos sociais prestacionais. Nesse ponto, o controle de políticas públicas pelo judiciário se torna pungente. Apesar de ser inegável a legitimidade do poder judiciário para realizar tal função, alguns parâmetros devem ser estabelecidos para que esse controle não desague em uma interferência arbitrária. Ante tal afirmativa, percebe-se que a grande questão atual não é saber se é ou não possível realizar o controle judicial de políticas públicas, mas saber *como e sob quais* critérios se dará esse controle.

Fato é que o Estado moderno não pode se manter preso às amarras do passado, mas requer uma redistribuição do peso de cada um dos poderes de forma que haja um sistema eficaz de pesos e contrapesos. Não há, pois, no controle judicial de políticas públicas, uma violação do princípio da separação dos poderes, mas sim, uma redistribuição das funções estatais de forma a garantir os preceitos constitucionais.

Bem definidas essas premissas, consideradas, ao ver deste estudo, basilares, adentrou-se em um novo momento da pesquisa. Ante a grande gama de direitos sociais prestacionais este trabalho considerou mais interessante restringir o debate em torno de um direito específico, com o fito de que se pudesse retratar, pormenorizadamente, os reais contornos da problemática. Nesse sentido o direito à moradia foi o eleito. Tal escolha, no entanto, não aconteceu de forma aleatória, mas decorreu diretamente do objeto do estudo de caso analisado na pesquisa: uma ação de reintegração de posse de um imóvel localizado na (nobre) zona norte do Recife, que foi, durante mais de dezessete anos, a habitação de mais de vinte e três famílias.

O lugar, conhecido como *Casarão*, abrigava famílias cujos chefes trabalhavam nas redondezas, mas não tinham condições de pagar o aluguel, o que as levava a coabitar um espaço sem água encanada, energia elétrica e rede de esgoto. Ocorre que após muitos anos de posse mansa, pacífica e legítima do bem, os "reais" proprietários do imóvel decidiram retomá-lo.

No processo ajuizado perante a 20ª vara cível da comarca do Recife se tornou manifesta a relação existente entre o direito à moradia (dos posseiros) e o direito de propriedade (dos que se diziam esbulhados). Aprofundando um pouco mais a questão percebe-se que se trata de dois direitos que frequentemente entram em rota de colisão; esse choque, todavia, não constitui exceção, mas é comum entre os direitos fundamentais.

Antes, todavia, de analisar o estudo de caso, a história do direito à moradia foi rememorada, dados estatísticos e os pontos de convergência também foram objeto de estudo. Já em relação ao direito de propriedade, além da abordagem histórica, mereceu destaque a análise do princípio social da propriedade, norma de caráter constitucional e cogente, sem o qual não se pode conceber a propriedade atualmente.

A fim de complementar a coleta de dados, percebeu-se que seria interessante realizar uma pesquisa jurisprudencial que pudesse, de forma sistematizada, informar se o direito à moradia era comumente judicializado e de que forma se dava essa judicialização (se através de ações coletivas ou individuais, por exemplo). Para tanto, a pesquisa foi realizada nos sítios do Superior Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Nesse momento, é importante frisar que este trabalho não pretende estabelecer uma verdade absoluta sobre o que são direitos sociais, qual a sua relação com as políticas públicas nem, muito menos, solucionar a questão da (inexistência de) moradia diante da força (jurídica e financeira) da propriedade. O que se pretende aqui é, à luz dos ensinamentos *popperianos*, testar e criticar esses institutos jurídicos com o intuito de suscitar novos questionamentos.

O percurso metodológico adotado permitirá, pois, que se mantenha uma constante atitude de dúvida em face das construções intelectivas formuladas. Tal postura permitirá a construção de conhecimento sob o prisma científico, evitando, com isso, a mera reprodução de descrições e opiniões.

Como sabido, todo observador tem um limite de visão que culmina no ponto cego, em tal ponto o observador não pode ver devido à sua posição ou perspectiva. No ponto cego, não

se percebe que não se percebe. Todavia, o ponto cego de um observador pode ser visto por outro observador. Nesse sentido, não se mostra cabível estabelecer verdades indestrutíveis e inabaláveis, pois pode ser que o conceito dessa verdade tenha sido construído sobre o ponto cego de visão do observador. Além disso, a verdade não é um conceito cristalizado, mas varia, a depender dos ideais culturais, sociais, religiosos e políticos de quem a observa⁴.

Na esteira desses ensinamentos, busca-se nesse trabalho analisar, sob o foco das políticas públicas que versam sobre direitos sociais prestacionais, a relação entre o direito à moradia e o direito de propriedade. Para tanto, o estudo de Casarão será fundamental, pois permitirá que se perceba como tais direitos costumam ser judicializados. Ou seja, através do Casarão será possível analisar como o direito à moradia pode ser cobrado na prática e quais são as consequências geradas quando esse direito é judicializado.

Apenas a título de curiosidade, cabe abrir um derradeiro parêntese para explanar como a autora desta dissertação tomou conhecimento do processo que, mais tarde, lhe serviria como estudo de caso.

A escolha do tema da pesquisa não é arbitrário, sendo, ao contrário, interativo, pois o pesquisador escolhe o tema, mas é, ao mesmo tempo, escolhido por esse. Dessa forma, não por acaso, a pesquisadora deste estudo foi informada pelos integrantes do DAFESC – Diretório Acadêmico Fernando Santa Cruz da UNICAP – Universidade Católica de Pernambuco, sobre a ação de reintegração de posse que estava ocorrendo no bairro da Tamarineira, para militar em defesa das famílias que se encontravam na iminência de serem despejadas. Essa investigação, portanto, decorre tanto das reflexões e leituras da pesquisadora, quanto de suas experiências jurídicas, acadêmicas e pessoais.

⁴NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 295-297.

Capítulo I – Análise metodológica e processo de coleta de dados

1.1 O percurso metodológico

Toda investigação científica tem como ponto inicial uma inquietação, uma dúvida, uma angústia do pesquisador, que se propõe a elucidá-la, a respondê-la, a solucioná-la. Nesse sentido, a escolha do objeto da pesquisa não ocorre de maneira aleatória ou arbitrária; pelo contrário, decorre de um processo interativo, no qual o pesquisador, ao mesmo tempo em que faz a escolha, se vê também escolhido pelo tema. Essa decisão é fruto, pois, da experiência jurídica, da vivência acadêmica, e, precipuamente, das reflexões pessoais do pesquisador⁵.

A complexidade de um campo científico é medida, comumente, pela presença de enunciados que compõem esse campo. Dessa forma, as ciências exatas, como a física e a química, são consideradas ciências maduras ou rígidas, pois já têm consagrados vários conceitos; em contraponto, as ciências sociais, como a economia e o direito, são consideradas ciências imaturas ou flexíveis, uma vez que ainda se esforçam para estabelecer conceitos básicos. Nesse contexto, a cientificidade no mundo jurídico não é obtida de maneira simples, sendo a busca pela ciência um objetivo sempre presente na pesquisa jurídica⁶.

Com o fito de alcançar a tão almejada cientificidade, é preciso que a pesquisa não se resume meramente à descrição e observação dos fatos que influem na conjuntura sóciojurídica. Para tanto, é preciso que o pesquisador se esforce, ao máximo, para afastar as opiniões pessoais e os conceitos pré-definidos. É bem verdade, que a total eliminação de julgamentos pré-concebidos é praticamente impossível, tendo o trabalho sempre uma pitada

⁵ Uma metáfora se mostra aqui interessante. Não são apenas os pescadores que dirigem suas embarcações, uma vez que o mar também pilota os barcos, através dos ventos, das chuvas, das correntes marítimas. Nessa circunstância, os pescadores pilotam, mas também são pilotados. Pode-se dizer, com isso, de forma análoga, que ao mesmo tempo em que constrói o mundo, o ser humano é também construído por ele. Trazendo essa alegoria para o âmbito educacional, pode-se afirmar que o processo de conhecimento não é construído através de uma postura passiva, mas sim de forma interativa. *In*: Maturana, Humberto R. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana**/ Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. Ilustração: Carolina Vial, Eduardo Osório, Francisco Olivares e Marcelo MaturanaMontañez. São Paulo: Palas Athenas, 2001. p.7-12.

⁶ STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em: 24 de abril de 2010.

de arbítrio do pesquisador⁷. Deve-se evitar, todavia, que essa “pitada” se transforme em uma arbitrariedade convicta, que pode levar, dentre outras conseqüências, à manipulação dos dados⁸.

Como sabido, doutrinas que se resumem a copiar textos normativos não constituem teorias científicas, limitando-se, pois, aimpôr uma verdade incontestável, através de um universo jurídico pronto, acabado⁹. É exatamente esse tipo de postura que deve ser aqui evitada.

Apesar de hoje parecer natural queum pesquisador coloque constantemente em dúvida tanto as construções intelectuais de outros pesquisadores quanto as suas próprias afirmações intelectivas, o conceito de “certeza” e sua (in)dispensabilidade na ciência sempre constituiu uma amplapauta de debates no meio acadêmico. Apenas a título exemplificativo, o justificacionismo – que teve como maior expoente o cientista Imre Lakatos – acredita que o conhecimento científico deve ser demonstrado, comprovado¹⁰. De acordo com os justificacionistas, portanto, o progresso científico deve se dar de forma acumulativa, sem que haja avanços ou retrocessos, apenas sendo conquistas aquelas que sejam definitivas. Colocado dessa forma, a busca do conhecimento passa a se equiparar à busca da certeza, da verdade.

De fato, o ser humano tende a viver em um mundo de certezas absolutas, incontestáveis, inabaláveis e inflexíveis, no qual todas as coisas podem ser definidas e delimitadas da maneira como são vistas. A fim de evitar tal postura, o pesquisador deve se ver como parte da pesquisa. Para tanto, é preciso que ele olhe para si enquanto observa o seu redor. Trata-se de premissa fundamental, que permite compreender a circularidade¹¹ e a cooperatividade existente no processo de cognição. Essa circularidade não constitui um argumento meramente retórico, mas faz com que o pesquisador perceba que o conhecimento

⁷ STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em: 24 de abril de 2010.

⁸ A fim de evitar que as referências se tornem confusas e dificultosas, este trabalho prefere repetir o nome do autor anteriormente citado, ao invés de usar termos como *idem* e *ibidem*. In: ADEODATO, João Maurício. **Bases para uma metodologia da pesquisa em direito**. Disponível em: <http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Bases_Metodologia_Pesquisa_em_Direito.pdf>. Acesso em: 09 de abril de 2011.

⁹ Tais teorias eliminam qualquer objeto de estudo que não integrem o corpo normativo estatal, podendo-se citar como exemplo, a Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

¹⁰ CAPONI, Gustavo. O falseacionismo como socratismo metodológico. In: **Princípios UFRN**, n. 7, v. 6, Natal, 1999. Disponível em: <<http://www.principios.cchla.ufrn.br/07P-29-58.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

¹¹ A circularidade gera um encadeamento entre o saber e o não saber. Essa tensão, no entanto, nunca é superada, uma vez que o saber nunca poderá ser traduzido em uma certeza.

do conhecimento o obriga a manter um constante empenho em face da irresistível afirmação da certeza¹².

Em contraposição à metodologia justificacionista, o racionalismo crítico, idealizado por Karl Popper, acredita que não se pode obter a certeza científica e que cada avanço científico sempre leva a uma dúvida maior, além de suscitar novos questionamentos. A metodologia popperiana prescreve, pois, um exercício progressivo da crítica, tendo por axioma fundamental que o conhecimento só pode aumentar através da correção dos erros. A crítica tem, nessa conjuntura, uma função de detectar e eliminar os erros.

Popper acredita, não em uma substituição de uma teoria por outra, mas sim em uma melhor adequação de uma teoria às críticas que lhe foram realizadas. Deve-se, portanto, sempre buscar as teorias menos protegidas em face da crítica, ou seja, as teorias com um grau de risco mais elevado. Dessa forma, fazer ciência é sinônimo de criticar teorias.

Nesse sentido, a concepção de progresso traduzida em Popper reelabora a velha tese socrática¹³, segundo a qual um questionamento só é válido se formula interrogações mais amplas e diversificadas do que o que ele mesmo respondeu. Com isso, a resolução de um problema científico traz consigo muitos problemas novos a serem resolvidos. Popper, afirma, ainda, que a lógica do conhecimento só existe porque há uma tensão entre conhecimento e ignorância, que conduz a problemas e soluções experimentais. Nesse sentido, não há nenhum problema sem conhecimento, mas também não há nenhum problema sem ignorância¹⁴.

Utilizando os ensinamentos *popperianos*, o caminho metodológico trilhado pela pesquisa aqui desenvolvida se propõe a tentar criticar e questionar a veracidade, a aplicabilidade e a pertinência das teorias de outros pesquisadores bem como daquelas formuladas no corpo deste próprio trabalho acadêmico¹⁵. Nesse contexto, o direito à moradia, os direitos sociais prestacionais e as políticas públicas, objetos de estudo deste trabalho serão analisados de forma dinâmica e nunca de maneira estática, a fim de que sejam compreendidos de uma forma inovadora e criativa.

¹² MATURANA, Humberto R.A **árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana/ Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. Ilustração: Carolina Vial, Eduardo Osório, Francisco Olivares e Marcelo MaturanaMontañez. São Paulo: Palas Athenas, 2001. p. 261-270.

¹³ CAPONI, Gustavo. O falseacionismo como socratismo metodológico. *In: Princípios UFRN*, n. 7, v. 6, Natal, 1999. Disponível em: <<http://www.principios.cchla.ufrn.br/07P-29-58.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

¹⁴ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquiarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004. p. 20-29.

¹⁵ Dessa forma, com o fito de atingir o conhecimento, esta pesquisa irá reconsiderar suas certezas, tarefa essa, no entanto, extremamente difícil.

1.2. Delimitação do objeto de estudo e dos instrumentos de coleta de dados

Tendo como objeto de estudo o direito social prestacional à moradia e as implicações geradas pela sua (baixa) efetividade e (não) concretização através das (inexistentes) políticas públicas, buscou-se unir as concepções teóricas e práticas a fim de chegar a conclusões, mesmo que parciais, sobre os contornos reais do problema.

A presente pesquisa desenvolveu-se, inicialmente, tendo como referencial um caso muito noticiado pela mídia recifense: de um lado vinte e três famílias posseiras de um imóvel localizado em uma área nobre do Recife, e, de outro, os proprietários do bem, que se enfrentaram em uma conturbada ação de reintegração de posse. Por envolver um real conflito sobre o direito à moradia, e, ainda, por tocar diretamente nas questões aqui abordadas como a (falta de) concretude dos direitos sociais prestacionais e a (in)existência de políticas públicas voltadas para a habitação, a referida ação de reintegração de posse foi erigida à condição de objeto central da análise de dados.

Aprioristicamente, pretendia-se, é verdade, estudar apenas o direito à moradia, no entanto, a análise do caso concreto tornou indispensável o estudo integrado da moradia com o direito de propriedade por um motivo precípua: a intrínseca relação existente entre tais direitos fundamentais. Ademais, percebeu-se que o estudo conjunto dos aludidos direitos enriqueceria a pesquisa.

Uma vez escolhido o objeto de estudo, novos desafios surgem e novas decisões precisam ser tomadas, como, por exemplo, a delimitação do referencial teórico e dos instrumentos de coleta de dados¹⁶.

O termo marco teórico vem da expressão inglesa *theoretical framework* e, basicamente, consiste em adotar uma teoria já assentada e, em cima dela, testar novas hipóteses de pesquisa. Nas ciências exatas, devido ao fato de os cientistas trabalharem com paradigmas, na maioria das vezes, universais, a adoção de um marco teórico é, em regra,

¹⁶Importante, nesse ponto, afirmar que toda a pesquisa foi realizada buscando-se, na medida do possível, a objetividade. De acordo com Luciano Oliveira, essa busca pela objetividade constitui condição *sine qua non* para a realização de qualquer trabalho científico, uma vez que o pesquisador que não adota uma postura metodológica tende a transformar sua pesquisa em um discurso meramente ideológico. In: OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004. p. 140.

benéfica. Já nas ciências sociais, e, especificamente, na ciência jurídica, a adoção de um marco teórico é, muitas vezes, conflituosa, devido, precipuamente, ao fato de não existirem paradigmas universalmente aceitos, que possam ser aplicados em qualquer situação¹⁷.

Não se está, aqui, excluindo a utilidade do referencial teórico e sua importância para algumas pesquisas, mas acredita-se que a sua aplicação não é indispensável, dependendo muito do objeto da pesquisa e do corte que é dado ao trabalho científico. Em virtude dessas breves considerações, este trabalho não irá adotar um marco teórico rígido, a fim de não engessar a pesquisa, ou seja, com o intuito de não torná-la refém de uma teoria previamente estipulada.

Já no tocante aos instrumentos de coleta de dados, a pesquisa jurisprudencial foi escolhida por, teoricamente, poder abarcar, de forma sistematizada, as questões centrais deste trabalho, ou seja, o direito à moradia e a sua relação com as políticas públicas. Importa destacar, que tais decisões se justificam por constituir documentos¹⁸ que retratam – no âmbito jurídico – a problemática da moradia existente no contexto social.

Após a coleta dos documentos, efetuou-se a avaliação e interpretação dos dados disponíveis. Esse processo de análise dos dados é complexo e acompanha toda a investigação, demandando um trabalho elaborado de redução e organização por parte do pesquisador. Como o conhecimento é contínuo, à medida que os dados vão sendo elaborados, o pesquisador vai construindo hipóteses, gerando novos questionamentos e aperfeiçoando as questões postas – o que termina por levar a uma constante busca por novos dados¹⁹.

1.3. Pesquisa jurisprudencial e o caráter diferenciado do direito à moradia

¹⁷ OLIVEIRA, Luciano. **O marco teórico não foi feito para humilhar ninguém! Meras notas para um futuro e improvável artigo**. Disponível em: <<http://quecazzo.blogspot.com/2011/01/marco-teorico-nao-foi-feito-para.html>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2011.

¹⁸ Os documentos, vale destacar, constituem "qualquer registro escrito que possa ser usado como fonte de informação". Com efeito, qualquer que seja a maneira de utilização dos documentos – como fonte única de dados ou combinado com outras técnicas de coleta – é imprescindível que o pesquisador informe quais instituições o criaram, os procedimentos utilizados na sua criação e porque foram elaborados, uma vez que tais questões são fundamentais para a interpretação do seu conteúdo e a futura análise dos dados. *In*: ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais. Pesquisa quantitativa e qualitativa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. p. 169.

¹⁹ ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais. Pesquisa quantitativa e qualitativa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002. p. 170-171.

Seguindo o raciocínio aqui exposto, a pesquisa, realizada em janeiro de 2011, ocorreu respectivamente nos sítios do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Pernambuco. *A priori*, vale ressaltar, a intenção era restringir a pesquisa ao âmbito dos Tribunais Superiores; todavia, diante da inexistência de material suficiente para análise, partiu-se para a busca de dados no sítio do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

A pesquisa realizada, no sítio do STF, utilizando os termos "direito social à moradia" e "políticas públicas" encontrou três resultados: uma decisão da presidência²⁰ e duas decisões monocráticas²¹. Ocorre que tais decisões versam sobre os direitos sociais de uma forma ampla, não tratando nenhuma delas, particularizadamente, sobre o direito à moradia. Na verdade, essas três decisões apenas citam o direito à moradia de passagem, elencando-o dentre os direitos sociais.

No sítio do STJ, por sua vez, a pesquisa jurisprudencial realizada com as mesmas expressões “direito social à moradia” e “políticas públicas” encontrou duzentas e vinte e seis decisões monocráticas e um acórdão. Ante a imensa gama de decisões obtidas, decidiu-se analisar o acórdão²², e, através da amostragem, as dez primeiras decisões monocráticas²³. Ocorre que, de forma semelhante ao que ocorreu na pesquisa realizada no âmbito do STF, tanto o acórdão quanto as decisões monocráticas estudadas tratavam dos direitos sociais de forma ampla e apenas citavam de passagem o direito à moradia.

²⁰ STA 318, Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgado em 20/04/2009, Publicado em DJe-076 em 27/04/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+social+%E0+moradia+pol%EDticas+p%FAblicas+%29+E+S%2EPRES%2E&base=basePresidencia>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2011.

²¹ RE 367432, Relator: Ministro Eros Grau, Julgado em 03/09/2009, Publicado em DJe-182 em 28/09/2009; ADPF 45 MC, Relator: Min. Celso de Mello, Julgado em 29/04/2004, Publicado em DJ 04/05/2004. Ambos disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28direito+social+%E0+moradia+pol%EDticas+p%FAblicas+%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2011.

²² REsp 811608, Relator: Min. Luiz Fux, Publicado em 04/06/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudenciatoc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=direito+social+%E0+moradia+pol%EDtica+p%FAblica+&b=ACOR>. Acesso em: 08 de janeiro de 2011.

²³ REsp 936886, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Publicado em 04/04/2011; Ag 1319558, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Publicado em 22/02/2011; Resp 1130756, Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima, Publicado em 18/02/2011; REsp 1214477, Relator: Min. Luiz Fux, Publicado em 16/02/2011; Ag 1371124, Relator: Min. Hamilton Carvalhido, Publicado em 03/02/2011; Ag 1343787, Relator: Min. Herman Benjamin, Publicado em 16/12/2010; Ag 1121942, Relator: Min. Luiz Fux, Publicado em 30/11/2010; Ag 1334801, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Publicado em 26/11/2010; Ag 1313746, Relator: Min. Herman Benjamin, Publicado em 09/09/2010; REsp 1147687, Relator: Min. Benedito Gonçalves, Publicado em 16/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/decisoies/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=direito+social+%E0+moradia+pol%EDtica+p%FAblica+&b=DTXT>. Acesso em: 08 de janeiro de 2011.

Diante do exposto, através da análise dos dados colhidos nos sítios tanto do STF quanto do STJ, é possível afirmar que:

(a) Não há, no âmbito dos referidos Tribunais Superiores, nenhuma ação individual que tenha sido ajuizada, com base em um direito subjetivo à moradia, requerendo que o Estado forneça, conceda ou providencie moradia para aquele que não pode arcar financeiramente com uma habitação. Ao contrário do que acontece com outros direitos sociais como, por exemplo, o direito à saúde, que constantemente é objeto de ações individuais que visam concretizá-lo, as ações individuais que requerem um direito subjetivo à moradia, se é que essas realmente existem, não chegam até as mais altas Cortes pátrias;

(b) Do mesmo modo, não há nenhuma ação coletiva, seja do Ministério Público, seja da Defensoria Pública, ou de qualquer outro ente público ou instituição com legitimidade para defender judicialmente direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que tenha chegado aos Tribunais Superiores pesquisados, requerendo o fornecimento ou a concessão de moradias ou, ainda, a realização de políticas públicas voltadas para a questão habitacional;

Das duas conclusões acima, chega-se a uma terceira: tanto no âmbito do STF quanto do STJ não há decisões, quer de caráter individual, quer de caráter coletivo, que tenham enfrentado diretamente a questão do direito à moradia e sua relação com as políticas públicas.

As conclusões até agora expostas suscitam um questionamento: afinal, se não há decisões que tratem da temática do direito à moradia com as políticas públicas, por que os referidos termos aparecem na pesquisa jurisprudencial? A resposta é simples e decorre da mera análise do teor das decisões. Na pesquisa realizada no sítio do STF, o direito à moradia é mencionado apenas de passagem, de forma exemplificativa, como um dos direitos sociais elencados no rol do art. 6º da Constituição, não se analisa, portanto, o direito à moradia em si. O mesmo ocorre na pesquisa efetuada no sítio do STJ. Nos dois tribunais as políticas públicas foram tratadas inúmeras vezes, principalmente quando relacionadas com os direitos sociais, todavia, não há uma decisão sequer que tratasse da relação entre as políticas públicas e o direito à moradia.

Diante de tais conclusões, ainda que parciais, mostra-se interessante, nesta fase da pesquisa, para fins comparativos, fazer um paralelo entre a judicialização do direito à moradia e do direito à saúde. Importante afirmar que a escolha do direito à saúde não se deu de forma aleatória, mas ocorreu por dois motivos: (a) primeiro devido ao fato de ser – assim como o direito à moradia – um direito social prestacional; e, (b) em segundo lugar, graças ao grande

número de demandas judiciais que o envolvem. Pretende-se, com essa comparação, avaliar se, no âmbito dos Tribunais Superiores, o direito à saúde é mais judicializado, mais demandado, mais requerido, do que o direito à moradia e quais os contornos gerados por essa judicialização.

Recente pesquisa, realizada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, revelou que, no STF, as decisões que versam sobre o direito à saúde são maioria²⁴ quando comparadas com as decisões referentes a outros direitos sociais prestacionais como, por exemplo, o direito à educação²⁵. Este mesmo estudo mostrou, ainda, o inexpressivo número de acórdãos ou decisões proferidas pelo o STF que versem sobre a tutela coletiva do direito à saúde, uma vez que dentro do universo de 33 (trinta e três) decisões pesquisadas pela autora, apenas uma²⁶, realizada em sede de mandado de segurança, proposto pelo Ministério Público Estadual, visava tutelar o direito individual homogêneo²⁷ à saúde de um grupo determinado de indivíduos.

Dentre as várias conclusões suscitadas pela autora da pesquisa²⁸, pode-se elencar, para fins deste estudo, como as mais interessantes:

(a) O fato de que quase todas as decisões pesquisadas foram proferidas em suspensão de tutela antecipada ou em suspensão de segurança, ou seja, em regra, decide-se sobre a concretização do direito à saúde através de liminares;

²⁴ A judicialização do direito à saúde é tamanha que levou o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a editar a Recomendação n.º 31 de 30 de março de 2010, cujo teor orienta os Tribunais a adotar medidas que visem melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, a fim de assegurar a maior eficiência nas demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Não há, no entanto, nenhuma recomendação do CNJ no que se refere ao *modus operandi* a ser adotado pela magistratura quando esta tem que decidir demandas que envolvam outros direitos sociais. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomenda-coes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 07 de fevereiro de 2011.

²⁵ De acordo com a autora da pesquisa, que culminou na sua dissertação de mestrado, mesmo antes da análise dos dados, essa circunstância já era esperada, tendo em vista a grande justiciabilidade do direito social à saúde e seus reflexos tanto na produção doutrinária quanto na seara judicial. In: AGUIAR, Maria Madalena Salsa. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**: um estudo sobre a “judicialização” dos direitos sociais prestacionais. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 2010. p. 69.

²⁶ Suspensão de Segurança 3690, Relator: Min. Presidente Gilmar Mendes, Julgado em 20/04/2009, Publicado em DJe-077. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 de abril de 2011.

²⁷ De acordo com Antônio Gidi, os direitos individuais homogêneos representam “uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva de direitos individuais com dimensão coletiva”. Há certa divergência doutrinária sobre a natureza coletiva dos direitos individuais homogêneos. Parte da doutrina ainda entende que não se tratam de direitos coletivos, mas sim de direitos individuais coletivamente tratados, ou seja, uma subespécie de direitos coletivos. Tal posicionamento, contudo, não deve prosperar, uma vez que os direitos individuais homogêneos não constituem direitos acidentalmente coletivos, mas sim direitos coletivizados pela ordem positiva com o fito de obter uma tutela integral e adequada. In: GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. Saraiva: São Paulo, 1995. p.20.

²⁸ AGUIAR, Maria Madalena Salsa. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**: um estudo sobre a “judicialização” dos direitos sociais prestacionais. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 2010. p. 71.

(b) A conotação individual conferida pelo julgador, quando interpreta os direitos sociais prestacionais, deixando de lado o caráter universal de tais direitos;

(c) O fato de que, embora a doutrina defenda a ação coletiva como a melhor maneira de se tutelar os direitos sociais, não há um número considerável de ações coletivas que requeiram a tutela do direito à saúde²⁹.

Não surpreende que a maioria das decisões sobre o direito à saúde ocorra através de procedimentos de natureza liminar. Como é sabido, comumente, não se recorre ao judiciário para requerer medidas profiláticas, mas, sim, medidas emergenciais. É inegável, pois, que a demora na prestação jurisdicional pode acarretar a morte do paciente, com a consequente perda do objeto processual. Nesse sentido, é comum que os juízes defiram o pedido e ordenem o fornecimento da medicação ou a realização da cirurgia pretendida em sede de liminar.

Fazendo um paralelo entre o direito à saúde e o direito à moradia, pode-se afirmar que, apesar de ambos serem direitos sociais prestacionais, tais direitos não são judicializados da mesma forma. Dessa assertiva, pode-se chegar à outra: o direito à moradia constitui um direito social diferenciado, que não possui as mesmas características que o direito à saúde, por exemplo, ou o direito (também social prestacional) à educação. Isso porque, em consonância com a própria jurisprudência pátria, o direito à moradia não é judicializado como qualquer outro direito subjetivo, isto é, não se vai, seja individualmente, seja coletivamente, até o judiciário requerer uma habitação. Ante essa conclusão, uma questão se coloca de forma latente: afinal, porque há essa diferenciação entre direitos que possuem um mesmo regime jurídico?

Explicar-se-á adiante a razão dessa distinção.

²⁹ Os autores refratários à judicialização do direito à saúde costumam sempre levantar o argumento de que a maioria das ações são propostas por segmentos sociais privilegiados. Dessa maneira, uma parcela social bem estabelecida financeiramente acaba por abocanhar grande parte do orçamento público destinado à saúde. Para exemplificar essa tese, Fabiola Sulpino Vieira propõe a seguinte situação hipotética. Levando-se em consideração que 1% da população brasileira possui hepatite C, se no ano de 2006, o SUS fosse tratar 25% desse universo de doentes com o medicamento *interferonpeguilado*, com uma aplicação de 180mcg, uma vez por semana, durante 48 semanas, com o preço da seringa a R\$ 1.107,49, o valor total do tratamento corresponderia a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde em 2006, ou seja, 38,8 bilhões de reais. Nesse exemplo, dois terços do orçamento da saúde seriam gastos com apenas 0,25% da população e em apenas um medicamento. Para autores como Fabiola, essa excessiva individualização do orçamento deve ser evitada com a adequada alocação de recursos para todos. VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. In: **Revista Saúde Pública**, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2011.

Para tanto, utilizar-se-ão dois direitos sociais prestacionais extraídos da Carta de 1988: o salário mínimo e a educação³⁰.

O inciso IV, do art. 7º da Constituição Federal preceitua que o trabalhador deve perceber um salário mínimo capaz de "atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social". Ocorre que, a fim de atender a todas essas exigências, de acordo com o DIEESE – Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sócioeconômicos, em agosto de 2011, o salário mínimo deveria ser R\$ 2.278,77 (dois mil duzentos e setenta e oito reais e setenta e sete centavos) o que equivale a mais de quatro vezes o mínimo vigente hoje que é de R\$ 545,00 (quinhentos e quarenta e cinco reais)³¹. Ora, se o direito a um salário mínimo digno, nos moldes do art. 7º, inc. IV da Carta Política fosse considerado um direito subjetivo comum, todos aqueles que percebem menos do que o mínimo necessário segundo o DIEESE poderiam ingressar em juízo e requerer que o governo concretizasse o que prevê a Constituição. Se, continuando no campo da suposição, o judiciário acatasse esse pedido, por óbvio, o país entraria em um colapso financeiro que, provavelmente, o levaria à "falência".

Esse exemplo clarifica a questão aqui posta, pois considerar o salário mínimo como um direito subjetivo de ampla e irrestrita judicialização, constitui, no mínimo, um equívoco. O mesmo ocorre com o direito à moradia. Da mesma maneira que não se propõe ações visando concretizar o salário mínimo digno, não se recorre ao judiciário a fim de obter uma habitação, pois a juridicidade de tais direitos é diferenciada.

De outro giro, o mesmo não acontece com o direito à educação. Isto, dentre outros motivos, decorre do fato de o direito à educação ser regulado de forma específica pela Constituição. O art. 212 da Carta Política, por exemplo, estabelece a destinação de 18%, no caso da União e de 25%, no caso dos Estados, da receita proveniente de impostos como forma de manter e desenvolver a educação no país. Trata-se, portanto, de dados objetivos que especificam quem são os destinatários da obrigação e como os recursos devem ser empregados para satisfazê-la. Dessa maneira, há como se cobrar do poder público caso os recursos não sejam repassados. Com a moradia, a questão não é tão simples. Ora, ir até o judiciário exigir a realização de políticas públicas que visem concretizar o direito à moradia é de uma subjetividade tamanha que termina por esvaziar o próprio conteúdo do pedido.

³⁰ Os dois exemplos foram os mesmos utilizados por Luciano Oliveira no artigo "Os direitos sociais e o judiciário. Reflexões a favor de um olhar sociológico", já elencado dentre as referências deste trabalho.

³¹ Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/rel/rac/salminMenu09-05.xml>>. Acesso em: 03 de agosto de 2011.

Equiparar todos os direitos sociais prestacionais, ao contrário do que proclamam os ativistas judiciais mais fervorosos, não considera a estrutura particular de cada conflito o que faz com que sejam desconsideradas as peculiaridades de cada direito bem como os contornos adquiridos por tais direitos quando são judicializados.

Feitas essas considerações e ante a ausência de dados concretos para análise na esfera dos Tribunais Superiores, passar-se-á, adiante, a analisar a pesquisa no âmbito do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE.

Quando a busca jurisprudencial se deu no sítio do Tribunal de Justiça de Pernambuco, por sua vez, com os mesmos termos “direito social à moradia” e “políticas públicas”, nenhum resultado foi encontrado. A fim de ampliar a pesquisa, foram utilizadas as palavras-chave “direitos sociais” e “políticas públicas”, nesses termos cinco resultados foram encontrados. Desses, quatro³² versavam sobre ações ajuizadas por particulares que requeriam tratamento médico não oferecido pelo SUS ou fornecimento de medicamentos não previstos na lista oficial do SUS e apenas um³³ tratava de uma ação coletiva ajuizada pelo Ministério Público de Pernambuco, em face do estado de Pernambuco, requerendo o envio de professores suficientes para o cumprimento da carga horária na rede estadual de ensino.

Nesse contexto, os resultados encontrados no sítio do TJPE foram semelhantes aos colhidos nos sítios do STF e do STJ, uma vez que não há no Tribunal de Justiça decisões individuais ou coletivas que tenham tratado do direito à moradia e sua relação com as políticas públicas. Ou seja, inexistem ações ajuizadas por particulares ou pelos entes/instituições com legitimidade para propor ações coletivas que tenham requerido ao judiciário um direito subjetivo à moradia. Um detalhe pontual apenas para fins comparativos, nessa pesquisa, ao contrário das realizadas nos Tribunais Superiores, as decisões encontradas não citam o direito à moradia nem mesmo de passagem.

No âmbito do TJPE, é possível afirmar, que a maioria das decisões, sobre direitos sociais, tratam do direito à saúde, já que das cinco decisões encontradas quatro versavam sobre o direito à saúde. O Enunciado n.º 18 da Súmula do TJPE, por exemplo, é claro ao afirmar que: “É dever do Estado-membro fornecer ao cidadão carente, sem ônus para este,

³² Ag 212097-8/01, Relator: Francisco Eduardo Gonçalves Sertorio Canto, Julgado em 14/07/2010; Ag 201928-1/01, Relator: Francisco Eduardo Gonçalves Sertorio Canto, Julgado em 02/06/2010; MS 183906-5, Relator: Francisco Eduardo Gonçalves Sertorio Canto, Julgado em 19/05/2010; Ag 181330-3/01, Relator: Antenor Cardoso Soares Junior, Julgado em 27/05/2009. Todos disponíveis em: <<http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/respostapalavra.asp>>. Acesso em: 07 de janeiro de 2011.

³³ ACP 164886-6, Relator: João Bosco Gouveia de Melo, Julgado em 28/07/2009. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/jurisprudencia/resposta_palavra.asp>. Acesso em: 07 de janeiro de 2011.

medicamento essencial ao tratamento de moléstia grave, ainda que não previsto em lista oficial”. Sem analisar o teor do enunciado, pode-se afirmar que o simples fato de um Tribunal editar um enunciado que verse sobre um direito social específico já constitui um forte indicativo de que esse direito vem sendo judicializado com frequência. Ademais, não há na Súmula do TJPE outro enunciado que trate especificamente de outro direito social³⁴.

Delineados os contornos gerais jurisprudenciais, percebe-se que a pesquisa realizada nos aludidos tribunais, apesar de não ter fornecido dados concretos sobre a judicialização do direito à moradia e sua relação com as políticas públicas, foi essencial, pois permitiu que se constatasse o caráter diferenciado do direito à moradia em relação aos demais direitos sociais prestacionais.

Mas, afinal, se o direito à moradia possui essa judicialização diferenciada, de que forma é possível assegurar a moradia tendo por base o preceito constitucional insculpido no art. 6º da Carta Magna? A fim de criar um suporte teórico que possibilite responder tal questionamento, o próximo capítulo irá tratar, de forma pormenorizada, os direitos sociais prestacionais e sua relação com as políticas públicas.

³⁴ O precedente constitui uma decisão julgada a partir de um caso concreto que pode servir como modelo para futuros casos semelhantes. Quando reiteradamente aplicado, o precedente se transforma em jurisprudência, que se for dominante no tribunal pode dar origem à edição de um enunciado na súmula desse tribunal. Há, evidentemente, pois, uma evolução nos conceitos de precedente, jurisprudência e súmula. Tanto os aplicadores do direito quanto a doutrina costumam confundir esses conceitos, principalmente no que se refere aos enunciados das súmulas, que constantemente são denominados como “súmulas” de determinado tribunal. Feitos esses prévios esclarecimentos, percebe-se que o enunciado n.º 18 da súmula do TJPE só pôde ser editado após reiterados precedentes sobre o assunto, que se transformaram em jurisprudência dominante, que, por fim, culminaram no citado enunciado. *In*: DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. Bahia: Juspodium, 2011. p. 385-412.

Capítulo II –Direitos sociais e políticas públicas

2.1. Direitos fundamentais sociais

2.1.1. Introdução

Os direitos sociais, econômicos e culturais – doravante denominados apenas de *sociais* – foram previstos, expressamente, no âmbito constitucional, pela primeira vez na Constituição Mexicana de 1917, e, logo em seguida, na Constituição Alemã de Weimer de 1919. Nos dois casos, os contextos histórico e social dos aludidos países foram propícios para a inclusão dos direitos sociais em suas Cartas Políticas: enquanto o México havia acabado de passar por uma revolução, a Alemanha se reerguia da pungente derrota sofrida na primeira grande guerra. Nesse último caso, pode-se afirmar, inclusive, que a inserção dos direitos sociais serviu como forma de obstaculizar a ameaça comunista que já havia se mostrado vitoriosa com os russos em 1917³⁵.

Trinta anos depois, em decorrência das mazelas trazidas pela segunda guerra mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU de 1948 reuniu em um só documento os direitos liberais – de tradição capitalista – e os direitos sociais – de cunho socialista. Importa salientar, que essa tendência de congregar direitos civis, políticos e sociais foi seguida pela maioria dos países europeus reconstitucionalizados em seguida à tragédia. A Constituição Francesa de 1946, por exemplo, fez referência explícita aos princípios "políticos, econômicos e sociais particularmente necessários ao nosso tempo" ³⁶.

³⁵ OLIVEIRA, Luciano. Os direitos sociais e o judiciário. Reflexões a favor de um olhar sociológico. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs.). **Direitos fundamentais em construção**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 215-217.

³⁶ OLIVEIRA, Luciano. Os direitos sociais e o judiciário. Reflexões a favor de um olhar sociológico. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs.). **Direitos fundamentais em construção**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 215-217.

No Brasil, a introdução dos direitos sociais nos textos constitucionais mostrou-se recorrente desde a Constituição de 1934. A partir desse marco, sempre vai haver um capítulo dedicado à *Ordem Econômica e Social* – com exceção da Constituição de 1937, que suprimiu o *Social*, figurando apenas como *Ordem Econômica*. Mas foi apenas com a Carta de 1988 que um rol completo de direitos sociais foi constitucionalizado; nesse sentido, o termo *Constituição Cidadã* faz jus ao complexo de direitos que foram por ela abarcados.

Feito esse breve resgate histórico, mostra-se importante discorrer sobre questões diretamente conexas aos direitos sociais como, por exemplo, a sua fundamentalidade, o seu regime jurídico e as questões ligadas à sua eficácia e efetividade. Antes de iniciar esse estudo, todavia, cabe, a fim de delimitar o tema, afirmar que esse será realizado tendo como parâmetro as disposições previstas na Constituição Federal de 1988.

O poder constituinte de 1988 reconheceu – sob o rótulo de direitos sociais – um conjunto heterogêneo de direitos (fundamentais). O fato é que, ainda hoje, há quem negue aos direitos sociais a condição de legítimos direitos fundamentais. Nessa esteira, tanto há quem afirme que os direitos sociais não possuem o mesmo regime jurídico dos direitos fundamentais, como quem discuta o próprio conteúdo desse regime jurídico. Outra questão que se coloca é se os direitos sociais seriam realmente direitos ou se poderiam ser considerados meras demandas políticas. Diante da necessidade de elucidar tais questionamentos, a presente dissertação irá, nos próximos tópicos, abordar, mais minuciosamente, tanto a questão da fundamentalidade dos direitos sociais, como a sua relação com as políticas públicas.

Como sabido, devido à sua própria natureza, os direitos sociais, para serem plenamente aplicados, requerem uma demanda de recursos do poder público. Ocorre que essa captação de verbas públicas esbarra em questões políticas, ideológicas e, sobretudo, econômicas, motivos que fazem com que essa arrecadação de recursos não se dê de forma pacífica³⁷.

Importa, desde logo, frisar que os direitos sociais abarcam tanto os direitos prestacionais – que requerem uma postura ativa do Estado – quanto os direitos defensivos – que demandam uma abstenção estatal – ou seja, uma postura negativa por parte do Estado. Pode-se afirmar, portanto, que os direitos sociais a prestações, a despeito de sua faceta

³⁷ ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado democrático de direito**. In: *Nómadas*, Revista crítica de ciências sociais e jurídicas, n.º 15, 2007. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

positiva, também implicam direitos subjetivos negativos, podendo-se citar como exemplos, dentre outros, o direito de associação sindical e o direito de greve³⁸.

A partir dessas considerações preliminares, percebe-se que o qualificativo "social" não se encontra exclusivamente relacionado a uma postura positiva do Estado. Tal afirmação se justifica pelo fato de também serem sociais direitos que garantem um espaço de liberdade ou que protegem determinados segmentos sociais mais vulneráveis, como é o caso dos direitos dos trabalhadores.

Uma última ressalva antes de encerrar esta introdução se mostra imprescindível: não parece correto reduzir tais direitos a meras normas programáticas ou a valores jusnaturalistas. Como sabido, as normas constitucionais ditas programáticas geralmente necessitam de uma complementação legislativa para gerar seus efeitos. São normas de baixa densidade normativa que estabelecem programas futuros, tarefas a serem implementadas.

A tese procrastinatória da norma constitucional meramente programática não prevalece nos dias atuais por ser realizada através de uma leitura reducionista. Como veremos a seguir, os direitos sociais são cláusulas pétreas, constituindo, portanto, o cerne do Estado Democrático de Direito. Se as cláusulas pétreas merecem uma proteção especial por constituírem valores essenciais do ordenamento jurídico, não cabe ao intérprete condicionar a sua eficácia ou aplicabilidade, nem muito menos postergar a sua realização para um futuro duvidoso e muitas vezes nebuloso.

Outra forma de defender o caráter programático dos direitos sociais é vinculá-los à necessidade de legislação integradora. Ocorre que o fato de uma norma constitucional depender de legislação regulamentadora não a torna, por si só, programática. Como se verá, os direitos fundamentais devem ser interpretados à luz da máxima aplicabilidade de suas normas, visando conferir às normas constitucionais um caráter normativo real³⁹. Ao que tudo indica, a noção de norma programática restou esquecida em um tempo em que o princípio da força normativa da constituição não regia a aplicabilidade das normas constitucionais. Esse tempo parece ter ficado no passado, espera-se que lá permaneça.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vinte anos de constitucionalismo democrático – E agora?* Porto Alegre – Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociaisPETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 12 de junho de 2011.p. 8.

³⁹ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado democrático de direito.* *In: Nômadias, Revista crítica de ciências sociais e jurídicas*, n.º 15, 2007. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

2.1.2. Fundamentalidade dos direitos sociais: notas necessárias

Antes de adentrar a problemática sobre a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais, é necessário delimitar os contornos do seu respectivo regime jurídico. Nesse sentido, é preciso destacar que os direitos sociais apenas podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando lhes é assegurado um privilegiado regime jurídico constitucional⁴⁰. Para tanto, é indispensável que os direitos fundamentais encontrem-se protegidos do arbítrio dos poderes constituídos, ou seja, é preciso que haja um bloqueio que impeça uma possível supressão ou esvaziamento de sua essência e, ainda, que haja uma garantia à sua plena normatividade.

Seguindo essa linha de raciocínio contemporânea, a Constituição de 1988 garantiu aos direitos fundamentais a condição de cláusulas pétreas e previu, inclusive, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis. Ocorre que parte da doutrina ainda resiste em conferir aos direitos sociais esses dois elementos nucleares do regime jurídico dos direitos fundamentais⁴¹. Com efeito, enquanto alguns doutrinadores afirmam que os direitos sociais não foram previstos expressamente no inc. IV, § 4º do art. 60⁴², da Carta Política, outros são categóricos ao afirmar que os direitos sociais não foram abarcados pela norma prevista no § 1º do art. 5º, da Constituição⁴³.

Tais afirmativas, todavia, não devem prosperar.

⁴⁰SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vinte anos de constitucionalismo democrático – E agora?** Porto Alegre – Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociaisPETROPOLI_S_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 12 de junho de 2011. p. 11.

⁴¹ATRIA, Fernando. **Existem direitos sociais?** Revista do Ministério Público. Edição 56. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br/index.php/revista-digital/edicoes/54/edicao-56-revista-do-ministerio-publicoedicao-56>>. Acesso em: 05 de novembro de 2011.

⁴²"Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:(...) IV - os direitos e garantias individuais."

⁴³"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

Explicar-se-á adiante, o porquê.

Por uma questão organizacional a primeira noção a ser desconstruída é a de que os direitos sociais não possuem aplicação imediata. Tal afirmativa tem como base precípua a localização topográfica do § 1º do art. 5º da Constituição. De acordo com essa tese, apenas os direitos e deveres individuais e coletivos (ou seja, aqueles previstos no art. 5º) possuem aplicação imediata, exclui-se, portanto, do âmbito da norma que prevê aplicação imediata, os direitos sociais, os direitos da nacionalidade, os direitos políticos.

Ocorre que o § 1º do art. 5º utiliza a denominação genérica "normas definidoras de direitos e garantias fundamentais", dessa forma, mesmo que fosse feita uma interpretação meramente literal não seria possível delimitar o âmbito de aplicação do § 1º apenas às normas previstas no art. 5º, já que esse trata dos "Direitos e deveres individuais e coletivos". Na verdade, a norma que garante aplicabilidade aos direitos e garantias fundamentais abarca todo o Título II da Constituição, abrangendo, dessa maneira, não apenas os direitos e deveres individuais e coletivos, mas também os direitos sociais, os direitos da nacionalidade e os direitos políticos.

Importa salientar que a interpretação literal da norma conduz ao mesmo resultado caso se utilize uma interpretação sistemática ou teleológica. Nesse contexto, a evidente ausência de distinção expressa entre o regime dos direitos sociais e os demais direitos fundamentais, acrescida do texto do § 1º do art. 5º da Constituição, deve prevalecer sobre uma interpretação baseada em um critério meramente topográfico. Deve-se frisar, ainda, que o raciocínio aqui desenvolvido harmoniza-se com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, disposta no § 2º do art. 5º da Carta Política⁴⁴.

Por tais razões pode-se afirmar que todas as normas de direitos fundamentais constantes no Título II da Constituição, assim como aquelas localizadas em outras partes da Carta Política e nos tratados internacionais, possuem aplicabilidade imediata. Cabe ressaltar, que essa aplicabilidade, no entanto, não se dará da mesma forma para todos os direitos. O fato é que a aplicabilidade imediata é – por expressa disposição constitucional – inerente aos direitos fundamentais. Ocorre que enquanto alguns direitos são facilmente concretizados, outros encontram óbices que dificultam a sua aplicabilidade na prática, isto é, embaraçam a

⁴⁴Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

sua concretude. Com efeito, pode-se afirmar de que apesar da aplicabilidade ser comum a todos os direitos fundamentais, o mesmo não ocorre com a concretude, pelo menos não no mesmo grau de efetividade.

Já com relação à inclusão dos direitos sociais nos limites materiais à reforma constitucional, há quem sustente – através de uma interpretação essencialmente literal – que apenas os direitos e garantias individuais contidos no art. 5º da Constituição encontram-se protegidos do poder de reforma constitucional. Essa exegese restritiva não exclui da condição de cláusulas pétreas apenas os direitos sociais, mas também os direitos de nacionalidade, os direitos políticos e até mesmo os direitos coletivos, esses últimos contidos no próprio art. 5º. Extremando esse raciocínio, poder-se-ia afirmar, por exemplo, que apenas o mandado de segurança individual e não o coletivo integra o rol de cláusulas pétreas⁴⁵. Mesmo sem um aprofundamento da questão, já se percebe os desvios teratológicos que esse tipo de interpretação poderia gerar.

Na doutrina constitucional pátria, há ainda quem sustente que os direitos sociais não podem ser considerados cláusulas pétreas pelo fato de não poderem ser equiparados aos direitos de liberdade do art. 5º. Outros afirmam que se o constituinte quisesse incluir os direitos sociais no rol das cláusulas pétreas o teria feito expressamente. Tais argumentos, no entanto, não devem florescer⁴⁶.

Primeiramente, deve-se lembrar que a Constituição brasileira não faz uma distinção clara e expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, nem – de nenhuma forma – garante a primazia daqueles sobre estes. Em segundo lugar, a referida interpretação literal parte do pressuposto de que todos os direitos sociais são direitos a prestações (de caráter positivo), excluindo-se – conforme já foi aqui demonstrado – os direitos sociais defensivos (de caráter negativo). Além disso, excluem-se do rol de cláusulas pétreas os direitos coletivos, os da nacionalidade e os políticos⁴⁷.

⁴⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vinte anos de constitucionalismo democrático – E agora?** Porto Alegre – Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.wstf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociaisPETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 12 de junho de 2011.p. 13-17.

⁴⁶ATRIA, Fernando. **Existem direitos sociais?** Revista do Ministério Público. Edição 56. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br/index.php/revista-digital/edicoes/54/edicao-56-revista-do-ministerio-publicoedicao-56>>. Acesso em: 05 de novembro de 2011.

⁴⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vinte anos de constitucionalismo democrático – E agora?** Porto Alegre – Belo Horizonte, 2008. Disponível em:

Diante dos contra argumentos suscitados acima, um questionamento se torna latente: se a interpretação literal não é suficiente nem condizente com a teoria dos direitos fundamentais e o seu regime jurídico qual deve ser então a exegese utilizada? A solução encontra-se em uma interpretação sistemática do texto constitucional.

Como sabido, os direitos sociais integram a estrutura basilar da Constituição Federal. Nesse contexto, mesmo que se adote a interpretação restritiva, os direitos sociais poderiam ser considerados limites implícitos à reforma constitucional. Através de uma interpretação sistemática percebe-se, portanto, que os direitos e garantias individuais referidos pelo inc. IV, § 4º do art. 60 da Carta Política, incluem tanto os direitos sociais como os direitos políticos e os da nacionalidade.

Pode-se afirmar, pois, que o ordenamento jurídico pátrio confere um regime jurídico único para todos os direitos fundamentais – nos quais estão indubitavelmente incluídos os direitos sociais. Desse entendimento, conclui-se que os direitos sociais tanto são autoaplicáveis como se encontram protegidos pelo manto das cláusulas pétreas.

Isso não quer dizer, contudo, que essa autoaplicabilidade ocorra da mesma forma entre os direitos sociais prestacionais e os direitos sociais defensivos, nem, muito menos, que a justiciabilidade dos direitos sociais possa ocorrer de forma idêntica à dos direitos civis. De fato, determinados direitos possuem atributos peculiares que não se encontram presentes em outros direitos, não se podendo afirmar, portanto, que todos os direitos fundamentais possam ser justiciáveis da mesma forma. Ao longo deste estudo, estas diferenças de concretude e de justiciabilidade entre diferentes tipos de direitos se fará mais clara.

2.1.3. Aspectos orçamentários dos direitos sociais: relação com as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial

Enquanto os direitos de defesa, por requererem uma conduta negativa, são, geralmente, destituídos de uma valoração econômica; os direitos sociais prestacionais, por demandarem, normalmente, uma realocação de recursos, possuem uma pungente dimensão

financeira. Os advérbios "geralmente" e "normalmente" se adequam de forma apropriada no enunciado acima, uma vez que os direitos de liberdade, embora em menor grau, também exigem posturas positivas e alocação de verbas pelo Estado. Nesse sentido, os direitos de liberdade demandam a utilização de verbas públicas, circunstância não limitada, pois, aos direitos sociais prestacionais.

José Casalta Nabais, em artigo que segundo ele aborda "a face oculta dos direitos", afirma que todos os direitos têm custos financeiros. De acordo com o autor é errôneo o entendimento de que apenas os direitos sociais prestacionais demandam a necessidade de verbas públicas. De fato, pensar dessa forma poderia levar à conclusão de que os direitos sociais prestacionais, para serem concretizados, dependeriam de uma economia forte, o que, na prática, reduziria à zero a concretização de tais direitos nas economias periféricas. Ocorre que, apesar de fundamental, a existência de recursos financeiros não constitui a única condição de concretização dos direitos sociais prestacionais⁴⁸.

Fato é que os direitos de liberdade também dependem do orçamento público para se tornarem viáveis. Trata-se de custos que não são individualizados – como no caso dos direitos sociais – mas sim de custos gerais, ligados à realização e proteção dos direitos de liberdade. É manifesto, nesse contexto, o alto custo despendido pelo Estado para garantir a efetividade dos direitos civis na contemporaneidade. O processo eleitoral, por exemplo, realizado de dois em dois anos em um país de dimensões continentais como o Brasil, envolve uma enorme demanda de verbas públicas⁴⁹.

Apesar de a questão orçamentária ser comum tanto aos direitos de liberdade quanto aos direitos sociais prestacionais, é inegável que estes possuem uma limitação orçamentária mais acentuada. Além disso, a concretização dos direitos sociais prestacionais requer um programa de ação governamental, com competências e diretrizes pré-definidas, condizente com os preceitos constitucionais, que, através da alocação de recursos, possa culminar na realização de uma política pública⁵⁰.

⁴⁸ NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/46225499/A-Face-Oculta-Dos-Direitos-Fundamentais-Os-Custos-Dos-Direitos>>. Acesso em: 03 de junho de 2011. p. 10-24.

⁴⁹ GALDINO, Flávio. **Introdução aos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 215-233.

⁵⁰ AGUIAR, Maria Madalena Salsa. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**: um estudo sobre a "judicialização" dos direitos sociais prestacionais. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 2010. p. 49-50.

Perante desse indiscutível aspecto orçamentário, costuma-se evocar a teoria da reserva do possível, que tem origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e prescreve que a efetividade dos direitos sociais prestacionais encontra-se condicionada à disponibilidade de recursos públicos, além de estar localizada no campo de discricionariedade do executivo e do legislativo, ou seja, fora do âmbito de decisão do poder judiciário.

Essa tese foi criada quando um grupo de alunos alemães recorreu à justiça com o fito de postular a criação de vagas suficientes para todos aqueles que quisessem ingressar nas universidades.

Em resumo, a situação fática era a seguinte: entre os anos de 1952 e 1967, o número de alunos nas universidades alemãs praticamente dobrou, todavia, as universidades não estavam preparadas para essa nova demanda o que acabou refletindo na qualidade do ensino ofertado. Para que todos os estudantes fossem contemplados com um ensino de qualidade, seria necessário um investimento de mais de sete milhões de marcos. Ocorre que o Estado alemão não podia arcar com tal quantia, o que acabou culminando na restrição do acesso ao ensino superior. Inconformados, os estudantes alemães recorreram ao judiciário, pleiteando a concretização do direito social à educação⁵¹.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no entanto, decidiu contrariamente ao pleito, afirmando que o Estado não era obrigado a criar mais vagas, uma vez que não havia orçamento público disponível para tanto⁵². Nesse sentido, o Tribunal entendeu que os cidadãos só podem demandar judicialmente prestações que possam ser razoavelmente exigidas do Estado. Aprofundando mais o debate, a corte alemã explanou que a criação de vagas universitárias – bem como a efetivação de qualquer direito social prestacional – poderia ou não ser realizada, já que o Estado não possuía a obrigação de prestar algo que se encontrasse fora dos limites da razoabilidade. Dessa forma, firmou-se o entendimento de que os direitos sociais a prestações encontram-se sujeitos à reserva do possível, que deve ser entendida como aquilo que o cidadão, de maneira ponderada, pode esperar do Estado.

Apesar de se adequar bem à conjuntura histórica, política e econômica alemã daquele momento, no Brasil a teoria da reserva do possível foi transportada sem que fossem

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.p. 233-240.

⁵² KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 78-85.

realizadas as devidas adaptações. Nesse contexto, a referida teoria acabou sofrendo distorções que, muitas vezes, terminaram, na prática, por obstar a concretização dos direitos sociais prestacionais. O problema é que, como bem ressalta Krell, "não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para a outra sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômicos-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos"⁵³. De fato, a utilização de um instituto ou teoria alienígena deve considerar as peculiaridades do contexto em que está sendo inserida.

É bem verdade que os direitos sociais prestacionais encontram-se em meio a uma crise de efetividade, que tem como epicentro a inexistência e/ou a malversação do orçamento público. Delineado esse quadro, quanto mais reduzido é o orçamento, mais importante se torna que ele seja utilizado de maneira racional e responsável, decorrendo daí uma das obrigações precípua dos poderes legislativo e executivo para com a sociedade. Inegável, portanto, que a concretização dos direitos sociais prestacionais depende da (correta e eficiente) deliberação do legislativo e executivo, principalmente durante o planejamento e execução de políticas públicas.

Diante justamente desta "crise de efetividade" por que vêm passando os direitos sociais prestacionais, houve um natural movimento de busca pela sua concretização através da judicialização de tais direitos, ou seja, os cidadãos passaram a recorrer ao judiciário para verem o seu direito concretizado. Ante essa eminente judicialização, o poder judiciário não apenas pode como também deve zelar pela efetivação dos direitos sociais prestacionais, fazendo-o, todavia, com a máxima precaução. Nesse diapasão, a atuação do poder judiciário – no que tange ao controle dos atos do poder público – deve ser direcionada em prol da máxima concretização dos direitos fundamentais.

Em virtude deste dever de proteção aos direitos fundamentais, o judiciário não pode evocar de maneira injustificada a reserva do possível, não sendo possível, portanto, utilizá-la como uma desculpa meramente genérica e retórica. Dessa maneira, a reserva do possível apenas pode ser empregada quando o poder público, além de provar a real inexistência de verbas públicas, justificar em quais áreas e de qual maneira aplicou os recursos públicos. Percebe-se, pois, que a utilização da reserva do possível é pautada em critérios objetivos que devem ser seguidos à risca.

⁵³KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 42.

Reconhecer os limites impostos pela situação fática, a relevância econômica dos direitos sociais prestacionais e os obstáculos apresentados pela reserva do possível, sem, simultaneamente, colocar tais fatores como óbices intransponíveis, constitui o caminho mais seguro para não imergir em discursos autoritários, quer sejam pró quer sejam contra a concretização dos direitos sociais. Deve-se, pois, sopesar os elementos a fim de que se possa alcançar o melhor resultado.

Em contrapartida à teoria da reserva do possível, desenvolveu-se a teoria do mínimo existencial, segundo a qual os direitos fundamentais só podem ser exigidos como direitos subjetivos se a pretensão estiver aquém do mínimo suficiente para manter uma vida digna. Se a pretensão se encontrar fora do mínimo existencial, o reconhecimento de direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional, não podendo o judiciário agir além da previsão legal⁵⁴.

Tal teoria também tem origem no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e é fruto do pós-guerra, época em que o judiciário alemão tentava minimizar os efeitos nocivos do regime nazista através de uma postura judicial mais ativista e em consonância com os direitos humanos⁵⁵. O precedente que originou a teoria do mínimo existencial determinou um aumento expressivo no auxílio pago pelo estado alemão aos cidadãos carentes e teve como fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida, o princípio do Estado Social e o direito à integridade física⁵⁶.

A priori, poder-se-ia fazer uma análise favorável dessa teoria, uma vez que ela busca preservar e efetivar os direitos fundamentais mínimos. Por outro lado, um intérprete ideologicamente contrário à efetivação dos direitos sociais poderia se utilizar desse argumento para diminuir ao máximo seu núcleo essencial, ou seja, definir indevidamente o conteúdo indeterminado “mínimo existencial”.

Da análise das aludidas teorias, percebe-se que uma e outra, se bem fundamentadas, podem ser empregadas em prol dos direitos fundamentais sociais. Essas mesmas teorias, no entanto, quando utilizadas de forma distorcida e sem seguir critérios objetivos pré-definidos, podem ser utilizadas como obstáculos procrastinatórios de direitos. Nesse último sentido,

⁵⁴ TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003. p. 1-46.

⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renoar, 2011. p. 50-88.

⁵⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 63.

enquanto a reserva do possível negará concretude aos direitos sociais, o mínimo existencial reduzirá incorretamente o seu núcleo essencial. Logo, tais teorias devem ser sempre ponderadas, de modo a garantir máxima efetividade aos direitos sociais.

2.1.4. Os direitos sociais como direitos subjetivos: a problemática envolvendo a judicialização dos direitos prestacionais

Entende-se atualmente que os direitos fundamentais sociais possuem uma dupla dimensão ou perspectiva: a subjetiva e a objetiva. Enquanto na subjetiva os direitos fundamentais geram para seus titulares a pretensão individual de recorrer ao judiciário para ver o seu direito realizado; na objetiva, esses direitos possuem uma força valorativa capaz de reger todo o ordenamento⁵⁷.

Com a Carta de 1988 os direitos fundamentais, dentre eles os sociais, foram realocados e passaram a ocupar o cerne da sistemática constitucional. Com efeito, tais direitos deixaram no passado o *status* de normas meramente simbólicas e programáticas, adquirindo força normativa. Nesse novo cenário, o reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos fez com que tais direitos fossem exigíveis e justiciáveis. Ou seja, diante da omissão Estatal o titular do direito social pode recorrer ao poder judiciário para ter o seu direito efetivado⁵⁸.

Ante o dever específico de respeitar, proteger e promover os direitos sociais, o poder judiciário passou por uma transformação que gerou inevitáveis questionamentos, podendo-se citar dentre esses: (a) como deve ser feita a escala de concretização de direitos sociais, ou seja, como é possível determinar quais direitos prestacionais devem ser priorizados? (b) ao ordenar que o Estado concretize um direito subjetivo prestacional estaria o poder judiciário se imiscuindo em uma esfera alheia, em outras palavras estaria violando o princípio da separação dos poderes?

⁵⁷MARLMESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 282-294.

⁵⁸É bem verdade que a justiciabilidade dos direitos fundamentais não constitui nenhuma novidade, sendo prevista, inclusive, no art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que prescreve que "todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei".

No que tange à primeira pergunta, esse "escalonamento" deve ser realizado de acordo com as demandas que forem judicializadas, tendo sempre como parâmetro os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Já o segundo questionamento demanda uma explicação mais elaborada.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16⁵⁹, atrelou a validade de uma Constituição à previsão de direitos fundamentais e ao princípio da separação dos poderes. Nesse sentido, a Carta Política que não fizesse tal previsão expressamente, não poderia ser considerada uma Constituição. É clara, pois, a relação entre os direitos fundamentais e o princípio da separação dos poderes, devendo este servir como fator promotor daqueles e nunca como agente obstaculizador⁶⁰.

O princípio da separação dos poderes tem como fim último conter os excessos dos órgãos que compõem o Estado, de modo a garantir as liberdades do cidadão. Nesse cenário, o referido princípio visa impedir que um poder neutralize os demais, ou seja, tem como fito impedir a criação de instâncias hegemônicas opressoras.

Apesar disso, o princípio da separação dos poderes não pode servir como um manto protetor de comportamentos inadequados ao que prevê a Constituição. Dessa forma, caso um dos poderes esteja desvirtuando princípios constitucionais ou infringindo direitos fundamentais, deverá haver um controle externo, que, quase sempre, será realizado pelo judiciário.

Uma saída para minimizar os efeitos dessa "interferência" entre os poderes seria estabelecer que caso já tenham sido estabelecidas políticas públicas, o seu eventual descumprimento ensejaria intervenção judicial. Trata-se de um novo critério ou parâmetro que pode servir de guia para a solução do impasse. Acatando esse mesmo entendimento, Andreas Krell propõe que "onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um direito fundamental, a sua não prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com mandado de segurança"⁶¹. Nesses casos, não haveria invasão

⁵⁹ "Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

⁶⁰ DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno. Introducción a uma historia que necesita ser escrita.** História Constitucional. Revista Eletrônica. N. 6, set 2005. Acesso em: 15 de março de 2010. Disponível em: <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>.

⁶¹ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 31.

de competência, com a criação de políticas públicas, mas a mera imposição do seu cumprimento.

O Estado Social moderno não pode se manter preso às amarras do passado, mas requer uma redistribuição do peso de cada um dos poderes de forma com que haja um sistema eficaz de freios e contrapesos⁶². Nesse contexto, o legislativo e o executivo não são os únicos responsáveis por viabilizar a Constituição. Sob tal perspectiva, o judiciário tem o poder-dever de impedir ações ou omissões contrárias ao texto constitucional⁶³.

Seguindo o raciocínio aqui delineado, é evidente e incontestável o valor político de uma decisão judicial que declara a mora do Estado perante os direitos fundamentais. Mais do que concretizar tais direitos para certo grupo social, essas decisões abrem precedentes, servem de modelo para outros juízes e, o que é mais importante, servem como veículos de luta para canalizar as reivindicações sociais⁶⁴.

2.2. Políticas públicas

2.2.1. Surgimento e conceituação

Enquanto na Europa, a política pública foi estudada como um desdobramento do papel do Estado; nos Estados Unidos, ela surgiu de forma autônoma, inicialmente como uma subárea da ciência política e *a posteriori* como uma área de conhecimento acadêmica independente⁶⁵. Pode-se afirmar, pois, que o estudo das políticas públicas visando entender como e porque os governos escolhem determinadas ações iniciou-se nos Estados Unidos.

⁶² ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Direção: Abtonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009. p. 65-73.

⁶³ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 44.

⁶⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 52-53.

⁶⁵ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *In: Sociologias*, nº 16, junho, 2006. p. 20-25. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 22 de junho de 2011.

Na América Latina, os debates sobre políticas públicas iniciaram-se apenas nos anos oitenta, com o declínio da maioria dos regimes ditatoriais e o consequente processo de redemocratização constitucional. A discussão, nesse sentido, mostrou-se intimamente ligada à abertura política e à pressão social pela concretização dos direitos sociais e econômicos. No Brasil, à medida em que a Constituição de 1988 ampliou e universalizou os direitos fundamentais, as políticas públicas passaram a fazer parte da pauta de discussões tanto das agendas governamentais quanto dos meios acadêmicos⁶⁶.

O campo de estudo das políticas públicas é, diante dos vários temas que aborda – como Estado, política, economia, direito e sociologia – multidisciplinar, motivo pelo qual pesquisadores das mais variadas áreas vêm se debruçando sobre a questão. Conclui-se, portanto, que apesar da política pública ser um campo da ciência política, a essa não se resume.

A expressão *política pública* não é fácil de ser conceituada, não havendo uma definição unívoca sobre o assunto. De uma forma geral, o estudo das políticas públicas procura entender quais são os motivos que levam os administradores a tomar ou deixar de tomar uma decisão, o que os leva a fazer ou deixar de fazer⁶⁷ uma obra ou um investimento, ou seja, analisa quais são os parâmetros que influenciam as opções governamentais. Nesse sentido, a escolha feita por certo governo é o objeto de análise da política pública⁶⁸.

De uma maneira ampla, pode-se considerar política pública como o conjunto de atividades estatais que têm influência na vida dos cidadãos. Laswell, considerado um dos pais da política pública, que nos anos 30 do século passado já tratava do tema, em conhecida definição, argumenta que as políticas públicas importam em responder as indagações de “quem, quando e o que” deve ser realizado pelo Estado⁶⁹.

Outras definições enfatizam que a política pública serve para solucionar problemas sociais. Seguindo tal linha, a política pública transmite a ideia de uma medida (ou um conjunto delas) adotada pelo Estado com o fim de concretizar os direitos mais básicos dos

⁶⁶ PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. *In*: Ricardo Hermany (org). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 172-177.

⁶⁷ Não fazer nada diante de uma demanda social também é uma forma de política pública.

⁶⁸ SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In*: ARRETCHE, Marta; HOCHMAN, Gilberto; MARQUES, Eduardo. **Políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

⁶⁹ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *In*: **Sociologias**, nº 16, junho, 2006. p. 20-25. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 22 de junho de 2011.

cidadãos, efetivando, dessa forma, o próprio Estado Democrático de Direito⁷⁰. Constituem, pois, respostas do sistema político em face das demandas sociais, desempenhadas pelo Estado em prol da população, que têm como fim último dar concretude e garantia aos direitos fundamentais⁷¹.

De maneira didática e sucinta, Celina Souza resume política pública como “o campo do conhecimento que busca ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações”⁷². Ampliando-se essa conceituação, todas as formas de intervenção estatal podem ser classificadas como políticas públicas quer sejam para efetuar investimentos quer sejam para realizar funções meramente administrativas ou burocráticas.

Já Maria Paula Dallari Bucci, elabora um conceito jurídico para as políticas públicas⁷³. De acordo com a autora:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Mas não é apenas o Estado que determina quais serão as políticas públicas adotadas, outros segmentos como movimentos sociais e grupos de interesse também participam da formulação das políticas públicas. A intensidade da participação de cada segmento irá depender, no entanto, da influência política do grupo ou movimento ou do momento político vivido pelo Estado.

Para fins deste estudo e ante as conceituações supramencionadas, pode-se definir as políticas públicas como programas governamentais que tenham por fito concretizar os direitos sociais e que têm como parâmetros as normas e os princípios constitucionais.

⁷⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 51-53.

⁷¹ HERMANY, Ricardo; FRANTZ, Diogo. As políticas públicas na perspectiva do princípio da subsidiariedade: uma abordagem municipalista. In: Ricardo Hermany (org). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

⁷² SOUZA, Celina. **Políticas públicas: uma revisão de literatura**. In: Sociologias, nº 16, junho/dezembro, 2006. p. 26.

⁷³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38-39.

Uma última ressalva se mostra importante. É fundamental que se tenha um conhecimento real sobre a situação social e as demandas mais importantes para a população antes da elaboração da agenda que fixará as políticas públicas. Nesse sentido, uma visão imediatista, comumente, compromete o sucesso das políticas públicas.

2.2.2. Legitimidade e parâmetros de controle judicial de políticas públicas

Com o advento do neoconstitucionalismo novos paradigmas foram firmados, o que terminou por (re)organizar as estruturas estatais e os poderes constituídos. Nesse contexto, o poder judiciário ganhou novos contornos, sendo, desde então, uma de suas funções principais concretizar os direitos fundamentais⁷⁴.

Ante esse novo cenário, e, apesar das vozes destoantes, o poder judiciário tem, sim, legitimidade para realizar o controle de políticas públicas. Importa ressaltar, que esse "poder" de interferência se transforma em um "dever" de agir quando o poder executivo falha na implementação de uma política pública⁷⁵.

A tão debatida "judicialização da política" é um fenômeno de vieses complexos. Essa surge quando o Estado torna-se, mesmo que parcialmente, incapaz de efetivar o que dispõe a Constituição. Nesse contexto, pressionado por fatores contingenciais e conjunturais, o executivo se omite na concretização dos direitos fundamentais ou então os efetiva de forma deficitária e/ou desigual. Paralelamente a isso, o legislativo formula leis lacunosas e muitas vezes contrárias ao disposto na Constituição, o que cria uma insegurança jurídica que apenas pode ser regularizada através da atuação do judiciário⁷⁶.

Nesse panorama caótico – desenhado pela omissão do legislativo e ineficiência do executivo – é que nasce a judicialização da política. Dessa forma, ante a enorme demanda pela concretização de direitos – precipuamente os fundamentais – o judiciário acaba se convertendo em uma instituição "legislativamente" ativa. Ocorre que esse novo

⁷⁴ APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.p. 55-120.

⁷⁵ LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Parâmetros para controle judicial de políticas públicas. *In: Revista Baiana de Direito*, V. 6, Ativismo judicial. (No prelo)

⁷⁶ FARIA, José Eduardo. A crise do judiciário no Brasil. *In: LIMA JR, Jayme Benvenuto (Org.). Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: Gajop; Bagaço, 2005. p. 29-32.

posicionamento assumido pelo judiciário não pode – sob pena de desaguar em uma postura arbitrária – ocorrer de forma livre, sem delimitações pré-definidas⁷⁷.

Trazendo a discussão para o debate aqui proposto, este estudo não esmiuçar a judicialização da política – por outros também chamada de ativismo judicial – de forma ampla e abrangente, mas se restringirá a analisar a sua relação com políticas públicas, bem como os critérios que devam limitar a sua atuação. Com efeito, afirmar tão somente que a implementação de políticas públicas deve ser guiada pelos direitos fundamentais é muito vago, mostrando-se fundamental, portanto, estabelecer parâmetros objetivos para que o magistrado possa, no caso concreto, proferir uma decisão justa, sejam em ações coletivas, sejam em demandas individuais.

Vários doutrinadores já tentaram estabelecer critérios eficazes no controle de políticas públicas⁷⁸, mas, no entender deste estudo, os parâmetros delineados por Cláudio Pereira de Souza Neto foram os que mais se aproximaram do novo cenário trazido à tona com o neoconstitucionalismo⁷⁹. De acordo com o referido autor, os parâmetros de controle de políticas públicas subdividem-se em critérios materiais e critérios processuais.

São critérios materiais:

(a) **prioridade para a efetivação do mínimo existencial**: O citado critério deve ser interpretado à luz dos princípios da dignidade humana e da democracia participativa. Da união desses dois princípios conclui-se que o discurso democrático deve tentar minimizar a existência de indivíduos marginalizados, nesse contexto, a concretização dos direitos sociais é essencial para conciliar a redução das desigualdades fáticas à maior participação política;

(b) **a prioridade para os hipossuficientes**: Visa garantir que o Estado ampare inicialmente os direitos das camadas sociais mais pobres. Nesse sentido, não há óbice à criação de políticas públicas que visem contemplar a classe média ou a classe alta, mas essas apenas devem ser implementadas quando as classes mais pobres já tiverem plenamente amparadas por políticas públicas eficazes;

⁷⁷APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.p. 55-120.

⁷⁸ Podem-se citar, como exemplo, os critérios estabelecidos por Ana Paula de Barcellos no trabalho denominado *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e políticas públicas*.

⁷⁹SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

(c) **unidade dos direitos sociais**: Pretende-se que o magistrado, no caso concreto, leve em consideração o sistema de proteção constitucional como um todo e não, exclusivamente, o direito social em questão.

(d) **prioridade *prima facie* para a opção técnica apresentada pela administração pública**: Faz com o que o magistrado leve em consideração as políticas públicas institucionalizadas antes da lide. Dessa forma, apenas se houver prova da ineficiência da política pública – através de pareceres ou laudos técnicos – é que se poderá afastar a decisão administrativa e acolher a opção proposta pela parte autora ou pelo magistrado;

(e) **prioridade para a solução mais econômica dentre as eficazes**: Considerando-se a escassez de recursos, o magistrado deve optar pela solução menos onerosa para o Estado;

(f) **prioridade de controle judicial para áreas sociais com menor implementação de políticas públicas**: Cria uma relação inversamente proporcional entre o direito em questão e a existência de políticas públicas que o abranjam. Dessa forma, se já existem políticas públicas eficazes para determinado direito, mínima deve ser a interferência do judiciário. De outro giro, se certo direito não é satisfatoriamente contemplado por políticas públicas, maior deverá ser a atuação judicial.

São, ainda, critérios processuais:

(a) **prioridade para ações coletivas**: Apesar da maioria das ações que envolvem a judicialização de políticas públicas postularem o direito individualmente, as ações coletivas devem ser priorizadas por garantirem a universalização das prestações e por possibilitarem um cumprimento mais célere e menos dificultoso para o Estado;

(b) **o ônus da prova sobre ausência de recursos públicos como encargo da administração**: ante a impossibilidade de o acionante provar a existência ou inexistência de orçamento público, deve caber à administração pública – caso essa deseje se abster de prestar determinado serviço – comprovar seus gastos;

(c) **ampliação do diálogo entre os poderes constituídos e a sociedade civil**: a ampliação do diálogo – como não poderia deixar de ser diferente – se traduz em decisões judiciais construídas de forma participativa.

Apesar desses critérios não constituírem a única opção viável para o controle da judicialização de políticas públicas, acredita-se que, por constituírem parâmetros alinhados à

nova hermenêutica constitucional podem servir como importantes aliados na tentativa de minimizar a subjetividade das decisões e, ainda, conter possíveis arbítrios.

2.3. Concretização de direitos sociais: questão de eficácia constitucional ou de políticas públicas?

Conforme já restou aqui demonstrado, os direitos sociais prestacionais são os grandes protagonistas da problemática que gira em torno da "eficácia" dos direitos fundamentais, mormente quando esse direito é requerido judicialmente ou quando há um controle judicial das políticas públicas que o abarquem.

Muito se fala sobre a eficácia dos direitos sociais, como se essa não lhe fosse inerente. Na realidade, a eficácia – devido à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, à força normativa da Constituição e à desnecessidade de legislação integrativa – constitui uma característica própria dos direitos sociais. O que normalmente falta aos direitos sociais é, na verdade, concretude. Ou seja, apesar de possuírem eficácia, os direitos sociais não são concretizados, em virtude de um motivo determinante: a inexistência ou deficiência de políticas públicas que visem conferir contornos reais a tais direitos, ou seja, que tenham por escopo materializá-los.

De fato, para concretizar os direitos sociais prestacionais não basta a sua mera previsão normativa, ou a garantia imposta pela Constituição de que tais normas possuem eficácia. Isso porque apesar de ser facilmente posta no papel, a norma dificilmente é inscrita na realidade, uma vez que a legislação não consegue abarcar todas as implicações geradas por um direito positivado em um mundo complexo como o atual. É preciso, pois, que haja um plano de governo que regulamente e dirija os trabalhos, defina metas e competências e reserve o orçamento, o que terminará, conseqüentemente, por desembocar em um conjunto de atos voltados para a criação, execução e bom funcionamento de políticas públicas.

Por certo, é muito mais confortável e fácil aderir a discursos que afirmam categoricamente terem os direitos sociais prestacionais efetividade incondicionada, sem considerar *quem* e *por quais meios* irá garantir essa efetividade, ou seja, de que maneira tais direitos terão concretude.

Tal tipo de raciocínio, no entanto, ao invés de debater o *ser*, mantém-se preso às amarras do *dever ser*, ou seja, trata-se de um discurso jurídico idealizado que não leva em consideração os contornos impressos pela realidade. O fato é que, em regra, cabe ao executivo, através de políticas públicas concretizar os direitos sociais prestacionais. Afinal, decidir sobre o futuro é uma das funções do poder político. Dessa maneira, quando o judiciário avoca esse tipo de responsabilidade é evidente que estão ocorrendo distorções no modo como as atribuições estatais foram pactuadas.

Analisar a judicialização de políticas públicas que versem sobre direitos sociais prestacionais exige a delimitação de alguns conceitos básicos, tarefa essa que se tentou realizar neste capítulo. Certamente, a discussão meramente doutrinária sobre a judicialização de direitos sociais e o controle pelo judiciário de políticas públicas, termina desaguando em um voluntarismo que não condiz com um trabalho científico como o aqui proposto. Nesse sentido, mais eficaz do que discutir se os direitos sociais prestacionais são ou não concretizados pela via judiciária, é ver o que acontece na prática, ou seja, através de um casoconcreto analisar os desdobramentos gerados quando o judiciário é acionado para concretizar tais direitos.

Ante as fundamentações expostas no presente capítulo, restou inegável a interligação existente entre as premissas teóricas aqui debatidas, ou seja, a correlação entre direitos sociais prestacionais e políticas públicas. Apenas com esse norte já bem balizado seria possível especificar o direito social que servirá como parâmetro para o debate, qual seja, o direito à moradia e sua intrínseca relação com outro direito fundamental, a propriedade. É o que se fará nos próximos capítulos.

Capítulo III – Direito à moradia e direito de propriedade: interconexões

3.1. Direito à moradia

3.1.1. Histórico

3.1.1.1. Introdução

Ao decidir retratar a judicialização dos direitos sociais prestacionais e sua relação com as políticas públicas, essa pesquisa não o quis fazer de forma ampla – abarcando todos os direitos sociais – por considerar mais interessante restringir o debate em torno de um direito específico, que pudesse exemplificar os reais contornos da problemática.

Nesse contexto, o direito à moradia foi o escolhido. Tal inclinação, todavia, não se deu de maneira aleatória. Em um primeiro momento, o direito à moradia foi selecionado por constituir o cerne da análise do estudo de caso que será adiante exposto, e, em segundo plano, por sua importante conexão com outros direitos fundamentais⁸⁰.

Feita essa breve explanação, passar-se-á a fazer um resgate histórico do direito à moradia.

A abordagem histórica de um conceito, instituto jurídico ou norma prevista no ordenamento estatal não constitui tarefa comezinha. Na realidade, o aluno, tanto da graduação quanto da pós-graduação, não se encontra habituado a fazer uma pesquisa histórico profundo de um tema jurídico. Para ser mais objetivo, além da falta de habitualidade, falta ao graduando ou ao pós-graduando conhecimento da história como um todo, já que, atualmente,

⁸⁰ Afinal, uma moradia adequada alberga outros direitos, como a existência de saneamento básico, o fornecimento de água, a segurança jurídica da posse e o acesso à energia elétrica e outros serviços públicos.

percebe-se que a principal preocupação das universidades gira em torno da mera aplicação prática do direito, relegando a segundo plano os ensinamentos históricos, sociológicos e filosóficos⁸¹.

Mesmo que haja a boa intenção do pesquisador, se esse não possuir um bom conhecimento histórico, não é pertinente que faça um resgate muito remoto da história. Melhor fará se trazer o debate para uma época contemporânea, hipótese na qual a pesquisa provavelmente será mais aprofundada. Remeter a origem de institutos aos gregos e romanos e realizar uma análise superficial do objeto de estudo não constitui nenhum mérito, mas, pelo contrário, apenas empobrece e pesquisa⁸².

Nesse sentido, a fim de delimitar o objeto de estudo, a análise histórica do direito à moradia será realizada, no âmbito internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948; e, no âmbito nacional, a partir da Carta Política de 1988.

Antes de iniciar o estudo histórico do direito à moradia, no entanto, cabe, aqui, fazer uma pequena ressalva sobre a importância da linguagem tanto no procedimento de descrição histórica quanto no processo de conhecimento.

A linguagem não foi criada por um indivíduo isolado na compreensão de um mundo exterior. Na verdade, é dentro da própria linguagem que ocorre o conhecer e o mundo externo se apresenta. Há, com isso, uma íntima relação entre linguagem e conhecimento, já que a linguagem é o meio pelo qual há a construção do saber com os outros seres humanos. Nesse sentido, o mundo do ser humano é aquele que ele cria com os seus semelhantes, através da linguagem⁸³.

Para o senso comum, os conceitos traduzem exatamente a realidade, no entanto, como se sabe, toda elaboração conceitual carrega em si uma carga de subjetividade⁸⁴, que pode ser

⁸¹ OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito**. Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_-_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2010.

⁸² OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito**. Disponível em: <http://moodle.stoa.usp.br/file.php/467/OLIVEIRA_Luciano_-_Nao_fale_do_codigo_de_Hamurabi.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2010.

⁸³ MATURANA, Humberto R.A **árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana/ Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. Ilustração: Carolina Vial, Eduardo Osório, Francisco Olivares e Marcelo MaturanaMontañez. São Paulo: Palas Athenas, 2001. p. 220-232.

⁸⁴ OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos existem? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 33, fev/1997.

formada, por exemplo, por termos ambíguos, vagos ou simplesmente sem significado. Nessa direção, é possível afirmar que, em maior ou menor grau, toda linguagem traz em si uma bagagem metafórica⁸⁵. Diante desse cenário, para que a história não reste completamente impregnada pelos resquícios ideológicos daquele que a descreve, é preciso que haja, no nível semântico, uma nitidez conceitual; daí decorre, portanto, a importância da linguagem tanto para o estudo histórico como para a própria cognição daquele que o analisa.

Observa-se, pois, que o uso da linguagem não constitui tarefa banal, já que o pesquisador pode cair em tentação e querer utilizá-la para convencer o leitor de seus ideais políticos, sociológicos e culturais, tentação que pode ser potencializada na descrição histórica do objeto de estudo. Ante tais considerações, apesar de constituir tarefa dificultosa, essa pesquisa tentará, ao máximo, evitar esse uso viciado da linguagem.

3.1.1.2. Âmbito internacional

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948, foi o primeiro instrumento jurídico positivo a reconhecer, expressamente – na esfera internacional – o direito à moradia. O referido instrumento, ao elencar os direitos humanos trouxe em seu rol, de forma inédita, no âmbito internacional, a previsão expressa dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais foi inserido o direito à moradia⁸⁶.

Após a previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, o direito à moradia passou a ser reconhecido, expressamente, em vários documentos internacionais⁸⁷, podendo-se citar, em ordem cronológica⁸⁸: (a) o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,

⁸⁵ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 1-3.

⁸⁶ SAULE JÚNIOR, Nelson; RODRIGUEZ, Maria Helena. Direito à moradia. *In*: LIMA JR, Jayme Benvenuto; ZETERSTRÖM, Lena (Orgs). **Extrema pobreza no Brasil – a situação do direito à alimentação e moradia adequada**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 109-113.

⁸⁷ A terminologia dos tratados internacionais é muito imprecisa, fato que decorre da prática internacional não apresentar nenhuma uniformidade. No entanto, pode-se, através de um apanhado geral, elencar as principais denominações e as suas utilizações mais comuns. Nesse sentido, Celso Mello traz definições úteis e esclarecedoras, aqui serão citadas algumas, apenas a título de exemplo. O Tratado, por exemplo, é utilizado para acordos solenes; já a Convenção é o tratado que cria normas gerais; a Declaração, por sua vez, constitui um acordo que cria princípios jurídicos; enquanto que o Estatuto é empregado para os tratados coletivos. *In*: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p. 212-213.

⁸⁸ A lista com a relação de instrumentos normativos internacionais que versam sobre o direito à moradia esta disponível em: <<http://direitoamoradia.org/pt/conheca/direito-a-moradia/fundamentos-legais/#>>. Acesso em: 12

Sociais e Culturais, de 1966; (b) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1969; (c) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979; (d) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças, de 1989; (e) a Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

Percebe-se, pois, que diante da essencialidade do direito à moradia, tratados internacionais que versavam sobre os mais variados temas o mencionaram expressamente, afinal, tanto crianças quanto mulheres e trabalhadores não têm como manter uma vida digna sem uma habitação adequada.

Vale ressaltar, que enquanto os tratados de caráter universal, em sua maioria, previram o direito à moradia de forma ampla; no plano dos tratados de cunho regional, essa previsão foi mais receosa e cautelosa, tendo, ainda, alguns tratados regionais simplesmente suprimido a questão habitacional. E por que isso aconteceu? Ora, positivar normas de caráter universal, em termos ideais, que visem atingir todos os seres humanos, além de constituir uma bonita tarefa, não vem seguida da necessidade real de se concretizar tais normas. No entanto, quando essa normatização sai da seara internacional e passa a reger tratados regionais, é muito mais fácil que haja uma cobrança sobre a concretude de tais dispositivos.

A Convenção Européia dos Direitos Humanos, de 1950, por exemplo, não reconheceu expressamente o direito à moradia⁸⁹. Já a Carta Social Européia, apesar de não ter feito a menção expressa a um direito à moradia para todos os cidadãos europeus, fez referência à moradia no âmbito da proteção de trabalhadores estrangeiros e do direito da família à proteção social e legal.

Nesse mesmo contexto, a Carta da Comunidade Européia sobre Direitos Fundamentais Sociais, de 1989, fez referência ao direito à moradia apenas de passagem, ao mencionar a necessidade de medidas positivas que visassem integrar os portadores de deficiência, incluindo a moradia na lista de prioridades. No mesmo sentido da Carta Europeia, apesar de ainda não possuir força vinculante, pode-se citar, também, a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, que possui referência expressa aos direitos fundamentais sociais,

de dezembro de 2010. Apesar de a referida lista conter em torno de vinte tratados que versam, direta ou indiretamente, sobre o direito à moradia, foram selecionados somente os que o fazem de forma expressa, contendo, portanto, os termos “moradia” ou “habitação”.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n.º 8, ano 2, Belo Horizonte, out/dez 2008. p. 55-57.

prevendo o direito à assistência social, inclusive no que concerne a um auxílio para a habitação⁹⁰.

Nota-se, portanto, que, de um modo geral, os documentos internacionais de feição regional possuem uma tendência a excluir um irrestrito direito à moradia, apesar de mencioná-lo quando tal direito se relaciona com parcelas sociais historicamente excluídas como mulheres, crianças e refugiados.

Deixando um pouco de lado a análise de instrumentos com força normativa, cabe aqui ressaltar duas grandes conferências realizadas pela ONU que tiveram como objeto principal a discussão dos assentamentos humanos: (a) a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos – também conhecida como Habitat I – de 1976; e, (b) a Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos – denominada, de forma análoga, Habitat II – de 1996. Impende destacar, que enquanto em Vancouver o direito à moradia foi fixado como um direito humano; em Istambul, o direito fundamental à moradia foi previsto de forma detalhada como um direito progressivo, de responsabilidade dos Estados signatários.

Outro documento, também despido de força vinculativa, com grande repercussão no âmbito internacional e que previu o direito à moradia, foi a Agenda 21. Em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro, reuniu 175 (cento e setenta e cinco) países, 102 (cento e dois) chefes de Estado e Governo e tinha por fito discutir os emergentes problemas ambientais do planeta. O encontro representou o marco inicial das discussões governamentais internacionais sobre o meio ambiente⁹¹. Conhecida ainda como ECO-92 ou RIO-92, a conferência deu origem à Agenda 21, que dentre outros temas, previu que o acesso à habitação era essencial para o bem estar psicológico, físico e social do ser humano.

Por derradeiro, cabe ressaltar que no que concerne ao direito constitucional estrangeiro, a grande maioria das Constituições reconhecem expressamente o direito à moradia⁹², o que demonstra uma inclinação internacional aos pressupostos estabelecidos pela

⁹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n.º 8, ano 2, Belo Horizonte, out/dez 2008. p. 55-57.

⁹¹GADOTTI, Moacir. **Agenda 21 e a Carta da Terra**. Disponível em: <http://www.cartadaterra.com.br/pdf/Agenda21_CT2002.pdf>. Acesso em: 23 de abril de 2011.

⁹²Estudo realizado por Ingo Wolfgang Sarlet afirma que mais de 50 Constituições prevêem expressamente o direito fundamental à moradia. *In: SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a*

ONU. A mera previsão, todavia, como é sabido, não garante a concretização do direito em tela.

3.1.1.3. Âmbito nacional

No direito constitucional pátrio, a previsão expressa do direito à moradia foi fruto da Emenda Constitucional n.º 26 de 2000, que o incluiu no art. 6º da Carta Magna, no rol dos direitos fundamentais sociais expressamente positivados.

Não se pode concluir, contudo, que antes da referida emenda o ordenamento brasileiro positivado não previa um direito fundamental à moradia. Chegar a tal conclusão só seria possível através de uma hermenêutica literal e restritiva, que não considera o sistema jurídico como um todo e vai de encontro à teoria geral dos direitos fundamentais. Como se sabe, o constituinte brasileiro adotou um rol exemplificativo dos direitos fundamentais, ou seja, os direitos fundamentais podem ser encontrados fora do Título II da Constituição e até mesmo fora da própria Constituição, de forma que tais direitos estejam submetidos a um constante processo de expansão.

Nesse sentido, mesmo antes da previsão de forma expressa na Constituição, já era possível deduzir um direito implícito à moradia através de dois processos hermenêuticos: (a) como decorrência do princípio da dignidade humana, que para ser satisfeito reclama o cumprimento das necessidades básicas para uma vida digna; e, (b) tendo como base os tratados internacionais que previam o direito à moradia dos quais o Brasil era signatário.

Ademais, a Constituição de 1988, mesmo antes da Emenda Constitucional n.º 26 de 2000, já fazia menção expressa à moradia em outros dispositivos, podendo-se citar:

(a) o art. 7.º, inc. IV, segundo o qual o salário mínimo deve ser capaz de fornecer ao trabalhador, dentre outras necessidades, uma moradia;

(b) o art. 24, inc. IX, de acordo com o qual cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a promoção de programas de construção de moradias, bem como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

(c) o inc. XXIII do art. 5º, inc. III do art. 170 e § 2º do art. 182, que abordam a função social da propriedade;

(d) os arts. 183 e 191, que tratam, respectivamente, da usucapião especial urbana e rural.

Inegável, portanto, que mesmo antes da citada emenda já se era possível reconhecer, na esfera constitucional, mesmo que implicitamente, o direito à moradia. De toda forma, com a sua inclusão dentre os direitos fundamentais sociais a discussão quanto ao seu reconhecimento restou superada.

Apesar de ter sido tratado, até agora, somente no âmbito constitucional, o direito à moradia também é previsto e regulado infraconstitucionalmente. Como não podia ser diferente, este estudo irá analisar as principais legislações que versam sobre o direito à moradia; não se fará, no entanto, um estudo aprofundado sobre cada uma delas, mas apenas um apontamento de suas principais características.

Nesse sentido, a Lei Federal 6.766/1979⁹³ dispõe sobre a possibilidade de a administração pública realizar a regularização de loteamentos clandestinos, em prol dos posseiros de boa-fé. Trata-se de mecanismo legislativo que visa proteger e garantir a segurança da posse e o direito à moradia de residentes de conjuntos habitacionais instalados de forma irregular⁹⁴. A referida lei foi alterada pela Lei 9.785/1999, cujo principal benefício foi atribuir aos municípios a regularização e o parcelamento dos solos feitos em seu próprio território. Com isso, aumentou a responsabilidade dos municípios como entes redutores da desigualdade e da exclusão nas cidades.

À população que vive em cortiços⁹⁵ também é assegurado, através da Lei Federal n.º 8.245/93, a proteção do direito à moradia. A citada lei versa sobre as possibilidades conferidas ao poder público para (re)organizar e (re)formar os imóveis declarados como cortiços. O intuito da lei, na verdade, é garantir uma habitação segura e salubre às famílias que vivem forçosamente (graças à falta de recursos) em condições precárias. Nessa direção, os

⁹³ Apesar de ser anterior à Constituição de 1988, a citada lei ganhou novos contornos ao ser alterada pela Lei Federal n.º 9.788/1999, motivo pelo qual será aqui mencionada.

⁹⁴ LIMA JR, Jayme Benvenuto (Coordenador do Projeto Relatores Nacionais em DhESC). **Relatório brasileiro sobre direitos humanos e econômicos, sociais e culturais: meio ambiente, saúde moradia adequada e à terra urbana, educação, trabalho, alimentação, água, terra rural**. Recife: GAJOP, 2003. p. 164-166.

⁹⁵ Aluizio de Azevedo, escritor brasileiro pertencente à Escola Naturalista, publicou, em 1890, *O Cortiço*, obra marcada pelo determinismo (o homem como produto do meio) em que descreve o ambiente precário e insalubre no qual moravam os mais pobres e excluídos do Rio de Janeiro em fins do século XIX. Hoje, mais de cento e vinte anos após a publicação de *O Cortiço*, esse tipo de habitação ainda pode ser encontrado com frequência nos centros das grandes cidades, agrupando aqueles que não têm condições de arcar com outro tipo de moradia.

moradores dos cortiços, podem, por exemplo, exigir que o locador realize reformas a fim de melhorar as condições do imóvel.

Nenhuma legislação, no entanto, foi tão sistemática e completa como o Estatuto da Cidade. No início dos anos oitenta, o planejamento urbano (ou a sua inexistência) começou a ser severamente criticado e questionado pela sociedade⁹⁶. Nesse contexto, a pressão exercida pelos movimentos sociais foi determinante para que a Assembleia Nacional Constituinte acrescentasse à Constituição de 1988 um capítulo sobre política urbana. Tal capítulo, todavia, reclamava uma lei que o regulamentasse, destarte, após mais de doze anos em trâmite no Congresso Nacional, foi aprovada a lei federal n. 10.257/2001, que instituiu o denominado Estatuto da Cidade.

O referido Estatuto estabelece as diretrizes que devem nortear o uso, a ocupação e o desenvolvimento do solo urbano, visando, em última análise, (re)construir as cidades de forma sustentável, democrática e justa. Com o advento do referido Estatuto, não só a moradia, como também a propriedade e a cidade, adquiriram novos contornos, pautados precipuamente⁹⁷: (a) no direito à cidade e à cidadania; (b) na gestão democrática da cidade⁹⁸; e, (c) na função social da propriedade⁹⁹.

Ainda sobre o Estatuto da Cidade, podem-se elencar os principais institutos neste regulados que possuem ligação direta com a moradia, a saber:

(a) Usucapião Urbana Individual: o art. 9 prevê o mesmo que o art. 183 da Constituição Federal, reconhecendo a usucapião individual para aquele que possuir área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco ininterruptos e sem oposição;

(b) Usucapião Urbana Coletiva: o art. 10 inovou ao prever a usucapião urbana coletiva, que pode ser reconhecida quando áreas acima de duzentos e cinquenta metros quadrados forem ocupadas em regime de composses, por população de baixa renda, para fins de moradia, durante o prazo, ininterrupto e sem oposição, de cinco anos;

⁹⁶GOMES, Daniela. Do direito à cidade e da reforma urbana na perspectiva da funcionalização socioambiental da propriedade. *In*: Ricardo Hermany (org). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

⁹⁷ LIMA JR, Jayme Benvenuto (Coordenador do Projeto Relatores Nacionais em DhESC). **Relatório brasileiro sobre direitos humanos e econômicos, sociais e culturais: meio ambiente, saúde moradia adequada e à uterra urbana, educação, trabalho, alimentação, água, terra rural**. Recife: GAJOP, 2003. p. 164-166.

⁹⁸ Os principais dispositivos que visam efetivar a gestão democrática das cidades e que estão previstos no Estatuto da Cidade são: os conselhos de política urbana, o orçamento participativo, os estudos de impacto de vizinhança e as audiências públicas.

⁹⁹ Já dentre os dispositivos que visam concretizar a função social da propriedade, podem ser citados: o plano diretor, o parcelamento e edificação compulsórios, a criação de zonas especiais de interesse social (ZEIS), e o imposto sobre a propriedade imobiliária urbana progressivo no tempo (IPTU progressivo).

(c) Concessão Especial para Fins de Moradia: o direito especial de uso foi reconhecido nos termos do §1º do art. 183 da Constituição Federal. Na medida em que é vedada a aquisição de terras públicas através de usucapião, a concessão de direito especial de uso para fins de moradia é o instrumento hábil para a regularização fundiária de terras públicas informalmente ocupadas pela população de baixa renda. Ante a revolução prática que esse instituto propôs, a parte referente à Concessão foi totalmente vetada do Estatuto da Cidade, pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. Como o instituto havia ficado sem regulamentação, foi objeto da medida provisória n.º 2.220 de setembro de 2001, que garantiu o direito à concessão de uso especial, de forma individual ou coletiva, em área de até duzentos e cinquenta metros quadrados, localizada em área urbana.

Por fim, cabe fazer uma breve análise sobre as Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS. Tendo como fundamentos precípuos o direito à moradia e o princípio da função social da propriedade, as ZEIS foram pensadas e criadas para instituir regras de uso do solo em áreas ocupadas pela população de baixa renda, visando garantir a tais populações o direito à cidade¹⁰⁰. A expressão “Zona Especial de Interesse Social – ZEIS” apareceu pela primeira vez na Lei n.º 14.511/83 de Uso do Solo do Município do Recife, que em seu inc. II, art. 14, a definiu como:

Áreas caracterizadas como assentamentos habitacionais surgidos espontaneamente, existentes e consolidados, onde são estabelecidas normas urbanísticas especiais no interesse social de promover a sua regularização jurídica e a sua integração na estrutura urbana.

Atendo-se apenas ao exemplo recifense, no total, já foram reconhecidas como ZEIS 66 localidades que ocupam uma área relativa a 85% das favelas do Recife¹⁰¹. Nesse contexto, as ZEIS foram fundamentais para manter as comunidades faveladas nos locais em que já haviam se estabelecido afetiva, cultural e historicamente. É importante lembrar, ainda, que muitas dessas comunidades encontram-se localizadas em áreas nobres e valorizadas e que sem a proteção das ZEIS, os moradores provavelmente seriam captados pelo poder econômico.

Feito esse sucinto apanhado histórico, passar-se-á a analisar alguns dados estatísticos que possuem ligação direta no estudo do direito à moradia.

¹⁰⁰ **Guia para regulamentação e implementação de Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS em vazios urbanos.** Brasília: Ministério das Cidades, 2009. p. 18.

¹⁰¹ MIRANDA, Livia; MORAES, Demóstenes. **Ainda há lugar para o PREZEIS do Recife?** Disponível em: <http://www.ibdu.org.br/imagens/AindahalugarparaPREZEIS.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2010.

3.1.2. Dados estatísticos¹⁰² e pontos de convergência com outros direitos

Pode-se afirmar que o processo interno de migração brasileiro – realizado do campo em direção à cidade – não ocorreu de forma espontânea ou natural, mas constituiu uma expulsão forçada da população rural, que não teve como competir com a mecanização agrícola e com o latifúndio improdutivo. Hoje, de acordo com os dados do último censo realizado, no ano de 2010, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE – 84,4% da população brasileira reside em área urbana, o que abrange cerca de 160.925.792 (cento e sessenta milhões novecentas e vinte e cinco mil setecentas e noventa e duas) pessoas.

Ocorre que ao chegar à cidade, esse universo de pessoas – que foi repellido do campo – não encontrou um ambiente propício para, dentre outras necessidades, fornecer uma moradia adequada para sua família. Na verdade, a urbanização brasileira sempre foi, desde a sua origem, marcada pela exclusão. A fim de “higienizar”¹⁰³ os espaços urbanos tanto os que chegavam do campo quanto os excluídos que há tempos viviam nas cidades foram enxotados para as periferias. Essa massa humana passou, então, a criar comunidades sem a menor infraestrutura e a ocupar – no alto dos morros ou em áreas planas – as tão conhecidas favelas¹⁰⁴.

Nessa conjuntura, tanto as obras de saneamento básico como as obras estruturais e paisagísticas foram realizadas, prioritariamente, nos espaços centrais, com o intuito de

¹⁰² À época da pesquisa, março de 2011, o IBGE havia divulgado apenas a sinopse dos resultados do Censo 2010, motivo que impediu uma maior profundidade de análise de dados atualizados, uma vez que o censo anterior foi realizado há exatos 10 (dez) anos, ou seja, no ano 2000. Na busca por dados mais recentes, esta pesquisa encontrou, no sítio do IBGE, um *link* denominado "Brasil em síntese" que traz, dentre outros, dados sobre as condições gerais da habitação no Brasil referentes ao ano de 2007. Ante o exposto, este estudo irá utilizar os dados já disponibilizados pelo IBGE no censo de 2010, os dados fornecidos sobre a habitação no ano de 2007 e os dados do censo do ano 2000, todos disponíveis em: <<http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: 16 de março de 2011.

¹⁰³LIMA JR, Jayme Benvenuto (Coordenador do Projeto Relatores Nacionais em DhESC). **Relatório brasileiro sobre direitos humanos e econômicos, sociais e culturais: meio ambiente, saúde moradia adequada e à terra urbana, educação, trabalho, alimentação, água, terra rural**. Recife: GAJOP, 2003. p. 153-161.

¹⁰⁴ Apesar de ser uma palavra de uso corrente, poucos conhecem a origem do termo “favela”. O favela, mais conhecido como favela, é um arbusto típico do sertão nordestino, muito comum no Arraial de Canudos, sertão da Bahia – local no qual Antônio Conselheiro travou uma verdadeira batalha contra a República brasileira. As “favelas” do sertão, geralmente, desenvolviam-se em lugares mais elevados e em torno delas os seguidores de Conselheiro construíam suas casas, local que acabou por ser denominado como “morro de favelas”. Com o fim da guerra de Canudos, os soldados que combateram Antônio Conselheiro voltaram para o Rio de Janeiro e – como não tinham onde morar – construíam habitações nos morros, que passaram, assim como em Canudos, a serem qualificadas como favelas.

favorecer o mercado imobiliário em franca expansão. Foi nesse ambiente de acirrada especulação imobiliária, pois, que se desenvolveu a urbanização brasileira¹⁰⁵.

Hoje, como se sabe, as grandes construtoras – devido ao seu enorme poder político e econômico – decidem praticamente sozinhas o quê, quando e onde vão construir. Nessa direção, a administração pública é, na maioria das vezes, inerte, não impondo limites às construções, podendo-se citar como os principais pontos decorrentes desse descaso: (a) o excesso de construção de prédios em uma área já superpopulosa¹⁰⁶; (b) a verticalização desmedida das construções¹⁰⁷; e, (c) o desprezo pelas questões ambientais¹⁰⁸. Trata-se, na verdade, de um real processo de descaracterização do ambiente urbano¹⁰⁹.

Nessa esfera, a moradia, com os atributos a ela inerentes, é uma mercadoria cara, restrita e de difícil acesso. Indo um pouco além, indaga-se: até que ponto o direito à moradia encontra-se relacionado com o direito à cidade? Tal questionamento se mostra interessante, pois além de se (re)considerar a ausência de moradia, é necessário se (re)pensar o próprio direito à cidade¹¹⁰, com o intuito de desfazer a separação sócio espacial imposta pelo mercado.

Como sabido, a moradia não engloba apenas a unidade habitacional, mas abarca em seu conceito outros direitos. Nesse sentido, a Relatoria Nacional para o Direito à Moradia

¹⁰⁵ KOZEN, Lucas Pizzolatto. **A eficácia jurídica do direito fundamental à moradia**: uma análise da atuação dos tribunais brasileiros. In: Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência. v. 37. n. 119. p. 95-120. set. de 2010.

¹⁰⁶ O Espinheiro, por exemplo - bairro central da cidade do Recife - possui pequenas dimensões territoriais, mas elevada densidade populacional. Por ser considerado um bairro "nobre" é muito grande o número de prédios que são construídos na região, sem que haja qualquer planejamento ou controle por parte da Prefeitura. Ocorre que ao destruir uma casa que abrigava uma família e construir um prédio que irá abrigar quarenta, as construtoras criaram um bairro superpopuloso, com engarrafamentos monumentais diários, que repercutem no trânsito de toda a cidade.

¹⁰⁷ Em várias cidades brasileiras, à exemplo do município de João Pessoa, o legislativo municipal instituiu normas que regulam a verticalização excessiva e estabelecem um limite máximo para as construções, seja nas áreas costeiras seja no centro das cidades. Por outro lado, cidades como o Recife não controlaram essa verticalização, descuido que fez com que a cidade se tornasse um grande muro de concreto, que impede a circulação natural do ar.

¹⁰⁸ *Recife frio*, curta metragem do pernambucano Kleber Mendonça, retrata bem como a questão ambiental e, especificamente, a abordagem climática, influenciam diretamente no comportamento das pessoas e na relação que elas mantêm com a cidade e com a sua moradia. No filme, o Recife, cidade tipicamente quente, se torna repentinamente fria e essa mudança climática tem implicações em toda a sociedade. Em uma de suas passagens mais inusitadas, os apartamentos localizados na Avenida Boa Viagem, antes o metro quadrado mais caro do nordeste, se tornaram totalmente desvalorizados, uma vez que a praia passou a ser um dos lugares mais frios da cidade. Houve, com isso, uma mudança de valores, e a empregada que antes habitava o quarto mais quente e úmido do apartamento, foi obrigada a trocar de dormitório com o dono do apartamento, que antes dormia de frente para o mar. Apesar de ser uma obra fictícia, sua originalidade não é totalmente surreal. Disponível em: <http://www.portacurtas.com.br/pop_160.asp?Cod=9644&exib=5937>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

¹⁰⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 57-88.

¹¹⁰ Nesse sentido, o debate sobre o direito à moradia não deve levar em conta apenas a unidade habitacional concreta, mas seu entorno e o desenho urbanístico em geral.

Adequada da ONU elenca como componentes essenciais da moradia¹¹¹: (a) a segurança jurídica da posse, que visa evitar despejos forçados; (b) a disponibilidade de serviços básicos: podendo-se citar dentre esses o acesso à água potável, aos meios de transportes coletivos, à energia elétrica, aos serviços públicos próximos ou de fácil acesso e à coleta de lixo; (c) o custo acessível da moradia; (d) a habitabilidade, que constitui as condições físicas e salubres adequadas; (e) a acessibilidade, voltada para os portadores de deficiências físicas e mentais; (f) a localização, com o fácil acesso à locais de lazer e aos serviços públicos como postos de saúde e escolas; (g) a adequação cultural, devendo a moradia expressar a identidade e a diversidade cultural da comunidade em que se encontra inserida; e, (i) o respeito à privacidade.

Diante de tais variáveis, uma análise estatística sobre as condições habitacionais brasileiras se mostra não apenas interessante, mas também necessária, uma vez que irá ajudar a compreender se as moradias do país seguem os padrões estabelecidos pela ONU.

Dados do último censo informam que no que concerne à existência de banheiro, 55% das residências possuem rede de esgoto ou pluvial, 11,6% possuem fossa séptica, 30,3% possuem outro tipo de esgotamento sanitário, enquanto que 2,6% das habitações não possuem nenhum tipo de banheiro – o que corresponde, neste último caso, a 1.514.930 (um milhão quinhentos e quatorze mil novecentos e trinta) domicílios.

No que se refere ao fornecimento de energia elétrica, 97,8% dos domicílios captam energia que provém de distribuidora, 1% adquire energia através de outra fonte e 1,2% não possui energia – o que corresponde, de acordo com o último dado, a 728.512 (setecentos e vinte e oito mil quinhentos e doze) residências.

Dados coletados também no sítio do IBGE¹¹², mas referentes ao ano de 2007, informam que 83,3% dos domicílios brasileiros encontram-se ligados à rede geral de abastecimento de água, enquanto que 87,5% dos domicílios são atendidos pela coleta de lixo.

Quanto ao tipo de domicílio, essa mesma pesquisa, realizada em 2007, noticia que 88,8% são casas, 10,8% apartamentos e 0,4% constituem meros cômodos. Já quanto à condição da ocupação, 74% dos domicílios são próprios, 16,7% são alugados, 8,8% são cedidos e 0,5% é ocupado de uma outra forma.

¹¹¹ SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil. Relatório da missão conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho – violações, práticas positivas e recomendações ao governo brasileiro**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.p. 22.

¹¹² Dados coletados na Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio realizada pelo IBGE entre 2006 e 2007.

Ainda com relação à ocupação dos domicílios, o Censo 2010 concluiu que 85% das habitações encontram-se ocupadas, outras 14,8% estão desocupadas, enquanto que 0,2% das moradias são coletivas. Dos domicílios desocupados, 60,8% estão vagos, enquanto que 39,2% são utilizados ocasionalmente, como casas de praia e de campo.

Diante dos dados acima noticiados, percebe-se que ainda há muitas irregularidades a serem corrigidas para que a habitação brasileira ganhe os contornos necessários para se adequar às condições estabelecidas pela Relatoria da ONU.

De acordo com a própria ONU – segundo dados do Censo realizado no ano 2000¹¹³ – 6,6 milhões de famílias brasileiras não têm onde morar¹¹⁴, o que abrange um contingente de mais de 20 milhões de pessoas. Desse total de famílias, 5,3 milhões concentram-se em áreas urbanas, enquanto que 1,3 milhões estão na área rural. Pode-se afirmar, ainda, que as famílias com renda de até três salários mínimos correspondem a 84% do *déficit* habitacional¹¹⁵.

No que se refere à inadequação das moradias, mais de 10 milhões de domicílios são carentes de infraestrutura, sendo a região nordeste a mais afetada nesse sentido, já que 40% dos seus domicílios apresentam uma infraestrutura inadequada.

Impende ressaltar, que esses dados sobre o déficit habitacional e a inadequação das moradias foram colhidos há mais de dez anos e que hoje, após oito anos de governo Lula¹¹⁶, com a evidente redução da pobreza, provavelmente, as condições habitacionais melhoraram. Não se está aqui afirmando, todavia, que o governo Lula transformou as condições habitacionais, mas apenas que a diminuição da miséria traz como consequência direta a melhoria de vida da população, gerando reflexos, inclusive, nas condições habitacionais dos mais carentes.

¹¹³ Cabe aqui reiterar, que os dados colhidos em 2000, à época desta pesquisa, não haviam sido atualizados pelo Censo 2010, motivo pelo qual foram aqui usados.

¹¹⁴ Nesse contexto, vale salientar, que a inadequação de moradias não pode ser considerada parte do *déficit* habitacional, porque não diz respeito à construção de novas habitações, mas sim à necessidade de melhorias nas já existentes.

¹¹⁵ SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil. Relatório da missão conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho – violações, prática positivas e recomendações ao governo brasileiro**. São Paulo: Instituto pólis, 2005.p. 134-137.

¹¹⁶ Em 1º de janeiro de 2003, Lula inicia seu governo com alta carga simbólica, já que pela primeira vez na história um trabalhador de origem pobre é alçado ao cargo máximo do executivo brasileiro. Na esfera social, destaca-se pela transferência de renda para famílias mais pobres. Já no âmbito econômico, colheu sucessos expressivos com a redução da pobreza, o aumento real do salário mínimo e a extinção da famigerada dívida externa. In: BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBÓJM, Gustavo (Coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 42-43.

Por derradeiro, vale salientar que a Relatoria da ONU para a moradia, após analisar o sistema habitacional em várias cidades brasileiras – como Alcântara, São Paulo, Salvador, Recife, Fortaleza – concluiu que os principais obstáculos à concretização do direito à moradia no Brasil são¹¹⁷: (a) a fragmentação da política habitacional; (b) a mentalidade tecnocrática dos projetos habitacionais; (c) as tarifas elevadas de energia elétrica, água e gás para a população de baixa renda; (d) a prática reiterada de despejos forçados e a (má) atuação do poder judiciário no trato dos conflitos sociais.

Superar tais empecilhos se mostra não apenas urgente, mas também fundamental para que o Brasil, através da implementação de políticas públicas eficientes, possa caminhar rumo à concretização de um amplo direito à moradia, com todas as variáveis que lhe são inerentes.

3.2. Direito de propriedade¹¹⁸

3.2.1. Abordagem histórica

Como se sabe, o instituto da propriedade coexiste com a origem da própria civilização, suscitando, no entanto, inquietações até os dias atuais – de forma especial – nos civilistas, e – de uma maneira mais ampla – nos demais estudiosos do direito.

Antes de iniciar a análise histórica, todavia, importa salientar que assim como foi feito com o estudo histórico do direito à moradia, a análise histórica do direito de propriedade também será, aqui, temporalmente delimitada. Na esfera internacional, estudar-se-á a propriedade a partir do Estado Liberal; já na esfera nacional, a propriedade será analisada a partir das diversas Constituições brasileiras e dos Códigos Civis de 1916 e de 2002.

¹¹⁷SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil. Relatório da missão conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho – violações, prática positivas e recomendações ao governo brasileiro**. São Paulo: Instituto Pólis, 2005.p. 138.

¹¹⁸Tendo como referência as conclusões que iam sendo consolidadas ao longo do trabalho, percebeu-se que devido à sua íntima relação com o direito à moradia, o estudo do direito de propriedade pulsava de forma tão pungente que não se conseguiu ignorá-lo.

O Estado Liberal decorreu da ascensão burguesa e do conseqüente declínio do absolutismo monárquico. Durante a monarquia o poder real era considerado divino e inquestionável, estando todos os súditos a ele vinculado. À época, os burgueses eram os detentores da riqueza, mas continuavam sem o poder político. Ao contestar a ordem vigente, a burguesia pretendia ampliar os mercados, expandir o capitalismo e, precipuamente, desbancar o clero e a nobreza da tomada de decisões políticas. Essa combinação de fatores culminou na Revolução Francesa de 1789¹¹⁹, que teve a propriedade e a liberdade como suas principais bandeiras.

A classe burguesa, com a chancela dos ideais liberais, exaltava de maneira acentuada a liberdade e o individualismo, em uma demonstração de total repulsa ao *Ancien Régime*. Nesse contexto, a propriedade foi erigida à categoria de um direito sagrado, natural, absoluto, imprescritível e inviolável¹²⁰.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo, sacralizou e individualizou a propriedade, ao estabelecer, em seu art. 17, que essa "(...) sendo um direito inviolável e sagrado, ninguém pode dela ser privado, a não ser quando o exigir evidentemente a necessidade pública, legalmente acertada sob a condição de justa e prévia indenização". Importante ressaltar que, a despeito da postura anticlerical adotada pela revolução francesa, a propriedade foi adjetivada como sagrada, termo que não foi utilizado em nenhum outro direito explicitado na referida Declaração¹²¹.

Já o art. 2º da mesma Declaração dispõe: "Art. 2º O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Estes direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão". Percebe-se que a ideia de que o direito de propriedade decorre do direito natural coube perfeitamente na doutrina liberal, uma vez que serviu para justificar o caráter absoluto e individualista da propriedade.

¹¹⁹ O lema inspirador da revolução francesa *liberdade, igualdade e fraternidade* não foi capaz de inserir na sociedade a noção de solidariedade. Na verdade, a liberdade, a igualdade e a fraternidade eram acessíveis apenas para os detentores de propriedades e de bens. Nesse sentido, a noção de solidariedade apenas foi normatizada muito tempo depois, com a inclusão dos direitos fundamentais sociais, tendo como referências as Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919. Fazendo um contraponto teórico, é interessante notar que o Marxismo continha em si o germe da solidariedade. Marx não negou a fraternidade e a liberdade, apenas elevou a igualdade a um patamar superior, uma vez que pretendia alcançar a justiça social.

¹²⁰ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 1998.p. 13-16.

¹²¹ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *In*: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Organizadores). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p. 234.

O Estado liberal impôs a exclusão estatal do processo de desenvolvimento econômico. Nessa conjuntura, a atividade empresarial, as disposições contratuais e o mercado deviam ser amplamente livres, devendo ser regidos por uma "mão invisível". Ao Estado cabia apenas produzir normas garantidoras da ordem, de forma a assegurar os direitos individuais. Ocorre que, com o advento da sociedade de massas, os postulados liberais começaram a estremecer.

Nesse contexto, o surgimento do Estado de Bem Estar Social foi decisivo, pois, a fim de minimizar os efeitos perversos da economia de mercado sobre os mais necessitados, trouxe consigo a ideia de intervenção estatal. O *Welfare State* consagrava valores direcionados ao coletivo e não ao indivíduo, como forma de se atingir a igualdade e a justiça social. Nessa esteira, a Constituição de Weimar foi fundamental para consolidar os novos padrões que surgiam. Com relação à propriedade, pregava a sua humanização e democratização, que mais tarde culminaria no princípio da função social da propriedade.

Até no campo religioso, as mudanças eram visíveis, a Encíclica *Rerum Novarum*, firmada pelo *Papa Leão XIII*, por exemplo, apesar de defender a propriedade privada, em antagonismo com os ideais socialistas, afirmava que o Estado deveria vigiar para que a propriedade se difundisse entre a classe operária, como forma de obter uma distribuição mais justa da riqueza. Tratava-se, pois, de uma doutrina que visava garantir os direitos mínimos da classe trabalhadora, através do acesso à terra¹²².

Dessa forma, a partir desse momento histórico, a solidariedade começou a se consolidar, precipuamente na Europa Ocidental, como princípio e diretriz constitucional. Essa mudança paradigmática ocorreu quando a noção absoluta de propriedade passou a ser modulada pela ideia de finalidade da propriedade.

Mas essas alterações no sentido da propriedade não ocorreram apenas no direito alienígena; no direito pátrio, a noção de propriedade também foi alterada ao longo do tempo.

O Código Civil de 1916 foi amplamente influenciado pelo Código Napoleônico, tendo mantido, portanto, como princípios basilares a autonomia da vontade e a autorregulamentação do mercado. À época, prevalecia a estrutura latifundiária, o que fez com que se perpetuasse o caráter individualista e absolutista da propriedade. Apesar das ideias sociais já terem sido

¹²² CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?** São Paulo: Editora LTr, 2008. p. 58.

recepcionadas em outras codificações, não foram, graças, precipuamente à pressão exercida pela elite, observadas em nosso ordenamento, que se manteve fiel ao contexto liberal¹²³.

Em contraposição à essência liberal do Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002 foi concebido de acordo com os ideais do Estado de Bem Estar Social.

Com relação à propriedade, enquanto o Código Civil de 1916 a retratava como absoluta, perpétua, exclusiva e ilimitada, o Código Civil de 2002 dispõe, em seu § 1º, art. 1.228, que "o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com suas finalidades econômicas e sociais". Contudo, importa noticiar que apesar do avanço e das adaptações da legislação civil à nova sistemática constitucional, a propriedade, no Código Civil de 2002, ainda possui características essencialmente patrimoniais, podendo-se citar como exemplo o § 1º do art. 1210, que garante ao possuidor turbado ou esbulhado o direito de manter-se ou restituir-se por sua própria força, ou seja, concede ao possuidor o direito de utilizar-se da violência, caso seja necessário.

No tocante à previsão constitucional, interessante se mostra a evolução do direito de propriedade ao longo das várias Cartas Políticas. À medida que a Constituição de 1824 garantia irrestritamente o direito de propriedade, a Constituição de 1981 instituiu uma ressalva: a possibilidade de desapropriação. Já a Carta de 1934 foi a primeira a prever a função social da propriedade, norma que foi seguida por todos os demais textos constitucionais.

A Constituição de 1937, por sua vez, não trouxe nenhuma novidade significativa, enquanto que a Constituição de 1946 impôs que o uso da propriedade deveria ser condicionado ao bem estar social, podendo a lei promover a sua justa distribuição. Já a Constituição de 1967 erigiu a função social da propriedade à categoria de princípio.

Finalmente, a Carta Política de 1988 dispensou um tratamento especial à propriedade, prevendo que essa deve ser garantida a todos, atendendo sempre à sua função social. Carlos Ayres Britto preleciona que a Constituição atual foi mantenedora de *status quo* em relação à propriedade, privilegiando o caráter individualista em oposição ao solidarista¹²⁴. A crítica é bastante apropriada, uma vez que a estrutura fundiária existente no Brasil, em pleno século XXI, ainda é a do latifúndio. O ranço liberal na Carta é tão evidente que o constituinte, no

¹²³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 1998.p. 23-24.

¹²⁴ BRITTO, Carlos de Ayres. **Direito de propriedade** (o novo e o sempre velho perfil constitucional da propriedade). Revista de direito público, v. 22, n. 91, p. 44-51, jul/set 1989.

caput do art. 5º, equiparou a propriedade a valores como a vida, a liberdade, a igualdade e a segurança, sendo esse resquício liberal ainda mais presente na mentalidade dos juristas mais conservadores.

Apesar da crítica, importa destacar que o constituinte de 1988 reconheceu na propriedade uma tripla função: individual, social e ambiental. Tais funções não são excludentes, mas, pelo contrário, se complementam e devem ser harmonizadas a fim de se garantir os preceitos constitucionais.

3.2.2. O princípio da função social da propriedade

Através de uma trajetória ascendente, os princípios – antes considerados fontes subsidiárias do direito – passaram a ocupar o centro do sistema jurídico, com força irradiante por todo o ordenamento e influência direta na aplicação e interpretação das normas¹²⁵.

Pode-se afirmar que antes da Carta de 1988 os princípios eram vistos apenas como indicadores éticos, parâmetros a serem seguidos, com dimensão puramente axiológica, sem qualquer eficácia jurídica ou aplicabilidade imediata, ou seja, eram despídos de qualquer normatividade ou força vinculante. Hoje, é inegável a eficácia jurídica e a força normativa que é garantida aos princípios¹²⁶.

O princípio da função social da propriedade, portanto, é norma de caráter constitucional. Denota-se, ainda, que a função social da propriedade pode ser enquadrada no que os processualistas denominam cláusula geral. As cláusulas gerais constituem uma espécie de norma cuja hipótese fática é composta por termos vagos e o efeito jurídico é indeterminado. Trata-se de uma técnica legislativa que proporciona uma indeterminação proposital na estrutura da norma, utilizada com o fim de ampliar o poder criativo do juiz. Nesse sentido, as cláusulas gerais, das quais a função social da propriedade é um exemplo, servem para a realização da justiça no caso concreto¹²⁷.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 204-212.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível :<http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2011.

¹²⁷ DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *In: Advocatus*, ano 4, n. 6, março 2011, p. 22-24.

Ao garantir a propriedade como um direito fundamental e, ao mesmo tempo, exigir que essa cumpra sua função social, a Carta Política apresenta uma aparente antinomia. Essa contradição, todavia, apenas é notada se tais aspectos forem analisados isoladamente, uma vez que é possível conciliar as duas características, ressaltando, contudo, conforme preceitua a Constituição, o caráter solidarista.

A Carta atual retratou o princípio função social da propriedade em vários de seus dispositivos: (a) o inc. XXIII do art. 5º concedeu à propriedade a noção de função social; (b) o inc. II do art. 170, ao tratar da ordem econômica, reafirmou a função social da propriedade; (c) o § 1º do art. 182, ao versar sobre a política urbana, certificou que a propriedade urbana cumprirá sua função social quando estiver de acordo com o plano diretor; e, (d) o art. 186 retratou a função social da propriedade rural¹²⁸.

Em virtude do princípio da função social, o direito de propriedade perdeu definitivamente o seu caráter absoluto, já que passou a ser condicionado ao cumprimento de um parâmetro.

Por fim, cabe salientar que, o referido princípio manteve a essência capitalista, dando-lhe, todavia, uma roupagem mais humana. Se bem pensadas as coisas, o atendimento da função social da propriedade é fundamental para o próprio equilíbrio da ordem econômica, uma vez que bens improdutivos são contrários à sistemática de giro do capital, constituindo riqueza morta¹²⁹.

3.3. Relação entre direito à moradia e direito de propriedade: colisão de direitos fundamentais

Ao consagrar o direito de propriedade, a Constituição o vinculou à sua função social. Nesse contexto, a propriedade que antes era absoluta, passou a ser delimitada por critérios objetivos e pautada no parâmetro da solidariedade. Paralelamente a isso, o direito à moradia ingressou expressamente na sistemática constitucional como um direito fundamental social, indo, não raras vezes, frontalmente de encontro com o direito de propriedade, devido,

¹²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direitos reais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 159-165.

¹²⁹ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 1998. p. 56-60.

precipuaente, ao contraste evidente entre as correntes individualista e solidarista. Pode-se afirmar, pois, que o embate entre o direito de propriedade e o direito à moradia constitui, na verdade, uma típica colisão de direitos fundamentais.

Com o fito de elucidar o motivo da aparente antinomia entre algumas normas constitucionais, cabe, antes de analisar os aspectos da colisão entre os direitos fundamentais em questão, fazer uma ressalva sobre o processo de elaboração da Constituição de 1988 e das ideologias nela presentes.

A Emenda Constitucional n.º 26¹³⁰, de 27 de novembro de 1985, prescreveu que os membros do Senado Federal e da Câmara dos Deputados reunir-se-iam em Assembleia Nacional Constituinte. As contingências políticas e históricas fizeram com que fossem atribuídos poderes constituintes aos membros do Congresso Nacional, não havendo, pois, uma nítida separação entre poder constituinte e poder legislativo. Deixou-se de lado, no caso, o modelo clássico de formação da Assembleia, no qual a Constituinte é reunida para esse fim exclusivo, sendo extinta logo após o término dos seus trabalhos. Para ser mais preciso houve um Congresso Constituinte e não uma Assembleia Constituinte¹³¹.

Durante o processo de elaboração de suas Constituições, o executivo brasileiro costumeiramente enviava um projeto de Constituição que deveria servir de base ao Congresso Constituinte. Foi assim de 1891 à 1934. Seguindo essa tradição, José Sarney instalou uma comissão para elaboração de um projeto que foi presidida pelo jurista Afonso Arinos de Mello Franco. Apesar do bom trabalho desenvolvido pela "Comissão Arinos", o anteprojeto sofreu uma enorme resistência política, sendo encaminhado aos constituintes como mero subsídio, sem força vinculante, o que fez com que o Congresso praticamente o ignorasse¹³².

A ausência de um texto que servisse como guia dificultou a organização dos trabalhos constituintes, que se desenvolveram em três etapas: as Comissões Temáticas; a Comissão de Sistematização; e, o Plenário. Na fase de sistematização predominou o grupo mais

¹³⁰ Emenda Constitucional n.º 26 de 1985: "Art. 1º. Os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional. Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembleia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição de seu Presidente. Art. 3º. A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos membros da Assembleia Nacional Constituinte."

¹³¹ BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBÖJM, Gustavo (Coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 32-33.

¹³² JOBIM, Nelson de Azevedo. A Constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.8-12.

progressista do Partido do Movimento Democrático Brasileiro – PMDB, liderado por Mário Covas, que defendia uma forte presença do Estado na economia e a ampla proteção dos trabalhadores. No Plenário, essa corrente foi fortemente rechaçada pelas forças conservadoras e liberais que impuseram alterações à direita no texto final aprovado¹³³.

Pode-se afirmar que a Constituição de 1988 foi criada por correntes políticas distintas e muitas vezes opostas. Nesse sentido, é inegável que as forças políticas tradicionais de essência liberal tiveram um peso decisivo na aprovação da maioria dos dispositivos constitucionais. Não se pode refutar, contudo, a grande influência exercida pelos grupos sociais e pelos partidos políticos mais à esquerda, que deram um tom solidarista à Carta de 1988. A Constituição reflete, pois, a diversidade ideológica daqueles que a elaboraram, o que em última análise, é uma característica típica de qualquer Estado Democrático de Direito.

Os direitos fundamentais, como se sabe, constituem o cerne da Constituição, trata-se de dispositivos de alto valor ético, com força normativa, que servem como parâmetro para a interpretação das normas constitucionais, bem como das demais normas do ordenamento jurídico. Com efeito, a diversidade ideológica prevista na Constituição aliada à grande quantidade de direitos fundamentais nela previstos faz com que os direitos fundamentais comumente entrem rota de colisão. Isso não quer dizer, contudo, que haja uma contradição entre as normas constitucionais.

Essa colisão decorre da própria natureza principiológica dos direitos fundamentais. Ocorre que as normas constitucionais, mesmo que elevadas ao *status* de princípios, não são absolutas, sofrendo, portanto, limitações. O paradoxo é evidente: apesar de constituírem as normas mais importantes do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais podem ser restringidos, caso ameacem ou violem outros valores constitucionais. Nesse contexto, a exigência de que o direito de propriedade atenda a sua função social é um exemplo elucidativo, pois apesar de existir um direito fundamental à propriedade essa pode ser limitada se não cumprir a sua função social.

Na colisão de princípios, não pode haver declaração de invalidade de um dos princípios. Tendo como base as circunstâncias relevantes do caso, um princípio cede ante o outro, de forma que ambos continuem válidos no ordenamento jurídico, mas apenas um deles será aplicado no caso concreto.

¹³³BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBÖJM, Gustavo (Coordenadores). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 34-35.

Devido à enorme ligação entre o direito fundamental de propriedade e o direito fundamental à moradia, é comum que esses entrem em rota de colisão. O fato é que no caso concreto, um desses direitos irá preponderar, nesta hipótese a restrição da moradia ou da propriedade só será válida se, além do que preceituar a legislação específica, for seguido o princípio da proporcionalidade.

De acordo com o Tribunal Constitucional Alemão:

Esse princípio (da proporcionalidade), que é provido de dignidade constitucional, resulta da própria essência dos direitos fundamentais, que, como expressão da pretensão jurídica geral de liberdade do cidadão frente ao Estado, só podem ser limitados pelo poder público quando isso for imprescindível para a proteção de interesses públicos¹³⁴.

A aplicação do princípio da proporcionalidade, no que concerne à restrição ou limitação de direitos fundamentais – âmbito de análise que interessa a este estudo, já que a colisão de direitos fundamentais é uma colisão de princípios – pressupõe uma relação de meio e fim, na qual o fim é objeto que deve ser restrito e o meio é a própria decisão normativa limitadora. Nessa conjuntura, o princípio da proporcionalidade determina que a relação entre o meio utilizado e o fim que se pretende alcançar deve ser adequada, necessária e proporcional¹³⁵. Sendo mais específico, o princípio da proporcionalidade constitui o instrumento necessário para aferir a legitimidade das normas que limitam ou restringem direitos fundamentais.

Por *adequação* deve-se entender se o meio restritivo do direito fundamental permite que seja atingido o fim perseguido, ou seja, trata-se de verificar se o meio é apropriado, apto, útil para se atingir o fim. Para saber se houve adequação um questionamento é fundamental: o meio escolhido foi pertinente e adequado para atingir o fim desejado? Se a resposta for negativa, o poder judiciário pode determinar a anulação do ato, tendo como base o princípio da proporcionalidade.

Na proporcionalidade está inculcada, ainda, a noção de vedação de excesso. Nesse sentido, a *necessidade ou vedação de excesso* busca examinar se o meio escolhido é o menos restritivo, menos danoso, menos maléfico ao direito fundamental em questão. Para aferir a necessidade, pode-se perguntar: o meio escolhido foi o mais brando dentre as opções? Esse elemento da necessidade é apto, também, para evitar exageros na concretização de direitos

¹³⁴ SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad AdenauerStiftung, 2006. p.239.

¹³⁵ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p 35- 39.

sociais. Nesse ponto, a vedação de excesso impede, por exemplo, que, com base no direito à moradia, o Estado forneça um apartamento com vista para o mar a cada cidadão, afinal, a realização dos direitos fundamentais encontra-se condicionada, dentre outros motivos, à situação orçamentária do Estado¹³⁶.

Já a *proporcionalidade em sentido estrito* constitui a ponderação propriamente dita, de acordo com a qual os meios devem manter uma relação razoável com o fim¹³⁷. Exige-se, nesse aspecto, uma análise para apreciar se a medida trouxe mais vantagens ou desvantagens. A ponderação constitui uma técnica de decisão jurídica aplicável quando a subsunção não for suficiente, ou seja, trata-se de técnica usada nos casos mais difíceis¹³⁸. Essa insuficiência decorre da existência de normas de mesma hierarquia que necessitam de soluções variadas. É justamente o que acontece na colisão de direitos fundamentais constitucionais, já que nesse caso não se pode usar a especialidade, nem o critério cronológico, nem o hierárquico.

Na ponderação, o jurista, *a priori*, tenta harmonizar os direitos em colisão, através do princípio da concordância prática. Tal princípio, segundo o Tribunal Constitucional Alemão, determina que "nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitude, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas"¹³⁹. Caso não seja possível a conciliação dos interesses em jogo, passa-se ao sopesamento, no qual o jurista, diante de valores colidentes, deverá escolher qual deve ceder e qual deve preponderar.

Uma última ressalva sobre a ponderação. Apesar de ser a melhor técnica criada até hoje para solucionar o conflito entre direitos fundamentais, a ponderação não constitui um modelo perfeito. Embora atribua pesos a fatores determinantes no conflito, se mal usada, pode acabar legitimando voluntarismos. Há de se ter cuidado, portanto.

¹³⁶ MARLMESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 380-382.

¹³⁷ STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: DA SILVA, Virgílio Afonso (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40-41.

¹³⁸ Luís Roberto Barroso criou uma metáfora comparativa que explica de forma criativa a diferença entre subsunção e ponderação. Para o doutrinador, a subsunção é um quadro geométrico, com apenas três cores; já a ponderação é uma pintura moderna, com várias cores misturadas, mas com uma unidade estética. Barroso adverte que apesar da inovação da ponderação, quando essa é realizada de forma errônea pode ser tão ruim quanto algumas obras de arte moderna. In: BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334-338.

¹³⁹ SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Montevideo: Konrad AdenauerStiftung, 2006. p. 134.

Com efeito, apenas será possível a limitação a um direito fundamental se a medida limitadora for adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Ante o exposto, pode-se afirmar, preliminarmente, que: (a) devido às várias ideologias existentes à época da Constituinte, é comum a colisão de direitos constitucionais, especialmente os fundamentais; (b) a solução desses conflitos passa, geralmente, pela limitação parcial ou total de um dos direitos envolvidos; (c) o princípio da proporcionalidade é o instrumento utilizado para sopesar qual valor deve prevalecer e qual deve ceder.

Conforme já foi afirmado, frente à enorme variedade de colisões entre direitos fundamentais, este estudo irá tratar especificamente do embate entre o direito de propriedade e o direito à moradia. Para tanto, utilizar-se-á, a título de exemplo, um estudo organizado pelo Professor Joaquim Arruda Falcão, nos longínquos anos oitenta¹⁴⁰.

Na referida pesquisa, o Setor de Sociologia Jurídica de UFPE em parceria com a Fundação Joaquim Nabuco analisou nove casos de invasão de propriedade urbana por populações de baixa renda, ocorridos na região metropolitana do Recife, entre os anos de 1963 e 1980. O estudo, que tem como discussão principal a investigação da justiça social em face da justiça legal, utilizou como pano de fundo o conflito entre o direito de propriedade e o direito à moradia.

Importa destacar que à época em que o trabalho foi publicado, o sistema jurídico pátrio ainda era regido pelo Código Civil de 1916 e pela Constituição de 1967. Nessa conjuntura: (a) a Constituição não era dotada de força normativa, possuindo um caráter meramente simbólico; (b) o Código Civil ressaltava o caráter absoluto da propriedade; e, (c) a moradia não constituía um direito fundamental constitucional explícito. Ou seja, tudo confluía para que, diante do judiciário, a propriedade prevalecesse em face da moradia.

Além disso, cabe salientar, que apesar da pesquisa ter ocorrido há mais de trinta anos, os fatores que motivaram os conflitos são basicamente os mesmos que originam os conflitos hoje em dia: a pobreza daqueles que invadem propriedades alheias e a impossibilidade dos "invasores"¹⁴¹ arcarem com os elevados custos do aluguel. Nesse sentido, a pesquisa

¹⁴⁰ FALCÃO, Joaquim Arruda. **Justiça social e justiça legal**. Texto publicado na nona conferência nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, tese n.º 18, realizada em Florianópolis-SC, maio de 1982.

¹⁴¹ Joaquim Arruda Falcão utiliza o termo "invasores" de forma indiscriminada, mas não propositalmente pejorativa. Apesar deste estudo não concordar com a nomenclatura, por achar que essa contém uma carga depreciativa, o termo "invasores" será aqui utilizado para não fugir da temática proposta por Arruda Falcão.

comprovou que 77,4% dos invasores tinham renda mensal inferior a dois salários mínimos, e que 82% alegavam ter realizado a invasão devido à impossibilidade de pagar aluguel¹⁴².

Frise-se que os invasores não eram adversos à propriedade privada, mas pelo contrário, também queriam ter suas próprias propriedades. Ao serem questionados sobre o direito de propriedade, os moradores afirmaram que esse deveria subsistir, sem, todavia, se sobrepor ao direito à moradia. Alguns relatos são elucidativos nesse sentido: "as leis nunca disseram que os mais pobres têm que ter mocambo para viver, só diz que a terra tem proprietário e que ninguém pode tomar de ninguém ... e eu sem ter onde morar", "é errado ter terra aí aos montes e nós sem casa", "não vou dizer que tá certo invadir, mas a terra tava deserta ... se essa é uma necessidade de quem não tem casa própria acho que a gente fez um direito"¹⁴³. Percebe-se, portanto, que os invasores, mesmo sem qualquer conhecimento jurídico, davam prevalência ao direito à moradia em face do direito de propriedade.

Este estudo, por razões metodológicas, dentre os nove casos descritos pela pesquisa, irá colacionar os três conflitos que envolveram invasões de propriedades privadas. Não serão mencionados, portanto, as invasões às propriedades públicas. Os casos são os seguintes:

1º Caso – Invasão de propriedade privada, por cerca de trezentas famílias de baixa renda, no qual foi concedida ao proprietário a reintegração de posse. Para tanto, o juiz determinou que os invasores fossem expulsos por força policial.

2º Caso – Trezentas famílias invadiram propriedade privada e foram coagidas por força particular e policial. Sem êxito, o proprietário firmou contrato de locação e as famílias permaneceram na invasão.

3º Caso – Proprietário particular eleva a cobrança de uso do solo de seiscentas famílias que viviam em suas terras. O governo desapropriou a área e ingressou com ação contra o proprietário.

Através de uma análise sumária dos três casos, percebe-se que apesar de à época a propriedade possuir uma força normativa preponderante sobre a moradia (1º Caso), aquela não era imposta sem que houvesse diálogo entre as partes (2º Caso) e intervenção estatal na solução do conflito (3º Caso).

¹⁴²FALCÃO, Joaquim Arruda. **Justiça social e justiça legal**. Texto publicado na nona conferência nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, tese n.º 18, realizada em Florianópolis-SC, maio de 1982. p. 12.

¹⁴³ FALCÃO, Joaquim Arruda. **Justiça social e justiça legal**. Texto publicado na nona conferência nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, tese n.º 18, realizada em Florianópolis-SC, maio de 1982. p. 18-19.

É provável, que se tais casos acontecessem hoje, o direito à moradia se sobrepujasse ao direito à propriedade. Provável, mas não certo. As constantes expulsões de "invasores" através da truculência da polícia não permitem fazer tal afirmação. A ausência de assessoria jurídica aos mais pobres também. De qualquer modo, os casos aqui narrados permitem afirmar que o conflito entre moradia e propriedade, típico exemplo de colisão de direitos fundamentais, apesar de não ser novidade, hoje pode ser visto com outros olhos. Os olhos que enxergam através das lentes da força normativa da constituição, dos princípios da função social da propriedade e da posse e da preponderância da solidariedade em face do individualismo.

Capítulo IV – Estudo de caso: análise do Casarão ¹⁴⁴

4.1. Explicação introdutória

Antes de iniciar a análise do estudo de caso, cabe abrir um parêntese para explicar a origem do termo *Casarão*. Trata-se de imóvel localizado na (nobre) zona norte do Recife, que, por mais de dezessete anos, serviu de moradia para mais de vinte e três famílias, que, precariamente, dividiam o espaço. A nomenclatura *Casarão* foi utilizada por todos esses anos pelas próprias pessoas que o habitavam, expressão que mais tarde seria utilizada também pela mídia, ao noticiar a ação de reintegração de posse ajuizada em face dos moradores. Fato é que o termo *Casarão* se adequou perfeitamente por conseguir abarcar em uma única palavra a grande área construída, bem como a moradia de muitas famílias. Dessa forma, a denominação *Casarão* será utilizada para se referir ao caso aqui narrado.

4.2. O *Casarão* na versão dos autores: invasão, posse nova e necessidade de reintegração

Em 23 de junho de 2010, os senhores Ismar Schwartz, Fábio Schwartz e Luciana SchawartzJaroslavsky, doravante denominados "autores", propuseram, perante o magistrado plantonista da comarca do Recife¹⁴⁵, ação de reintegração de posse (que mais tarde seria distribuída para a 20ª vara cível da comarca do Recife, sob o n.º 0034467-08.2010.8.17.0001), com pedido liminar, referente ao imóvel situado na Rua Neto de Mendonça, n.º 88, Tamarineira, Recife, Pernambuco, em face de terceiros desconhecidos. Na oportunidade, foi

¹⁴⁴ As informações aqui relatadas constam nos autos do processo n.º 0034467-08.2010.8.17.0001, ajuizado no Tribunal de Justiça de Pernambuco, na comarca de Recife, cujo endereço eletrônico encontra-se disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/processos/consulta1grau/oleBuscaProcessosNumero.asp?nume=344670820108170001&txtCodigoSeguranca=25561&m=7>>.

¹⁴⁵ Destaca-se, que em virtude do recesso forense junino que teria início no próprio dia 23 de junho, a inicial foi proposta no serviço do plantão judiciário do Tribunal de Justiça de Pernambuco – TJPE.

noticiado que seria impossível promover a identificação dos réus – motivo pelo qual foi requerido que a citação fosse realizada através de edital.

Os autores, legítimos proprietários do imóvel, conforme escritura pública juntada aos autos, possuíam residência e domicílio na cidade do Rio de Janeiro¹⁴⁶, razão que fez com que tomassem conhecimento do esbulho apenas no dia 17 de junho de 2010 – quando o seu genitor, em visita ao Recife, se dirigiu ao mencionado imóvel e constatou a invasão – fato que o levou, no dia 22 de junho de 2010, a registrar uma *noticia criminis* em oposição ao esbulho.

De acordo com os autores, o aludido imóvel "foi invadido pelos réus, que arrombaram os cadeados dos portões em uma típica conduta de má-fé, mediante expressa oposição dos legítimos proprietários". Ainda segundo os autores, a sua posse havia sido esbulhada a menos de um ano e um dia, tratando-se, portanto de posse nova que preenchia todos os requisitos para ser reintegrada liminarmente. Por fim, requereram o auxílio das polícias militar e civil com o fito conter aqueles que se opusessem à reintegração.

No mesmo dia em que foi proposta a referida ação, o juiz plantonista, Alexandre Sena de Almeida, colheu o depoimento de duas testemunhas arroladas pelos autores¹⁴⁷, Helson Veloso Ramalho e João Henrique dos Santos, tendo ambas afirmado que: (a) o imóvel havia sido invadido naquele ano; (b) não conheciam os invasores; (c) antes da invasão o imóvel era murado, com portão e cadeado.

Em sua decisão, proferida no mesmo dia da propositura da ação, em um incomum exemplo de celeridade processual, o magistrado plantonista explicou que para que fosse concedida a liminar em ações possessórias não seria necessário que estivessem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* – esses, na verdade, requisitos fundamentais para a concessão da medida liminar de índole cautelar – mas sim, as condições constantes no art. 927 do Código Civil. Ou seja, para que, no presente caso, houvesse a reintegração de posse seria

¹⁴⁶ Noticiam os autores que, por motivos outros, passaram a residir na cidade do Rio de Janeiro, sempre retornando ao Recife para visitar parentes e administrar seus bens.

¹⁴⁷ A primeira testemunha, Helson Veloso Ramalho, afirmou "que é do seu conhecimento que o imóvel objeto do pedido foi invadido no presente ano; que não sabe informar o nome dos invasores; que é do seu conhecimento a existência de assaltos na proximidade do imóvel ocupado, motivo pelo qual tem evitado transitar naquela área; que é corretor de imóvel e conhece bem a área, o que lhe autoriza afirmar que realmente o imóvel foi invadido; que o imóvel é uma casa que estava murada e com corrente e cadeado no portão". A segunda testemunha, João Henrique dos Santos, por sua vez, noticiou "que sua esposa tem um salão de beleza na área; que é verdadeira a informação de que o imóvel descrito na petição inicial está invadido por terceiros desconhecidos; que o imóvel foi invadido este ano, não sabendo precisar a data; que é despachante e transita por aquela área; que não conhece os proprietários do imóvel; que o imóvel é murado tem cadeado e portão".

preciso que os autores comprovassem: (a) a sua posse; (b) o esbulho praticado pelo réu; (c) a data do esbulho; (d) a perda da posse na ação de reintegração¹⁴⁸.

Após analisar os autos, o magistrado decidiu determinar, liminarmente, a imediata desocupação do imóvel, inclusive com auxílio da força policial¹⁴⁹, ordenando, ainda, que se procedesse à citação e intimação, através de oficial de justiça, dos esbulhadores, para que esses contestassem o pedido sob pena de revelia.

4.3. A repercussão do caso e o Casarão na versão dos ocupantes do imóvel: usucapião coletiva urbana e posse velha

A decisão de reintegração de posse, com a conseqüente e imediata retirada das famílias que habitavam o casarão, reverberou nos três maiores jornais da cidade do Recife.

O jornal Folha de Pernambuco, de 1º de julho de 2010, relatou que, no dia 30 de junho, as vinte e três famílias que ocupavam o Casarão localizado na zona norte do Recife foram surpreendidas com a ordem de despejo¹⁵⁰. Segundo os moradores a abordagem ocorreu de forma truculenta, chegando alguns cômodos, inclusive, a terem as portas arrombadas por pessoas que não estavam fardadas. Josilene Maria da Silva, de 29 anos, que vivia no imóvel com o marido e os três filhos noticiou "Bateram na minha porta e disseram que era um despejo. Eu disse que meu marido não estava, mas me mandaram procurá-lo para desocupar a casa ou iriam quebrar tudo. Também arrombaram o cadeado e disseram que, se a gente não saísse, chamariam o batalhão de choque".

De acordo com o oficial de justiça Eudson Carlos, designado para cumprir a ordem de reintegração "Esse tipo de mandado permite o arrombamento, até porque foi presenciado por

¹⁴⁸ De acordo com o magistrado, caso tais condições, mesmo que através de cognição sumária, fossem demonstradas, caberia ao juiz deferir, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de reintegração.

¹⁴⁹ Eis o teor integral do dispositivo da sentença: "Defiro *inaudita altera pars* a liminar perseguida, no sentido de determinar imediatamente a desocupação do imóvel localizado à Rua Neto de Mendonça, n.º 88, Tamarineira, Recife, PE, de propriedade dos autores, devendo, para tanto, ser oficiado ao BPCHOQUE no sentido de apoiar o cumprimento desta decisão a ser realizada por oficial de justiça, desde logo, ficando determinado o cumprimento após às 18:00h, se necessário e em dia de domingos ou feriados, ressaltando que, em caso de desobediência, devem os invasores ser encaminhados à autoridade policial para os devidos fins, face ao que preceitua o art. 330 do CPC, devendo os bens dos invasores serem recolhidos ao depósito público desta Comarca, exceto se os esbulhadores, por si, procederem com a remoção."

¹⁵⁰ Folha de Pernambuco, Recife, 1º de julho de 2010, matéria de Priscilla Aguiar.

outras pessoas e não houve subtração de móveis". Nessa mesma matéria, a comerciante Valéria Maria de Almeida, de 45 anos, que residia no imóvel com a mãe e os filhos, relatou "Eu nunca pensei em passar por uma coisa dessas. Não tenho para onde ir. Se a gente tiver que sair, vou para debaixo da ponte com a minha mãe e os meus filhos".

O jornal Diário de Pernambuco, por sua vez, rememorou a história que unia os moradores e salientou que as dificuldades financeiras terminaram dando a tantas famílias diferentes um único endereço, além disso, o periódico noticiou o tumulto causado na tentativa de execução da decisão de reintegração de posse¹⁵¹. De acordo com o jornal, moradores relataram que seguranças particulares estavam utilizando meios violentos para coibi-los e pressioná-los e, ainda, que os advogados dos donos do imóvel chegaram a oferecer R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para que cada família se retirasse do imóvel¹⁵².

Nesse contexto, também publicaram matérias noticiando a tentativa de reintegração de posse tanto o Jornal do Comércio¹⁵³ quanto o site Pernambuco.com¹⁵⁴.

Mas a repercussão do caso não se restringiu à imprensa.

Em 06 de julho de 2010, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, através do presidente da comissão do idoso da OAB de Pernambuco, Petrucio Roberto Tobias Granja, encaminhou um ofício à 20ª vara cível da capital a fim de esclarecer alguns pontos obscuros e controversos sobre a questão debatida nos autos do processo n.º 0034467-08.2010.8.17.001¹⁵⁵. Inicialmente, no que se refere à citação e intimação dos réus, a OAB informou que, apesar dos autores e do próprio juiz plantonista terem tratados os moradores como "terceiros desconhecidos", na verdade esses deveriam ser denominados "invasores do imóvel", uma vez que todas as famílias que lá residiam eram conhecidas e identificadas¹⁵⁶,

¹⁵¹ Diário de Pernambuco, Recife, 1º de julho de 2010, Caderno Vida Urbana.

¹⁵² A tentativa de acordo financeiro, todavia, foi peremptoriamente negada pelos advogados dos autores.

¹⁵³ Jornal do Comércio, Recife, 1º de julho de 2010.

¹⁵⁴ Disponível em: <<http://www.pernambuco.com/ultimas/nota.asp?materia=20100630121824>>. Acesso em: 03 de junho de 2011.

¹⁵⁵ Cabe salientar, que presença da comissão do idoso da OAB no processo se justificou pelo fato de que entre os invasores haver uma idosa de 74 (setenta e quatro) anos, que há mais de 17 (dezessete) anos residia no imóvel.

¹⁵⁶ Os chefes das famílias são: Josilene Maria da Silva; Gustavo dos Santos; Marcelo Souza de Lima; Ana Souza de Lima, Rosa Cristina C. de Oliveira; Luciene Maria da Silva; Maria de Fátima da Silva; José Francisco da Silva Filho; Márcio José de Freitas; Maria José da Silva; José Agnaldo da Silva; Jessé Ribeiro Dantas; Alesssandra Santiago; Manoel Francisco da Silva; Maria José Martins da Silva; Roberto Severino da Silva; Maria do Amparo da Conceição; Luciana Galvão Albuquerque; Edvaldo José da Silva Henrique; Severino Otacílio da Silva; Elcio Gonçalves Ferreira.

noticiando, ainda, que a citação deveria ser realizada pessoalmente ou através de citação por hora certa¹⁵⁷.

Ocorre que, como já era esperado, o oficial de justiça responsável, Eudson Carlos, não efetuou a citação nem a intimação pessoal dos réus, tendo apenas concedido aos moradores um prazo de cinco dias para desocupar o imóvel. Ocorre que, passado esse prazo, a ordem de reintegração de posse não foi cumprida, sendo, de acordo com o oficial de justiça, determinante para tanto:

(a) A atitude agressiva dos invasores, que, se opondo à reintegração, passaram a agredir moralmente o oficial de justiça, agressões essas que poderiam ter se transformado em agressões físicas, não fosse a presença da força policial, que foi chamada às pressas com o intuito de conter os ânimos;

(b) A interferência dos vizinhos, em sua maioria advogados e estudantes de direito, em defesa dos invasores¹⁵⁸;

(c) A ordem emanada do Desembargador Presidente do TJPE, José Fernandes de Lemos, para que o oficial de justiça se abstinhasse de cumprir o mandado até o dia 05 de julho de 2010, uma vez que os ocupantes não haviam tido acesso aos autos do processo.

Sobre esses pontos suscitados pelo oficial de justiça, cabe, aqui, tecer duas considerações.

Primeiramente, no momento em que foram informados da decisão de reintegração de posse, os réus não haviam sido devidamente citados/intimados – motivo que lhes impossibilitou o exercício da ampla defesa e do contraditório. Apesar de existência de menores e idosos, o Ministério Público Estadual, bem como a Defensoria Pública do Estado também não haviam sido citados/intimados¹⁵⁹.

Em segundo lugar, percebe-se que a repercussão do caso noticiada pela mídia, a pressão exercida pelos vizinhos do Casarão, bem como a interferência da OAB na questão, terminaram, de forma interligada, por obstaculizar o cumprimento da decisão de reintegração de posse, fato que fez com que os réus pudessem se organizar melhor, constituir advogados e

¹⁵⁷ Importa destacar, que esta observação persistente para que fosse realizada a citação de cada réu se fundamentou na necessidade de se conferir a cada família o direito de exercer de forma irrestrita a ampla defesa e o contraditório.

¹⁵⁸ Indignados com a injustiça que estava sendo cometida, os moradores vizinhos ao Casarão deram ciência da situação à OAB e criaram uma comissão de negociação formada por mais de vinte advogados e estudantes de direito, bem como por outros universitários, que residiam próximo à área.

¹⁵⁹ Ou seja, os moradores encontravam-se totalmente desamparados tecnicamente.

preparar uma defesa. Não fosse essa ação conjunta (mídia, apoio popular e OAB), muito provavelmente, os ocupantes seriam obrigados a deixar o imóvel, sob forte coação policial.

Afinal, é raro que Presidentes de Tribunais liguem pessoalmente para um oficial de justiça atrasar determinada diligência, precipuamente se no polo oposto figurarem famílias miseráveis. O que ocorreu nesse caso foi uma confluência de fatores que se reverteu favoravelmente aos ocupantes do imóvel, já que lhes deu a chance de provar a ilegalidade da reintegração de posse, bem como a ilegitimidade dos autores para requerê-la.

Com efeito, criou-se uma Comissão Jurídica de Apoio aos Moradores do Casarão, que interpôs, no dia 06 de julho de 2010, perante o TJPE, Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, visando atacar a decisão interlocutória que concedeu a liminar de reintegração.

No agravo de instrumento, os agravantes (antes, réus), pleitearam a declaração de falta de interesse de agir dos agravados (antes, autores), uma vez que o imóvel em questão encontrava-se ocupado há mais de 17 (dezesete) anos, sem oposição, para fins de moradia, ou seja, tratava-se de posse velha e pacífica, hipótese que obstaculizava de uma só vez a existência de esbulho e a concessão de reintegração de posse.

Ademais, o recurso pugnou pela declaração de nulidade da liminar por dois motivos: (a) a incompetência absoluta do juiz plantonista para proferir a decisão, nos termos dos arts. 3º e 4º da Resolução n.º 267 de 18/08/2009 do TJPE; e, (b) devido à ausência de pronunciamento do representante do Ministério Público, tendo em vista o caráter de interesse público da lide¹⁶⁰.

Um ponto, apesar de parecer, inicialmente, desimportante, é fundamental para o deslinde da causa: em virtude do referido agravo ter sido feito às pressas, não foram juntadas as declarações de pobreza bem como as procurações dos agravantes, motivo pelo qual se pugnou pela concessão de um prazo de 05 (cinco) dias para a realização da diligência. Ocorre que passado o prazo para a juntada de tais documentos, nada foi feito.

Importa ressaltar, ainda, que o referido agravo suscitou tanto questões materiais quanto processuais importantes, que serão, resumidamente, relatadas a seguir:

O total de pessoas atingidas: O imóvel abrigava 23 (vinte e três) famílias, que abarcavam mais de 60 (sessenta) pessoas, dentre as quais se encontravam 14 (quatorze)

¹⁶⁰ Vale destacar, que o agravo de instrumento recebeu a numeração 218758-0, foi julgado na quinta Câmara Cível e teve como Relator o Desembargado Antônio Carlos Alves da Silva.

crianças, 3 (três) idosos e uma gestante, que residiam no imóvel há mais de 17 (dezesete) anos.

A irregularidade da citação e da intimação dos réus: Ao tentar cumprir o mandado, o oficial de justiça não trouxe consigo cópias da decisão e da inicial que deveriam ser entregues aos réus, motivo que, por si só, impossibilitou o real direito ao contraditório e à ampla defesa e terminou por causar a nulidade do processo.

A inconstitucionalidade da citação e intimação após as dezoito horas e em domingos e feriados: Levando-se em consideração que o imóvel em debate era utilizado para fins de moradia, sobre ele recaía a garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, motivo que tornou inconstitucional a decisão proferida pelo juiz plantonista, tendo em vista a possibilidade por ela conferida de que tanto a citação/intimação quanto a reintegração fossem realizadas após as 18 (dezoito) horas e até mesmo em domingos e feriados.

Os direitos fundamentais violados pela decisão: Ao decidir-se pela reintegração de posse através de medida liminar, alguns direitos fundamentais foram violados, como o direito à moradia (art. 6º); o direito de proteção especial às crianças e adolescentes (art. 227); o direito de proteção ao idoso (art. 230); o princípio basilar da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III).

O direito atingido por lesão grave e de difícil reparação: Levando-se em consideração os prováveis interesses imobiliários dos proprietários e, ainda, o alto valor de mercado do imóvel localizado em uma área nobre da cidade, seria muito presumível que após a desocupação do imóvel, as moradias lá existentes fossem destruídas, o que tornaria a medida liminar irreversível. Nesse sentido, caso fosse mantida a decisão atacada, os agravantes corriam o sério risco de ter seu direito atingido por lesão grave e de difícil reparação, razões que demonstravam a necessidade do agravo ser recebido por instrumento e não na forma retida, bem como de se declarar a nulidade da liminar que concedeu a reintegração de posse.

A incompetência absoluta do juiz plantonista para proferir a decisão liminar de reintegração de posse: A Resolução n.º 267 de 18 de agosto de 2009, disciplinou nos seus artigos 3º e 4º quais matérias compõem a competência dos juízes plantonistas no âmbito do Judiciário Pernambucano¹⁶¹. Ocorre que o caso em tela não se enquadrava em nenhuma das

¹⁶¹Art. 3º - A competência dos juízes plantonistas limita-se a processar, decidir e executar medidas e outras providências urgentes, fundadas no receio de dano irreparável ou de difícil reparação, as quais, em razão de

hipóteses previstas pela Resolução. Não se poderia falar de risco de grave prejuízo ou difícil reparação tendo em vista que se tratava de posse velha, exercia pelos agravantes há mais de 17 (dezesete) anos, motivo que levou os agravantes a requerer a declaração de nulidade da decisão agravada.

O interesse público envolvido na demanda: A lide em questão não se limitou a discutir interesses particulares referentes a direitos de posse. Tratou-se, na realidade, de nítido conflito fundiário que tocava pontos específicos como a exclusão social, a ocupação informal nas cidades, e o desrespeito ao direito fundamental à moradia. Graças a tais fatores, percebeu-se que a causa possuía uma conotação eminentemente pública, o que ensejava a devida representação do Ministério Público Estadual, enquanto fiscal da lei e protetor dos direitos fundamentais.

A ocorrência da usucapião urbana coletiva: Os agravantes exerceram a posse mansa, pacífica, justa e de boa-fé há mais de 17 (dezesete) anos, não estando essa viciada pela violência, precariedade ou clandestinidade. Nos moldes dos art. 183 da CF, do art. 9º da Lei 10.257/2001, bem como do art. 1.240 do CC, aquele que exerce a posse mansa e pacífica, por cinco anos, de imóvel urbano, com no máximo 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), para fins de moradia própria ou de sua família, adquire o seu domínio através da usucapião especial urbana. Além disso, o art. 10 da Lei 10.257/2001 faz alusão ao instituto jurídico da usucapião coletiva urbana, que prevê que em áreas urbanas, de mais de 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), ocupada por população de baixa renda, para fins de moradia, pelo período de cinco anos, de forma ininterrupta e sem oposição, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente. No caso aqui discutido, o que houve foi exatamente a usucapião coletiva urbana.

tempo exíguo, não tinham condições objetivas de serem interpostas no horário normal do expediente forense, ou baseadas em fatos ocorridos no período abrangido pelo plantão.

Art. 4º - O plantão judiciário, em primeiro e segundo grau de jurisdição, destina-se exclusivamente ao exame das seguintes matérias:

I – pedidos de habeas corpus e mandados de segurança em que figurar como coator a autoridade submetida à competência jurisdicional do magistrado plantonista;

II – comunicações de prisões em flagrante e à apreciação dos pedidos de concessão de liberdade provisória;

III – em caso de justificada urgência, de representação da autoridade policial ou do Ministério Público visando à decretação de prisão preventiva ou temporária;

IV – pedidos de busca e apreensão de pessoas, bens ou valores, desde que objetivamente comprovada a urgência;

V – medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizado no horário normal de expediente ou de caso em que da demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação;

VI – medidas urgentes, cíveis ou criminais, da competência dos Juizados Especiais a que se referem as Leis n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995, e 10.259 de 12 de julho de 2001, limitadas às hipóteses acima enumeradas.

As provas que os agravantes moravam no imóvel há anos e a má-fé dos agravados: Foram, por fim, anexados ao agravo documentos que comprovavam que os invasores habitavam o imóvel há anos. Interessante levantar, ainda, um último detalhe. Como sabido, apenas a posse nova fornece ao proprietário o direito ao procedimento especial, que garante, justamente, a possibilidade de liminar. Devido ao fato de a posse ser velha, incabível o processamento de Ação Reintegratória, o que comprova a litigância de má-fé dos agravados.

Em 09 de julho de 2010, a 5ª (quinta) Câmara Cível do TJPE, afirmou, através da decisão interlocutória proferida pelo Desembargador Relator, em breve síntese, que: (a) para que se conceda a reintegração de posse é necessário que o requerente comprove tanto a posse quanto o esbulho, não sendo suficiente, conforme feito pelos agravados, a mera demonstração da propriedade; (b) a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. Dessa forma, foi, conforme requerido pelos agravantes, concedido, através de liminar, efeito suspensivo à decisão que determinou a reintegração de posse.

4.4. Os desdobramentos do processo

Contra a decisão que concedeu efeito suspensivo à reintegração de posse, manejaram, os agravados, em 23 de julho de 2010, agravo regimental, com fundamento no art. 252 do Regimento Interno do TJPE¹⁶², requerendo a reconsideração da decisão liminar proferida em sede de agravo de instrumento ou, em caso negativo, o julgamento de mérito em sessão do referido Tribunal¹⁶³.

Como fundamento do agravo regimental, arguiu-se o descumprimento da decisão que conferiu um prazo de 05 (cinco) dias para a juntada das procurações e das declarações de pobreza, sustentando pela impossibilidade de posterior juntada de documentos em sede de agravo de instrumento. No mérito, aduziram haver provas suficientes da existência da posse anterior ao esbulho relatado nos autos.

¹⁶²Art. 252. Das decisões do Presidente do Tribunal, dos presidentes de seus órgãos fracionários, do Presidente do Conselho da Magistratura e dos relatores caberá agravo nos termos deste regimento, dentro de cinco dias a contar de sua ciência.

¹⁶³Cabe destacar, que o agravo regimental recebeu a numeração 0218758-0/02, foi julgado em 23 de novembro de 2010, na quinta Câmara Cível e teve como Relator o Desembargador Itabira de Brito Filho.

Em contraminuta, a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco – DPPE pugnou pela procedência do agravo de instrumento, já que a decisão do juiz singular incorreu em desacerto ao deferir a reintegração liminar da posse sem que houvesse prova da existência de posse prévia.

Em sua decisão, o Desembargador Relator afirmou que a prerrogativa recursal enseja a observância de uma série de requisitos e pressupostos que são fundamentais para determinar tanto o conhecimento quanto o julgamento do recurso, sem os quais a via recursal não poderia ser trilhada. Nesse sentido, o recurso de agravo de instrumento reclama a composição dos documentos que ingressarão na instância superior.

Ainda de acordo com o Relator, a parte agravante (inicialmente, ré) interpôs o agravo de instrumento por meio de advogado desprovido de poderes específicos para o manejo de tal peça processual, tendo em vista que o instrumento de mandato não lhe franqueava poderes recursais. Ademais, a parte agravante não havia juntado ao recurso as declarações de pobreza em tempo oportuno, não havendo, pois, como conceder aos agravantes o benefício da justiça gratuita.

O Relator destacou, também, que o recurso de agravo de instrumento possui uma natureza sumária e peculiar, e que qualquer defeito na formação do instrumento constitui um óbice intransponível ao conhecimento do mérito recursal. Dessa forma, anotou o Relator que a parte agravante não comprovou a regularidade de sua representação e, ainda, que não efetuou o preparo do recurso, o que acabou ensejando a existência de defeito insanável na via recursal. No mérito, afirmou que a parte autora detinham, sim, a posse mansa e pacífica antes do esbulho e que a medida liminar havia sido proferida com base em um juízo seguro de probabilidade, não sendo crível que o órgão revisional afastasse a convicção do juiz (lembre-se, plantonista) que acompanhou a produção de provas.

Ante o exposto, reconsiderou a decisão proferida no agravo de instrumento, negando-lhe seguimento. Com efeito, foram restabelecidos os efeitos da liminar que determinou a reintegração de posse.

Perante este novo cenário, manifestaram-se:

(a) A Defensoria Pública, informando que em nenhum momento havia sido intimada pessoalmente e, ainda, requerendo a oitiva dos residentes no imóvel invadido, bem como de seus vizinhos, o sobrestamento da ação de reintegração de posse – em face do pedido de usucapião e que fosse garantido às famílias o direito à moradia;

b. Pela primeira vez nos autos, o Ministério Público do Estado de Pernambuco – MPPE, através de suas Promotorias de Justiça de Defesa da Cidadania da Capital – Direitos Humanos Habitação e Urbanismo, requerendo: a imediata sustação do cumprimento da medida liminar de reintegração de posse; a designação de audiência com as partes e intervenção obrigatória do MPPE na função de *custos legis*; no caso de se efetivar o mandado de reintegração, o envio de um ofício ao Poder Público, para que esse assegurasse os direitos fundamentais dos moradores;

c. O Núcleo de Assessoria Jurídica Popular (NAJUP) – Direito nas Ruas, grupo de extensão em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), juntamente com o DAFESC – Diretório Acadêmico Fernando Santa Cruz, do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), manifestando-se contrário à reintegração.

Após as supracitadas manifestações, o processo retornou ao seu juiz originário, Paulo Roberto Alves da Silva, da 20ª vara cível da capital, que compulsando os autos, mais uma vez, provocou uma reviravolta no processo.

Em decisão proferida em 07 de dezembro de 2010, o referido magistrado explicou que, em sede de plantão judiciário, muitas vezes, não se percebe as nuances específicas que podem ser decisivas em um processo o que ensejaria uma análise mais apurada do caso. Seguindo esta linha de raciocínio, era fácil perceber a existência de provas robustas que demonstravam estar os demandados no imóvel há mais de 15 (quinze) anos; de outro giro, não havia provas da posse dos demandantes, mas apenas a prova da propriedade.

Nas palavras do próprio magistrado:

O poder judiciário não pode ou pelo menos não deve voltar-se como se as questões sociais estivessem à margem de suas decisões, muito pelo contrário, a análise de cada caso deve ter como fim o bem comum e a pacificação social, acima mesmo das questões meramente técnicas, quando houver possibilidade de que o Estado-Juiz, na busca de equilíbrio de suas decisões e do bom senso, com cautela procure executá-las.

No caso presente, tendo a liminar caráter provisório, o que permite a qualquer tempo a sua revogação, não há como ignorar as manifestações da Ordem dos Advogados do Brasil/PE, por sua Comissão do Idoso, da Defensoria Pública do Estado, das Organizações Sociais e do próprio Ministério Público e, ainda, quando do conflito de interesses encontram-se menores e idosos, sem falar de que há na contestação apresentada pelos demandados arguição de usucapião, além de constar petição de um dos possuidores requerendo a sua inclusão no polo passivo, bem como concessão de prazo para apresentar contestação.

Assim sendo, o juiz da 20ª Vara Cível da Capital determinou o sobrestamento da execução da liminar. Na mesma oportunidade, foi designado, para o dia 25 de janeiro de

2011, audiência, que terminou sendo, posteriormente, adiada para o dia 14 de março de 2011, onde seria possível se verificar melhor qual a real data da posse¹⁶⁴.

Com efeito, na data prevista para a audiência: (a) foram colhidos os depoimentos de moradores do Casarão, que confirmaram os termos da defesa; (b) a parte autora requereu a manutenção da liminar; (c) a defensoria pública requereu a revogação da liminar; (d) o Ministério Público afirmou que devido à total impossibilidade de posse nova, não havia que se cogitar uma liminar possessória.

Em decisão proferida no dia seguinte, 15 de março de 2011, o juiz da 20ª Vara Cível da Capital, por tudo que fora salientado, revogou a liminar concedida no plantão judiciário e manteve a posse do imóvel com os demandados, tornando prejudicado e sem efeito os mandados anteriormente expedidos.

4.5. Apreciação crítica do caso

Feita essa reconstrução do processo, tanto com as particularidades processuais quanto com as peculiaridades materiais chega o momento de tecer algumas considerações que vão além dos autos aqui examinados, mas com eles mantêm indissociável ligação.

Apesar de a última decisão judicial ter sido favorável aos moradores do Casarão, percebe-se que os réus trilharam um caminho tortuoso. Primeiramente uma decisão liminar de reintegração de posse, na qual não lhes foi dado o direito ao contraditório e à ampla defesa. Após um breve período em que tal decisão teve seus efeitos suspensos, por questões meramente processuais, os efeitos da liminar foram reestabelecidos. Não fosse a intervenção do Ministério público, da Defensoria Pública, da Comissão de Apoio composta por advogados e da ampla divulgação pela imprensa, muito provavelmente, as vinte e três famílias estariam, hoje, na rua.

Das ações possessórias, abarcando nesse conceito o entendimento que lhe é conferido pela jurisprudência, muitas vezes emanam teses contrárias ao respeito e à promoção dos

¹⁶⁴Inconformados com o sobrestamento da liminar, em 17 de dezembro de 2010, os autores apresentaram réplica à contestação, alegando a existência de vícios para a configuração de usucapião especial urbana, e, em 20 de dezembro de 2010, interpuseram agravo de instrumento em face da decisão que sobrestou o prosseguimento da liminar.

direitos fundamentais, precipuamente quando estão em questão interesses econômicos conexos à especulação imobiliária. Tais teses vão de encontro aos interesses daqueles que habitam áreas sem a correta regularização fundiária e, geralmente, confundem os institutos jurídicos da posse e da propriedade, bem como os tipos de ações que os regem¹⁶⁵.

Importante se torna, então, realizar essa devida distinção.

Enquanto a propriedade caracteriza-se pelo *dominium* e pela existência de um título de registro público do domínio; a posse constitui uma questão de fato que não se restringe ao mero uso, mas requer a observância da funcionalidade da terra, seja ela urbana ou rural. Já quanto às ações que tutelam os institutos, como sabido, enquanto a propriedade é tutelada pela ação reivindicatória, a tutela jurisdicional da posse se dá através das ações possessórias, das quais se pode citar a ação de reintegração de posse – no caso de esbulho – e o interdito proibitório – no caso de turbação.

Conforme se depreende do art. 927 do CPC, incumbe ao autor da ação de reintegração de posse provar o efetivo exercício da posse, a ocorrência do esbulho e quando esse se deu. O autor deve provar, portanto, que à época do esbulho, exercia a posse do imóvel em litígio. Nesse contexto, a função social da posse constitui elemento do seu próprio exercício.

O contemporâneo direito civil – atento ao que preceitua a Constituição Federal – reconhece a função social da posse, como instrumento fundamental para as satisfações das necessidades do homem. Com efeito, a posse não se reduz à uma perspectiva financeira, nem, muito menos, de poder, mas encontra-se umbilicalmente conexas às necessidades vitais do homem¹⁶⁶.

No caso aqui analisado, conforme já demonstrado, os autores apenas demonstraram a propriedade do imóvel, através de escritura pública de doação, o que é, por si só, insuficiente para que haja a reintegração de posse. Não houve, nesse sentido, prova da posse nem do esbulho. Conforme restou comprovado nos autos, os réus ocupavam o imóvel há mais de 15 (quinze) anos, sendo inverídicas as informações suscitadas pelos autores de que se tratava de posse nova (com menos de um ano e um dia).

¹⁶⁵ Esse tipo de raciocínio foi justamente o adotado tanto pelo juiz plantonista que concedeu a liminar de reintegração de posse quanto pelo desembargador que julgou o agravo regimental e restabeleceu os efeitos da liminar.

¹⁶⁶ TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.384.

Ademais, cabe afirmar que é, no mínimo, estranho que os réus tenham descoberto o suposto esbulho apenas às vésperas de um feriado forense, o que os obrigaria a propor a ação perante o plantão judiciário, *locus* em que a cognição se daria de forma muito mais superficial. Mais estranha ainda, foi a atitude do magistrado plantonista, que mesmo indo de encontro à Resolução do TJPE e sem possuir provas do esbulho e da data em que ele teria ocorrido, através de liminar, concedeu a reintegração de posse.

Infelizmente, os problemas narrados nos autos aqui analisados são comuns devido à irregular ocupação fundiária do espaço urbano, sendo agravados pela especulação imobiliária de imóveis vagos ou subutilizados. De acordo com Alfonsin, em definição que já se tornou clássica por seu caráter pluridimensional, a regularização fundiária pode ser conceituada como:

O processo de intervenção pública, sob os aspectos jurídico, físico e social, que objetiva legalizar a permanência de populações moradoras de áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei para fins de habitação, implicando acessoriamente melhorias no ambiente urbano do assentamento, no resgate da cidadania e da qualidade de vida da população beneficiária¹⁶⁷.

No que se refere ao aspecto jurídico, o processo de legalização dos assentamentos urbanos informais e irregulares pode-se dar através dos seguintes procedimentos¹⁶⁸: (a) da atribuição da propriedade ou da posse, por meio de alienação ou concessão, aos ocupantes que utilizam a área para a moradia individual ou familiar; (b) usucapião individual ou coletiva¹⁶⁹ de áreas privadas ocupadas ininterruptamente sem oposição desde que o posseiro não seja proprietário de outro imóvel.

No que tange ao aspecto social, por sua vez, a regularização fundiária visa garantir que as comunidades permaneçam nas áreas que habitam há tantos anos e que não virem alvo fácil da famigerada especulação imobiliária. Ademais, a regularização tem por fim legalizar as posses irregulares e reconstruir os espaços sociais geralmente marginalizados.

No Brasil, os centros urbanos foram tomados por assentamentos irregulares, ilegais ou clandestinos, que têm um ponto em comum: a (in)segurança jurídica da posse. Nesse contexto, aqueles que detêm a posse há vários anos, por não disporem de uma assessoria

¹⁶⁷ ALFONSIN, B. de M. “Regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade”. In: FERNANDES, E. (org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

¹⁶⁸ DIAS, Solange Gonçalves. **Regularização Fundiária em Zonas de Especial Interesse Social**. Revista Integração, abril/maio/junho de 2008, ano XIV, n.º 53, p. 143-149. Disponível em: <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/143_53.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2010.

¹⁶⁹ A usucapião especial coletiva constitui um moderno e eficiente instrumento jurídico de política pública, apto a promover a regularização fundiária de espaços ocupados de forma desordenada, cujo *Casarão* constitui um típico exemplo.

jurídica competente, muitas vezes acabam sendo despejados à força. Essa era exatamente a realidade dos moradores do Casarão, que, apesar de há muito já disporem dos requisitos para ingressar com uma ação de usucapião coletiva urbana, não o fizeram por falta de recursos financeiros.

Outro ponto que merece ser aqui abordado diz respeito à falta de citação dos réus, o que acabou obstando que esses exercessem o contraditório e a ampla defesa. De forma semelhante, inicialmente, não houve a citação nem do Ministério Público nem da Defensoria Pública, o que fez com que os réus ficassem à mercê da própria sorte. Diante da não comunicação aos réus do processo que corria à sua revelia, não lhes restou outra opção, senão resistir ao cumprimento do mandado de reintegração.

Ocorre que ao fazê-lo, os moradores exerceram o que Thoreau denominou, em famoso ensaio, de desobediência civil. Em uma de suas passagens, o pai do anarquismo se questiona¹⁷⁰ "Leis injustas existem: devemos contentar-nos em obedecer a elas ou esforçar-nos em corrigi-las, obedecer-lhes até triunfarmos ou transgredi-las desde logo?". Embalado pela perquirição de Thoreau, uma indagação floresce: se as vinte e três famílias obedecessem à ordem judicial de desocupar o Casarão estaria sendo feita a justiça? Sem adentrar no mérito do que seja ou não justo, parece que a posição tomada pelos moradores do Casarão foi a mais correta.

De fato, a obediência cega à uma ordem judicial diante de tão flagrante ilegitimidade (dos autores para figurarem no polo ativo), ilegalidade (da decisão de reintegração de posse, proferida por juiz incompetente e sem atendimento aos preceitos legais) e injustiça (uma vez que os réus exerceram a posse pacífica e de boa-fé por mais de quinze anos) faz com que se repense até que ponto o não cumprimento da decisão poderia ser maléfica à lide.

Frise-se, não se está aqui levantando indiscriminadamente a bandeira da desobediência civil. Apesar das deficiências do Estado, é fato que sem ele a sociedade viveria em um verdadeiro caos, sendo inegável, nesse estágio de desenvolvimento da humanidade, a necessidade das instituições estatais para a manutenção da ordem. Todavia, em uma situação na qual não há paridade de armas, cada parte tem que lutar do modo que seja possível.

Se de um lado, no entanto, não se cumpriu os preceitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil no que se refere à citação, do outro, houve um formalismo exacerbado com as

¹⁷⁰THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Porto Alegre: L&PM, 2011. p. 7-62.

normas processuais infraconstitucionais, o que pôde se verificado na postura adotada pelo desembargador, que ao julgar o agravo regimental, restabeleceu os efeitos da liminar.

Ocorre que por questões meramente processuais, quais sejam a juntada de instrumentos de procuração e de declarações de pobreza, por muito pouco, os moradores do *Casarão* – legítimos possuidores e aptos a requerer a usucapião especial coletiva – não viram o seu direito perecer.

Por óbvio o processo deve seguir um trâmite formal pré-estabelecido, todavia, esse formalismo pode ser flexibilizado quando se tornar um óbice à concretização de direitos fundamentais. Esse entendimento constitui a base de um direito processual contemporâneo, denominado *neoprocessualismo*, que nada mais é do que a aplicação do direito processual às premissas estabelecidas pelo neoconstitucionalismo¹⁷¹. De acordo com o *neoprocessualismo*, pois, as normas infraconstitucionais devem auxiliar na concretização dos dispositivos constitucionais, ampliando o diálogo entre processualistas e constitucionalistas.

Cabe, ainda, diante da necessidade de se analisar mais a fundo a questão, tecer algumas considerações sobre os aspectos sociais dos moradores do *Casarão*, o que será feito tendo como base relatório desenvolvido pelo Ministério Público de Pernambuco¹⁷².

Segundo relatos dos próprios moradores, a ocupação do imóvel ocorreu de forma paulatina, por pessoas que trabalhavam nas adjacências do *Casarão*. Nessa conjuntura, ao mesmo tempo em que estaria solucionada a questão da moradia, seria facilitado o acesso ao trabalho, e a serviços públicos básicos, como educação e saúde.

De fato, a Tamarineira, bairro nobre do Recife, oferece muitas oportunidades de emprego para as camadas mais pobres, que podem laborar em casas de família ou em estabelecimentos comerciais, afora tais possibilidades, é possível, ainda, exercer a função de ambulante no Parque da Jaqueira. Como sabido, tais atividades exigem um baixo custo de investimento, o que possibilita a permanência de famílias mais pobres nessas atividades.

Com efeito, caso essas famílias fossem retiradas do *Casarão*, não perderiam apenas a moradia, mas também seus empregos e trabalhos – levando-se em consideração o alto valor do transporte público – e o acesso a serviços públicos que um bairro nobre pode oferecer. Somente para se ter uma dimensão do problema, caso esses trabalhadores precisassem pagar

¹⁷¹Nesse contexto, alguns pontos são marcantes como a eficácia normativa de princípios processuais, o sistema de precedentes e as cláusulas gerais.

¹⁷²Relatório desenvolvido por profissionais de diversas áreas, incluindo assistentes sociais, nutricionistas e psicólogos.

duas passagens de ônibus do anel A, durante seis dias na semana, gastariam o equivalente a R\$ 104,00 (cento e quatro reais) por mês. Considerando-se que a renda média dos chefes das famílias que moram no Casarão gira em torno de R\$ 390,00 (trezentos e noventa reais), os custos com transportes atingiriam 27% (vinte e sete por cento) dos seus rendimentos¹⁷³.

Tais dados são ainda mais significativos quando se analisa o perfil dos chefes das famílias: 43% não haviam concluído o ensino fundamental; 17% não foram alfabetizados; 96% estavam trabalhando atualmente – desses 82% sem um vínculo formal de trabalho e 100% nas mediações do Casarão; 26% recebiam o Bolsa-Família e 61% não recebiam qualquer tipo de benefício social.

Da análise de tais informações, percebe-se que apesar da imprescindibilidade do direito material e processual para a solução do conflito, a avaliação dos aspectos sociais é fundamental para que se possa ir além de uma mera apreciação jurídica.

Por derradeiro, importa destacar que até a data de conclusão deste estudo, 15 de novembro de 2011, nenhum outro ato significativo havia sido realizado nos autos do processo n.º 0034467-08.2010.8.17.0001. Apesar de não ser possível relatar aqui o desfecho conclusivo da lide, o trabalho de pesquisa não restará prejudicado, uma vez que o que se buscou analisar com o referido processo foi justamente o conflito existente entre o direito à moradia e o direito de propriedade e as nuances que lhe são peculiares. Se se conseguiu demonstrar bem essa relação, o fim aqui almejado foi atingido.

¹⁷³ Apenas para efeito de comparação, um empregado formal gasta apenas 6% (seis por cento) de seu salário com transporte.

Conclusão

A conclusão de um trabalho científico, a depender da forma como é construída, pode assumir diferentes contornos: retomada do que foi analisado, mera finalização, corroboração das hipóteses previamente lançadas. De outro giro, pode-se surpreender com o caminho trilhado pela pesquisa, isso porque, muitas vezes, essa percorre uma linha inicialmente não prevista. Ou seja, apesar de o pesquisador planejar minuciosamente *o quê e como* irá estudar, os resultados da pesquisa podem guiá-lo para outro sentido, e isso, mais do que comum, é o que dá vida à pesquisa. É essa vontade (e necessidade) de se surpreender que move o pesquisador.

Primeiramente, cabe frisar a importância de se ter, prontamente, definido a metodologia que seria utilizada ao longo da pesquisa. Mais do que um norte, a metodologia fornece ao pesquisador os subsídios necessários para que esse não se perca em meio a tantas informações, para que não caia no (tentador) discurso da verdade indiscutível e para que o seu estudo não se torne um desabafo panfletário, mas seja "cientificamente" consistente.

Definida a metodologia, este estudo adentrou no processo de coleta de dados que foi, no mínimo, surpreendente, uma vez que nesse muitas ideias foram (des)construídas e (re)formuladas, o que terminou influenciando o desenho final da pesquisa. Ocorre que, devido ao fato de ter delimitado o objeto de estudo e de ter definido o estudo de caso previamente, acreditava-se que se poderiam definir, sem maiores percalços no caminho, as conclusões à que se chegaria. Essa "prepotência" intelectual, no entanto, ruiu quando foi realizada a pesquisa jurisprudencial. Isso se deu por vários motivos:

(a) Primeiramente, acreditou-se que ao realizar a busca no sítio dos Tribunais Superiores seria significativo o contingente de decisões abordando a relação entre o direito à moradia e as políticas públicas. Dessa forma, foi uma surpresa constatar que há pouquíssimas decisões que tratam da questão no âmbito do STF. Apesar do número expressivo de decisões no STJ, não havia decisões específicas sobre o direito à moradia. Dessa forma, tanto no STF quanto no STJ o direito à moradia era citado apenas de passagem, ou seja, tal direito não constituía o mérito da questão;

(b) Em um segundo momento, percebeu-se que, diante da ausência de decisões, não havia ações individuais nem mesmo coletivas fundamentadas no direito subjetivo à moradia. Tal constatação também foi surpreendente, pois como se acreditava que o direito à moradia era judicializado, pensava-se que esse o era, majoritariamente, através de ações coletivas e, minimamente, através de ações individuais;

(c) Da junção das duas assertivas acima se chegou a uma terceira: o direito à moradia possui uma judicialização diferenciada! A exclamação posta é, sim, necessária, pois antes da análise dos dados jurisprudenciais não se tinha noção de que os direitos sociais prestacionais poderiam ser judicializados de maneiras distintas a depender da sua estrutura particular e de suas peculiaridades.

Percebe-se, pois, que a pesquisa pode ser dividida em antes e depois da coleta de dados jurisprudenciais. Nesse sentido, apesar de a análise das decisões não ter fornecido dados concretos sobre a judicialização do direito à moradia e sua relação com as políticas públicas, essa foi essencial, pois permitiu que se constatasse o caráter diferenciado do direito à moradia em relação aos demais direitos sociais prestacionais.

Passada essa fase inicial de levantamento de dados, entendeu-se necessário construir uma base teórica sólida com o fito de analisar com mais propriedade o estudo de caso.

O primeiro tópico abordado foram os direitos sociais, podendo-se destacar dentre os assuntos pesquisados:

(a) O caráter não programático dos direitos sociais prestacionais. Isso, porque, as normas programáticas podem requerer uma integração legislativa para gerar seus efeitos, ou seja, são normas de baixa densidade normativa. Como visto, os direitos sociais prestacionais devem ser interpretados através da máxima aplicabilidade de suas normas e não reduzidos a simples promessas postergadas para um futuro incerto;

(b) O fato de os direitos sociais serem tanto autoaplicáveis quanto protegidos pelo manto das cláusulas pétreas;

(c) Os aspectos orçamentários tanto dos direitos de defesa quanto dos direitos sociais prestacionais. Antes, acreditava-se que a questão financeira influía, de forma significativa, apenas perante os direitos sociais prestacionais (que possuem um aspecto financeiro mais acentuado, é verdade).

Posteriormente, foram estudadas as políticas públicas em três pontos principais: surgimento, conceituação e parâmetros de controle judicial. Esse último tópico foi fundamental para o desenrolar da pesquisa. Apenas para rememorar, elencar-se-á os parâmetros que podem (devem) ser utilizados quando o judiciário for realizar o controle de políticas públicas: prioridade para os hipossuficientes, unidade dos direitos sociais, prioridade para a solução mais econômica, prioridade para áreas sociais com menor implementação de políticas públicas, prioridade para ações coletivas, ônus da prova sobre ausência de recursos públicos como ônus da administração, ampliação do diálogo entre os poderes constituídos e a sociedade.

Da análise integrada dos direitos sociais com as políticas públicas um questionamento se tornou pungente: seria a concretização dos direitos sociais questão de eficácia constitucional ou de políticas públicas? A resposta para tal indagação perpassa por uma interpretação sistemática da Carta Política, pela aplicabilidade imediata dos direitos sociais e pela força normativa da Constituição. A eficácia é própria dos direitos dos direitos sociais, o que normalmente lhes falta é concretude. Nesse sentido, apesar de possuírem eficácia os direitos sociais não são concretizados por um motivo determinante: a deficiência ou inexistência de políticas. Tal constatação foi fundamental para o presente estudo, uma vez que delimitou a competência de quem deve concretizar os direitos sociais, afinal, decidir sobre quais formas os direitos fundamentais ganharão contornos reais é uma tarefa do poder público.

Quando a pesquisa passou a analisar especificamente o direito à moradia e sua relação com o direito de propriedade o trabalho passou a conter dados estatísticos e se aproximou mais da realidade, ou seja, se afastou do campo meramente teórico. Não obstante reconstrução histórica de tais direitos, o que mais se destacou nesse ponto do trabalho foi a constatação de que a relação entre esses direitos termina culminando em uma típica colisão de direitos fundamentais. Esse choque entre direitos se deve, precipuamente:

- (a) Às diversas ideologias determinantes no processo de elaboração da Constituição de 1988, formada por correntes políticas distintas e, muitas vezes, opostas;
- (b) À própria natureza principiológica dos direitos fundamentais. Isso porque os princípios, como se sabe, não são absolutos, mas podem ser restringidos a depender do caso concreto. Dessa forma, não há invalidação de um princípio, mas um princípio termina cedendo diante de outro, de forma que ambos continuem válidos no ordenamento;

(c) A decisão de qual princípio incidirá no caso concreto deve ser realizada através da utilização do princípio da proporcionalidade.

Ainda no que se refere à relação entre o direito à moradia e o direito de propriedade, a pesquisa realizada, nos anos oitenta, pelo professor Joaquim Arruda Falcão, sobre casos de invasão de propriedade ocorridos na cidade do Recife, foi essencial para que se pudesse realizar uma comparação de como tais direitos eram judicializados antes da Carta de 1988.

À época do estudo, realizado pelo setor de Sociologia Jurídica da UFPE, o ordenamento jurídico era regido pelo Código Civil de 1916 e pela Constituição de 1967, ou seja, tudo confluía para que a propriedade se sobrepusesse à moradia. Apesar disso, nos três conflitos analisados, pôde-se constatar que a solução não era dada sem que houvesse um diálogo entre as partes e sem que o Estado interviesse. Além disso, não obstante a pesquisa ter sido realizada há mais de trinta anos, os fatores que motivavam os conflitos são, basicamente, os mesmos que motivam os conflitos hoje em dia: a impossibilidade dos mais carentes arcarem com aluguéis e a falta de políticas públicas voltadas para a questão habitacional.

Por derradeiro, o estudo de caso passou a ser o foco da pesquisa. A análise do Casarão e todos os atos que foram desenvolvidos ao longo do processo que julga o confronto entre os moradores e os proprietários foram destrinchados de forma minuciosa. Tratou-se de processo com várias variáveis, tanto processuais quanto materiais, podendo-se citar: a decisão liminar de reintegração de posse por juiz plantonista (leia-se incompetente para proferi-la); a falta de citação e intimação dos réus, que tiveram a sua defesa e contraditório prejudicados; a influência da mídia, dos movimentos sociais de direitos humanos e das instituições organizacionais, como a OAB, que acabaram realizando uma revolução no processo; a politização do caso, gerada pela pressão popular, que fez com que o presidente do tribunal ligasse pessoalmente para o oficial de justiça impedindo-o de promover a reintegração; a sobreposição de questões processuais em face de direitos fundamentais que, ao contrário do que prega o neoprocessualismo, quase culminou em uma decisão contrária aos moradores. Muitas foram as idas e vindas desse processo tão rico de detalhes, é verdade. Detalhes sem os quais a pesquisa ficaria mais pobre, pois é inegável que um caso concreto fornece subsídios que nenhuma teoria é capaz de suprir.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Direção: Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia da pesquisa em direito. Disponível em: <http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Bases_Metodologia_Pesquisa_em_Direito.pdf>. Acesso em: 09 de abril de 2011.

_____. Uma teoria (emancipatória) da legitimação para países subdesenvolvidos. *In: Anuário 5 da Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE*.

AGUIAR, Maria Madalena Salsa. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil: um estudo sobre a “judicialização” dos direitos sociais prestacionais**. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 2010.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Recife: Dissertação de mestrado, UFPE, 1998.

ALFONSIN, B. de M. “Regularização fundiária: justificação, impactos e sustentabilidade”. *In: FERNANDES, E. (org.). Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais no Estado democrático de direito**. *In: Nómadas, Revista crítica de ciências sociais e jurídicas*, n.º 15, 2007. Disponível em: < <http://www.ucm.es/info/nomadas/15/dcalmeida.pdf>>. Acesso em: 02 de junho de 2011.

ALVES-MAZZOTTI, Alda Judith; GEWANDSZNAJDER, Fernando. **O método nas ciências naturais e sociais. Pesquisa quantitativa e qualitativa**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2002.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

ATRIA, Fernando. **Existem direitos sociais?** Revista do Ministério Público. Edição 56. Disponível em: < <http://www.amprs.org.br/index.php/revista-digital/edicoes/54/edicao-56- revista-do-ministerio-publicoedicao-56> >. Acesso em: 05 de novembro de 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBÖJM, Gustavo (Coordenadores). Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Disponível : <

http://www.fempapr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf >. Acesso em: 12 de maio de 2011.

BRITTO, Carlos de Ayres. **Direito de propriedade** (o novo e o sempre velho perfil constitucional da propriedade). Revista de direito público, n. 91, v. 22, p. 44-51, jul/set 1989.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In: Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPONI, Gustavo. O falseacionismo como socratismo metodológico. *In: Princípios UFRN*, n. 7, v. 6, Natal, jan/dez 1999. Disponível em: <<http://www.principios.cchla.ufrn.br/07P-29-58.pdf>>. Acesso em: 12 de abril de 2010.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do direito do trabalho no Brasil: desregulação ou regulação anética do mercado?** São Paulo: Editora LTr, 2008.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *In: Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v25n8/20.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2011.

Diário de Pernambuco, Recife, 1º de julho de 2010, Caderno Vida Urbana.

DIAS, Solange Gonçalves. **Regularização Fundiária em Zonas de Especial Interesse Social**. Revista Integração, abril/maio/junho de 2008, ano XIV, n.º 53, p. 143-149. Disponível em: <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/143_53.pdf>. Acesso em: 10 de dezembro de 2010.

DIDIER JR, Fredie. Cláusulas gerais processuais. *In: Advocatus*, ano 4, n. 6, março 2011, p. 22-24.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. Bahia: Juspodium, 2011.

DIPPEL, Horst. **Constitucionalismo moderno. Introducción a una historia que necesita ser escrita**. História Constitucional. Revista Eletrônica. N. 6, set 2005. Acesso em: 15 de março de 2010. Disponível em: <http://hc.rediris.es/06/articulos/pdf/08.pdf>.

FALCÃO, Joaquim Arruda. **Justiça social e justiça legal**. Texto publicado na nona conferência nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, tese n.º 18, realizada em Florianópolis-SC, maio de 1982.

FARIA, José Eduardo. A crise do judiciário no Brasil. *In: LIMA JR, Jayme Benvenuto (Org.). Independência dos juízes: aspectos relevantes, casos e recomendações*. Recife: Gajop; Bagaço, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

Folha de Pernambuco, Recife, 1º de julho de 2010, matéria de Priscilla Aguiar.

GADOTTI, Moacir. **Agenda 21 e a Carta da Terra**. Disponível em: http://www.cartadaterra.com.br/pdf/Agenda21_CT2002.pdf. Acesso em: 23 de abril de 2011.

GALDINO, Flávio. **Introdução aos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. Saraiva: São Paulo, 1995.

GOMES, Daniela. Do direito à cidade e da reforma urbana na perspectiva da funcionalização socioambiental da propriedade. *In*: Ricardo Hermany (org). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

Guia para regulamentação e implementação de Zonas Especiais de Interesse Social – ZEIS em vazios urbanos. Brasília: Ministério das Cidades, 2009. p. 18.

HERMANY, Ricardo; FRANTZ, Diogo. As políticas públicas na perspectiva do princípio da subsidiariedade: uma abordagem municipalista. *In*: Ricardo Hermany (org). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

IBGE. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/>>. Acesso em: 16 de março de 2011.

JOBIM, Nelson de Azevedo. A Constituinte vista por dentro – Vicissitudes, superação e efetividade de uma história real. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.) **Quinze anos de Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

Jornal do Comércio, Recife, 1º de julho de 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KOZEN, Lucas Pizzolatto. **A eficácia jurídica do direito fundamental à moradia**: uma análise da atuação dos tribunais brasileiros. *In*: Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência. v. 37. n. 119. p. 95-120. set. de 2010.

LACERDA, Rosângela Rodrigues Dias de. Parâmetros para controle judicial de políticas públicas. *In*: **Revista Baiana de Direito**, V. 6, Ativismo judicial. No prelo

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto (Coordenador do Projeto Relatores Nacionais em DhESC). **Relatório brasileiro sobre direitos humanos e econômicos, sociais e culturais: meio ambiente, saúde moradia adequada e à terra urbana, educação, trabalho, alimentação, água, terra rural**. Recife: GAJOP, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais**: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de La sociedad**. México: Herder, 2007.

MAIA, Alexandre da. **Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas**: o problema do planejamento do futuro na história do direito pelo conceito de direito subjetivo. Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito. Organizadores: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco. São Paulo: Forense, 2009.

MARLMESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

MATURANA, Humberto R. **A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana/** Humberto R. Maturana e Francisco J. Varela. Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. Ilustração: Carolina Vial, Eduardo Osório, Francisco Olivares e Marcelo Maturana Montañez. São Paulo: Palas Athenas, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MIRANDA, Livia; MORAES, Demóstenes. **Ainda há lugar para o PREZEIS do Recife?** Disponível em: <http://www.ibdu.org.br/imagens/AindahalugarparaoPREZEIS.pdf>. Acesso em: 12 de dezembro de 2010.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/46225499/A-Face-Oculta-Dos-Direitos-Fundamentais-Os-Custos-Dos-Direitos> >. Acesso em: 03 de junho de 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Luciano. **Sua excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra legal, 2004.

_____. **O marco teórico não foi feito para humilhar ninguém! Meras notas para um futuro e improvável artigo**. Disponível em: <<http://quecazzo.blogspot.com/2011/01/marco-teorico-nao-foi-feito-para.html>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2011.

_____. Os direitos sociais e o judiciário. Reflexões a favor de um olhar sociológico. *In*: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de (Orgs.). **Direitos fundamentais em construção**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Os excluídos existem? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *In*: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 33, fev/1997.

PAULI, Jandir. As estratégias dos empreendedores da política na formulação da agenda em políticas públicas. *In*: Ricardo Hermany (org). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das ciências sociais**. Tradução: Estevão Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

Recife frio. Disponível em: < http://www.portacurtas.com.br/pop_160.asp?Cod=9644&exib=5937>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. O direito fundamental à moradia aos vinte anos da Constituição federal de 1988: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal. *In: Revista brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, n.º 8, ano 2, Belo Horizonte, out/dez 2008.

_____. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Vinte anos de constitucionalismo democrático – E agora?* Porto Alegre – Belo Horizonte, 2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf >. Acesso em: 12 de junho de 2011.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. *In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Organizadores). Os princípios da Constituição de 1988.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAULE JÚNIOR, Nelson; RODRIGUEZ, Maria Helena. Direito à moradia. *In: LIMA JR, Jayme Benvenuto; ZETERSTRÖM, Lena (Orgs). Extrema pobreza no Brasil – a situação do direito à alimentação e moradia adequada.* São Paulo: Loyola, 2002.

SAULE JÚNIOR, Nelson; CARDOSO, Patrícia de Menezes. **O direito à moradia no Brasil. Relatório da missão conjunta da Relatoria Nacional e da ONU 29 de maio a 12 de junho – violações, prática positivas e recomendações ao governo brasileiro.** São Paulo: Instituto pólis, 2005.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. *In: ARRETCHE, Marta; HOCHMAN, Gilberto; MARQUES, Eduardo. Políticas públicas no Brasil.* Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

_____. Políticas públicas: uma revisão de literatura. *In: Sociologias*, n.º 16, junho, 2006. p. 20-45. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf> >. Acesso em: 22 de junho de 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STAMFORD, Artur. **E por falar em teoria jurídica, onde anda a cientificidade do direito?** Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=415>. Acesso em: 24 de abril de 2010.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. *In: DA SILVA, Virgílio Afonso (Org.). Interpretação Constitucional.* São Paulo: Malheiros, 2007. p 35- 40.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão.** Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

THOREAU, Henry David. A desobediência civil. Porto Alegre: L&PM, 2011.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.384.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. São Paulo: Renoar, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direitos reais. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *In*: **Revista saúde pública**, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/2008nahead/6847.pdf>>. Acesso em: 05 de fevereiro de 2011.