

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - PROPPEC**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS**

**DIREITO À MORADIA: UMA ABORDAGEM QUANTO  
À RESERVA DO POSSÍVEL**

**JOSIANE HILBERT**  
**Itajaí (SC), junho de 2007**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**

**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA - PROPPEC**

**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS**

**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**

**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**

**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E ORGANIZAÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS**

**DIREITO À MORADIA: UMA ABORDAGEM QUANTO  
À RESERVA DO POSSÍVEL**

**JOSIANE HILBERT**

Dissertação submetida ao programa de  
mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI,  
como requisito parcial à obtenção do Título  
de Mestre em Ciência Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Marcos Leite Garcia**

**Itajaí (SC), junho de 2007**

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a meus pais Bruno e Zelma, que foram pacientes com a que a  
ausência para produzi-lo.

À Eunice, amiga que instigou a dedicação à pesquisa científica.

Se o sinhô num tá lembrado  
Dá licença de contar  
Que adionde agora está  
Esse edifício alto  
Era uma casa velha,  
Um palacete assobradado  
Foi ali, seu moço  
Que eu, Mato Grosso e o Joca  
Construímos nossa maloca  
Mas um dia, nós nem pode se alembrar  
Veio os home com as ferramenta  
Que o dono mandô derrubar  
Peguemo tudo as nossas coisas  
E fumo pro meio da rua  
Apreciar a demolição  
Que tristeza que nós sentia  
Cada tábua que caía  
Doía no coração  
Mato Grosso quis gritar  
Mas em cima eu falei:  
Os home tá com a razão  
Nós arranja outro lugar  
Só se conformemo  
Quando Joca falou  
Deus dá o frio conforme o cobertor  
E hoje nós pega a praia  
Na grama do jardim  
E pra esquecer nós cantemos assim  
Saudosa maloca, maloca querida,  
De onde nós passemos  
Dias felizes de nossa vida.

**(Saudosa Maloca – Adoniran Babosa)**

## AGRADECIMENTOS

Ao final do presente trabalho, olho para trás e vejo muitos partícipes desta obra. Todos de grande importância para mim; merecem a minha profunda e sincera gratidão.

Aos professores Mestre Rogério Zuel Gomes, querido e inestimável amigo e Doutor Paulo Márcio Cruz, pela confiança e apoio;

Ao meu professor orientador, Doutor Marcos Leite Garcia, por sua solicitude em sempre oferecer caminhos iluminados para esta ousadia;

Não posso esquecer-me de agradecer aos professores do Mestrado em Ciência Jurídica da Univali por suas parcelas de contribuição a este trabalho. Igualmente meus colegas de turma também adicionaram um tijolo nesta construção;

Ao pessoal da secretaria do CPCJ (Jaqueline Moretti Quintero e sua equipe), pela extrema atenção com os assuntos docentes.

Aos colegas de trabalho Celso José Strobel, José Carlos Carvalho Lucas, João Luiz Albiero e Oscar Fernando Boldt, gerentes da Caixa Econômica Federal em Joinville, pela tolerância com as ausências, mas apoiando o meu desenvolvimento acadêmico.

A Bárbara Maria Kursancew, amiga de longa data, que contribuiu com bibliografia estrangeira para a pesquisa.

À professora Silvana Pohl, pessoa dedicada ao desenvolvimento da cidadania em jovens estudantes da rede pública municipal da cidade de Joinville, agradeço a contribuição ao trabalho.

À Ivonete Teresinha Rosa, procuradora federal, pelas palavras de estímulo

Para o *stammtisch* das quinta-feirinhas do Jerke, devo pedir desculpas (além de agradecer o apoio). É que a pesquisa científica afastou-me do convívio semanal de décadas.

E, finalmente, um agradecimento todo especial ao meu primo e amigo Ezio Donald Angulski Filho por sua atenção à minha pesquisa (leia-se: a minha pessoa). Vali-me de seu tempo para a busca de bibliografia, algumas delas naquele momento urgentes, dado o desenvolvimento do trabalho. Em todas as ocasiões que necessitei, tive a sua dedicação, em todas as vezes que me angustiei, encontrei alívio.

A todos vocês, muito obrigada!

## **TERMO DE ISENÇÃO E RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica [CPCF-UNIVALI], a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), 14 de junho de 2007.

**Josiane Hilbert**

Mestranda

## **PÁGINA DE APROVAÇÃO**

Esta Dissertação foi julgada APTA para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí [CPCJ/UNIVALI].

Itajaí (SC), 14 de junho de 2007.

**Professor Doutor Marcos Leite Garcia**

Orientador e Presidente da Banca

**Professor Doutor Paulo Márcio Cruz**

Coordenação da Dissertação

**Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:**

**Professor Doutor Marcos Leite Garcia**

Orientador e Presidente da Banca

**Professor Doutor Rogério Galvão**

Membro Titular da Banca

**Professora Doutora Maria da Graça dos Santos Dias**

Membro Titular da Banca

## **ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ARENA	Aliança Renovadora Nacional
BNH	Banco Nacional de Habitação
CC/1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CC/2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CEF	Caixa Econômica Federal
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EC	Emenda Constitucional
FASE	Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional
FCVS	Fundo de Compensação das Variáveis Salariais
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
GTR/SFH	Grupo de Trabalho de Reformulação do Sistema Brasileiro de Habitação
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
MBES	Ministério da Habitação e do Bem-Estar.
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
MDU	Ministério de Desenvolvimento Urbano
MGH	Ministério de Habitação, Urbanização e Meio Ambiente
OGU	Orçamento Geral da União
PAR	Programa de Arrendamento Residencial
PDS	Partido Democrático Brasileiro
PDT	Partido Democrático Trabalhista
PIB	Produto Interno Bruto
PLANHAP	Plano Nacional de Habitação Popular
PMDB	Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PNDA	Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios

PROFILUB	Programa de Lotes Urbanizados
PROMORAR	Programa de Erradicação de Submoradias
SEPURB	Secretária de Política Urbana
SFH	Sistema Financeiro de Habitação
USP	Universidade de São Paulo

# SUMÁRIO

1	Introdução .....	13
2	Moradia e Direitos Humanos.....	17
2.1	Conceitos de Moradia e Habitação .....	17
2.2	Retrospectiva Habitacional .....	19
2.2.1	O Poder Social e o Espaço da Moradia .....	20
2.2.2	O Déficit Habitacional no Brasil.....	22
2.3	O Surgimento dos Direitos e a Moradia como Direito Humano.....	35
2.3.1	Os Sinais dos Direitos Fundamentais da Sociedade na Passagem para a Modernidade .....	42
2.3.2	A Mudança no Poder Absoluto: o Surgimento do Estado .....	44
2.3.3	A Troca de Mentalidade.....	46
2.3.4	Os Traços da Cultura: A Secularização, o Naturalismo, o Racionalismo e o Individualismo .....	48
2.3.5	A Nova Ciência .....	51
2.3.6	O Novo Direito .....	51
2.4	Origens do Consenso sobre os Direitos Fundamentais.....	53
2.5	As Gerações, as Linhas de Evolução Histórica e as Declarações.....	57
2.5.1	Direitos e Declarações Envolvendo Direitos Humanos.....	60
3	Moradia e Direitos Sociais.....	69
3.1	Os Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras.....	71
3.2	Relações entre Direitos Sociais, Econômicos e Políticos .....	75
3.2.1	Canotilho, a Metodologia <i>Fuzzy</i> e os Camaleões Normativos .....	81
3.3	A Eficácia e a Atuação do Juiz Quanto aos Direitos Sociais.....	83
3.4	A Atuação do Juiz Quanto aos Direitos Sociais .....	84
3.5	A Moradia como Direito Social.....	88
4	Escassez e Reserva do Possível .....	100
4.1	Estado e Escassez em Peces-Barba e Alexy .....	102
4.2	Mínimo Existencial, os Mínimos Sociais e o Judiciário .....	107
4.3	Reserva do Possível e Orçamento.....	113
5	Estado Contemporâneo e Políticas Públicas .....	117
5.1	A Ênfase na Escassez .....	117
5.2	As Políticas Públicas.....	125
6	Considerações Finais.....	130
7	Referências das Fontes Citadas .....	135

## RESUMO

Esta dissertação de mestrado foi concebida sob a perspectiva de análise, na literatura, das possibilidades e empecilhos de concretização do direito à moradia para os cidadãos brasileiros mediante a abordagem dos custos da chamada reserva do possível. Na introdução foram apresentados alguns dados que sintetizam os déficits da moradia no Brasil e as perspectivas de financiamento da habitação para a população de baixa renda. Situa-se o déficit no centro das discussões dos direitos fundamentais e sociais e se questiona até que ponto, mediante a reserva do possível, o juiz ou o Poder Público efetiva direitos, como o da moradia, se não existirem meios materiais. No segundo capítulo, sobre moradia e direitos humanos, apresentam-se diferentes conceitos de moradia e habitação, realiza-se breve retrospectiva habitacional no Brasil e se situa a moradia como direito humano. No terceiro capítulo, sobre moradia e direitos sociais, revisam-se os direitos sociais nas Constituições brasileiras e se destaca a relação entre direitos sociais, econômicos e políticos já introduzindo, brevemente, as considerações dos autores sobre a escassez, a eficácia dos direitos sociais e a atuação do juiz, tendo como meta a moradia como direito social e como um direito da personalidade. No quarto capítulo concentram-se as discussões sobre escassez, reserva do possível, mínimo existencial, mínimos sociais e o Judiciário. No quinto capítulo destacam-se questões referentes ao Estado Contemporâneo e às Políticas Públicas. Conclui-se com breve síntese do que foi discutido e responde-se ao objetivo e às hipóteses da pesquisa.

Palavras-chave: direitos fundamentais sociais – moradia - princípios – reserva do possível – escassez (restrição) – proporcionalidade – mínimo existencial

## **ABSTRACT**

This thesis for a Masters Degree Course is conceived in the perspective of the analysis, based on literature, of the possibilities and difficulties for the concretization of the right of the Brazilian citizens to housing, according to the approach of the costs of the so called reservation of the possibility. In the introduction, some data that summarize the deficit of housing in Brazil were presented as well as the perspectives of housing financing to the lower income population. The deficit is located in the center of the discussions of the fundamental and social rights and it is questioned, according to the reservation of the possibility, to which extent the judge or the public institutions are able to guarantee the citizens' rights such as housing, if there is no material means to accomplish it. In the first chapter, about housing and human rights, different concepts of housing and habitation are presented, a brief housing retrospective in Brazil is shown and housing is situated as a human right. In the second chapter, about housing and social rights, a review of social rights in the Brazilian Constitutions is made and the relation between social, economic and political rights is highlighted, while introducing, briefly, the considerations of the authors about scarcity, the efficiency of social rights and the performance of the judge, aiming at housing as a social and personal right. In the third chapter, discussions about scarcity, reservation of the possibility, existential minimum, social minimum and the judiciary system are concentrated. In the fourth chapter, matters related to the Contemporary State and Public Policies are highlighted. This work is concluded with a brief synthesis of what was discussed while answering to the questions about its objective and its research hypothesis.

Key-words: social rights - principles - habitation- reservation of the possibility – restriction – minimum necessary to existence.

# 1 INTRODUÇÃO

Na questão dos direitos fundamentais, quando um particular enfrenta o Estado possui pretensões voltadas às abstenções deste com intuito de obter prestações positivas. Essas pretensões consomem recursos materiais, normalmente escassos. Ao Estado compete ofertar prestações positivas relativas aos direitos constitucionais sociais, mas encontra como obstáculo o orçamento público, que nem sempre privilegia recursos suficientes para o atendimento das necessidades de todos os cidadãos.

Daí surge o conflito, determinando uma decisão sobre a alocação destes recursos. Nessa órbita, a decisão de proteger determinado interesse é buscada no Judiciário. Todavia a questão torna-se cada vez mais complexa porque alguns passaram a defender que o Judiciário deve levar em consideração as limitações da ordem econômica para a efetivação dos direitos sociais, dando a isso o nome de “reserva do possível”.

A questão do direito fundamental à moradia apresenta-se como descompasso em relação com a práxis. De um lado está o legislador a positivizar direitos; de outro o executor do orçamento, a realizar ou frustrar esses direitos.

Dessa forma, o presente tema se insere no campo do Direito Público contemporâneo e se propõe a equacionar o conceito de moradia à luz da noção concreta e efetiva da pessoa e do atendimento de suas necessidades fundamentais que estão estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Resta, pois, a pergunta: a quem atender e a quem excluir?

No centro do debate contemporâneo sobre os direitos sociais está uma importante questão, a de determinar em que grau e abrangência o Judiciário tem a competência de concretizar direitos sociais, como o direito à moradia, na dependência da reserva do possível. Muitos autores se manifestam a favor, outros têm opiniões contrárias, e não faltam aqueles que apresentam discussões em outras direções. Na presente dissertação não se tem a pretensão de inventariar todas as teorias que tentam responder ao problema ou a questões relacionadas, nem mesmo apresentar propostas conclusivas, mas de oferecer reflexões que suscitem novas pesquisas.

Não se pretende, com as discussões da presente dissertação, cumprir análises detalhadas sobre os ramos da ciência associados à moradia, mas a eles recorrer-se no que for necessário para a análise que aqui se pretende. Procura-se exercer uma postura crítico-reflexiva diante das opiniões dos autores, da realidade existente.

Também ressalva-se que não se está apontando aqui somente a necessidade habitacional ou de ter um ponto de localização a partir do qual se desenvolvem as atividades de trabalho, educação, lazer, saúde e vida social, mas uma qualificação legal. E também se tem a consciência de que a questão da moradia não é algo isolado, mas pertencente ao conjunto de outras questões como a reforma agrária, a política governamental, as crises educacionais, entre outros.

A presente Dissertação tem como objetivo analisar, na literatura, possibilidades e empecilhos de concretização do direito à moradia para os cidadãos brasileiros mediante a abordagem dos custos da chamada reserva do possível.

Para a presente dissertação foram consideradas as seguintes hipóteses:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a efetividade do direito à moradia.

O Estado Brasileiro não atende a todas as necessidades do direito social à moradia em razão da escassez de recursos.

Os autores consultados nesta dissertação não chegam a um consenso sobre o tema da pesquisa, mas deixam pistas importantes.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação Bibliográfica foi utilizado o Método Indutivo, por se considerar o que afirma Pasold<sup>1</sup> que “é a opção mais segura para a pesquisa [...] e seguramente operacionalizável”. Também porque permite identificar as categorias existentes na literatura, selecioná-las estrategicamente e dotá-las de procedimentos operacionais. O Relatório dos Resultados expresso na presente Dissertação é também composto na base lógica Indu-

---

<sup>1</sup> PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador de direito. 6. ed. rev. Florianópolis: OAB/SC, 2002, p. 92.

tiva, pois esta possibilita a justificativa para os destaques escolhidos e a apreciação sob a ótica das repercussões na dinâmica jurídica pátria.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas, do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica.

No âmbito do Direito, afirma-se seguidamente que os direitos fundamentais referentes a prestações materiais encontram limite na denominada reserva do possível. Esta dispõe que o juiz ou o Poder Público não efetiva direitos como à moradia, se não existirem meios materiais, cuja aferição é feita ante o orçamento, o que é justificado pela afirmação de que se forem realizados determinados direitos, outros podem ficar inviabilizados.

Para tanto, principia-se, no Capítulo 2, tratando de Moradia e Direitos Humanos e concedendo ao termo “moradia” prioridade sobre o termo “habitação”, uma vez que se entende que moradia é sinônimo de uma forma de estar no mundo com uma identidade característica.

Na breve retrospectiva que se realiza de moradia/habitação, deixa-se claro que a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), que influenciou a criação do Banco Nacional de Habitação, desviou-se dos objetivos iniciais ao privilegiar aspectos relacionados ao capital em vez de priorizar as casas para pessoas de baixa renda. E se relata que a inserção do direito à moradia no texto constitucional implica maior responsabilidade para o Estado.

No Capítulo 3, tratando de Moradia e Direitos Sociais, além de rever como as Constituições brasileiras apresentaram os direitos sociais, de estabelecer relações entre eles, de especificar a metodologia *Fuzzy* e os “camaleões normativos”, trata-se da eficácia dos direitos sociais e da moradia como direito social.

No Capítulo 4, tratando de Escassez e Reserva do Possível, relata-se o posicionamento de Peces-Barba e Alexy quanto ao Estado e à escassez e, através deles, se analisa o posicionamento de outros autores. A importância ou não do orçamento entra na seqüência das discussões dos autores.

No Capítulo 5, tratando de Estado Contemporâneo e Políticas Públicas, questiona-se por que a ênfase de boa parte da literatura consultada está na escassez e até que ponto as políticas públicas podem ser válidas para que o direito à moradia esteja ao alcance de toda a população no Brasil.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Direito à Moradia, uma Abordagem quanto à Reserva do Possível.

## 2 MORADIA E DIREITOS HUMANOS

Como começo do diálogo que aqui se estabelecerá, e para evitar ambigüidades de entendimento, considera-se importante conceituar moradia e habitação.

### 2.1 CONCEITOS DE MORADIA E HABITAÇÃO

Souza<sup>2</sup> estabelece uma diferenciação entre o direito à moradia e o direito à habitação. A habitação é sinônima da permissão conferida a alguém para fixar-se em um lugar determinado, para atender aos seus interesses naturais da vida cotidiana, mas de forma temporária ou acidental, tratando-se de uma relação de fato entre sujeito e coisa, sendo objeto de direito.

É possível exercer a habitação em locais diferentes, mas o local é o foco, no que diz respeito a exercer a habitação numa cidade, na área rural ou numa praia. Quanto à definição de residência, para Souza, é entendida como “o simples local onde se encontra o indivíduo”.

Em relação ao conceito de moradia, seu enfoque é subjetivo, uma vez que pertence à inerência da pessoa o exercício de morar.

Para o autor, a moradia é sinônima de bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente.

Inácio<sup>3</sup> ressalta que o conceito de moradia adequada é aquele empregado no sentido amplo, por envolver, além da habitação, também a infra-estrutura e o acesso

---

<sup>2</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 45.

<sup>3</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia & a efetividade do processo**: contratos do sistema financeiro da habitação. Curitiba: Juruá, 2002.

aos serviços públicos básicos, como determina o preâmbulo da Declaração de Istambul<sup>4</sup>, que afirma:

Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para si mismas y sus familias, lo que incluye alimento, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados, y la mejora constante de las condiciones de vida...<sup>5</sup>

José Afonso da Silva acentua que “o direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue a família de modo permanente”.<sup>6</sup>

Não significa somente ocupar uma habitação; requer também que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar, como se prevê na Constituição portuguesa (art. 65). Em suma, assevera que seja uma habitação digna e adequada, como quer a Constituição espanhola (art. 47).

No entanto, José Afonso Silva alerta que não se trata de reivindicar que essas constituições sejam aplicadas no Brasil, mas pontua que a compreensão do direito à moradia, como direito social, agora inserido expressamente em nossa Constituição<sup>7</sup>, encontra normas e princípios que exigem que ele tenha aquelas dimensões. Se esta prevê, como um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana (art. 1.º inc. III), assim como o direito à intimidade e à privacidade (art. 5º, inc. X), e que a casa é um asilo inviolável (art. 5.º, inc. XI), então tudo isso envolve, necessariamente, o direito à moradia. Não fosse assim seria um direito empobrecido.<sup>8</sup>

Como abordam os autores, portanto, moradia e habitação são conceitos diferentes, embora complementares, e deixam claro que a moradia é algo mais amplo, pois envolve o direito de morar. A propósito, lembra-se que o verbo morar em latim

---

<sup>4</sup> A Declaração de Istambul resultou da Segunda Conferência das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos – HÁBITAT II, realizado em Istambul em 1996. Seu objetivo foi discutir como e onde moram os habitantes da Terra.

<sup>5</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia & a efetividade do processo**: contratos do sistema financeiro da habitação. Curitiba: Juruá, 2002, p. 3P.

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 313.

<sup>7</sup> A inserção foi realizada posteriormente, mediante a EC. 2000.

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 313.

significa *moror, moraris, morari, moratus sum* tardar, demorar-se, ficar, morar, deter, impedir.<sup>9</sup> Então quando a Constituição brasileira afirma em seu art. 6.º que todos têm direito à moradia significa que ela quer garantir a todos mais que um teto provisório, algo permanente.

Não se poderia deixar de complementar a idéia de “morar” com o pensamento da psicanálise através de Saraceno que faz uma diferença entre o estar e o morar. O estar seria algo provisório, o morar envolve, além do estar, também uma organização material e simbólica do espaço, a apropriação do espaço doméstico e íntimo.<sup>10</sup>

A moradia não é somente um ponto de referência, mas a possibilidade de reconstruir o cotidiano, incluindo o imprevisto da vida, a recuperação e a legitimação do cotidiano, como dormir, comer, caminhar, falar, criar, viver a liberdade.

## 2.2 RETROSPECTIVA HABITACIONAL

No primeiro livro de *O capital*, Marx discute as questões relacionadas à moradia, tendo como referência a classe trabalhadora de Londres. O núcleo de sua análise está na proporção do aumento da acumulação de capital, de um lado, e da acumulação da miséria, do outro, como ele explica: “A acumulação da riqueza num pólo é [...] a acumulação de miséria, tormento de trabalho, escravidão, ignorância, brutalização e degradação moral no pólo oposto, isto é, do lado da classe que produz seu próprio produto como capital”.<sup>11</sup>

Ao se referir à questão habitacional, Marx lembra que “quanto mais maciça a centralização dos meios de produção, tanto maior a conseqüente aglomeração de trabalhadores no mesmo espaço, que, portanto, quanto mais rápida a acumulação capitalista tanto mais miserável a situação habitacional dos trabalhadores”.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> SARAIVA, F. R. dos Santos. **Novíssimo dicionário latino-português**. Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

<sup>10</sup> SARACENO, Benedetto. **Libertando identidades**: da reabilitação psicossocial à cidadania possível. Rio de Janeiro: Te Cora/Instituto Franco Basaglia, 1999.

<sup>11</sup> MARX, Karl. **O capital**, in Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1975, p. 210.

<sup>12</sup> MARX, Karl. **O capital**, in Os Pensadores. São Paulo: Abril, 1975, p. 219.

Marx constata também que, na Inglaterra, à medida que nas suas grandes cidades foram construídos palácios, casas comerciais e grandes ruas, para permitir a passagem de bondes, os pobres foram afastados para locais já “densamente preenchidos”, sinônimos de refúgios em precárias condições.

Nos países emergentes, a situação é ainda mais grave, pois a população das favelas<sup>13</sup> cresce em 25 bilhões a cada ano.<sup>14</sup> Por ser ilegal, implica em exclusão urbana com pouca ou nenhuma infra-estrutura, como esgoto, água, iluminação pública, transporte, telefonia, educação, entre outros itens, falta de endereço formal, congestionamento habitacional. Segundo Ermínia Maricato, a exclusão é “completa, territorial, cultural, econômica, ambiental, um local onde os moradores estão expostos à violência”.<sup>15</sup>

Embora tenham existido iniciativas nos Executivos municipais, a partir da década de 80, voltadas à redução da desigualdade social, a urbanização das favelas ainda necessita de avaliações urgentes<sup>16</sup>, uma vez que requerem medidas mais drásticas diante do processo de urbanização que se torna cada vez mais excludente e multiplicador de favelas.

Diante dessa situação atual, torna-se de fundamental proceder à análise das origens dos problemas de moradia no Brasil.

### 2.2.1 O Poder Social e o Espaço da Moradia

Em seu livro *O abolicionismo*, Nabuco retrata as residências dos escravos, em bairros aristocráticos do Recife e Rio de Janeiro, da seguinte forma:

[...] A população vive em choças onde o vento e a chuva penetram, sem soalho nem vidraças, sem móveis sem conforto algum, com a rede do índio ou o estrado do negro por leito, a vasilha de água e a panela por utensílios, e a viola suspensa ao lado da imagem. Isso é no campo; nas pequenas cidades e vilas

---

<sup>13</sup> Utiliza-se aqui o conceito de favelas como situação de ocupação ilegal do solo, não a baixa qualidade da moradia.

<sup>14</sup> DAVIS, Mike. **Planeta favela**. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

<sup>15</sup> MARICATO, Ermínia. **Metrópole na periferia do capitalismo**. São Paulo: Hucitec, 1996.

<sup>16</sup> LABHAB- Laboratório de Habitação e Assentamentos Humanos. **Parâmetros para urbanização das favelas**. FAUUSP, FINEP/CEF, 1999.

do interior, as habitações dos pobres, dos que não têm emprego nem negócio, são pouco mais que essas miseráveis palhoças do agregado ou do morador.<sup>17</sup>

Na primeira parte do Século XX, o poder social e o espaço físico pertenciam àqueles que concentravam grandes plantações, como café, borracha, algodão, fumo, cana-de-açúcar, que constituíam aproximadamente 65% das exportações brasileiras.<sup>18</sup> O campesinato só encontrava espaço físico em áreas que permaneciam às margens das grandes propriedades.<sup>19</sup>

No período colonial (1500-1822), as cidades tornavam-se valorizadas por se tornarem locais de comercialização de bens primários.<sup>20</sup> Em 1780, Salvador tinha mais de 50 mil habitantes,<sup>21</sup> mas a maior parte da população deteve-se no campo.

Apesar da abolição da mão-de-obra escrava, em 1888, Furtado lembra que os escravos liberados que abandonaram os engenhos encontraram grandes dificuldades para sobreviver. Nas regiões urbanas pesava já um excedente de população que desde o começo do Século constituía um problema social.<sup>22</sup>

Segundo Freyre<sup>23</sup>, apesar da abolição, os domínios rurais continuavam a operar como sede de todos os poderes (religiosos, sociais, políticos, culturais, entre outros), atualizando para os descendentes a relação existente entre os senhores e os escravos.

Mesmo com a Proclamação da República em 1889 a hegemonia agrário-exportadora manteve-se. As mudanças só teriam início com a Revolução de 1930, em cuja data os processos de urbanização e de industrialização ganharam força, com as políticas oficiais.

---

<sup>17</sup> NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. São Paulo: Publifolha, 2000.

<sup>18</sup> EISENBERG, Peter. **Modernização sem mudança**: a indústria açucareira em Pernambuco 1840-1910. Rio de Janeiro: Paz e Terra/UNICAMP, 1977.

<sup>19</sup> GARCIA JR. A. **A terra e o trabalho**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Francisco Maria Calvacanti de. **A economia da dependência imperfeita**. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

<sup>21</sup> CEDU – Companhia Estadual de Desenvolvimento Urbano/Governo do Estado da Bahia. **A grande salvador: posse e uso da terra**. Salvador, 1978.

<sup>22</sup> FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 19 ed. São Paulo: Nacional, 1984.

<sup>23</sup> FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal. Rio de Janeiro: Maria Schmidt, 1933.

Antes e depois da abolição idealizava-se a modernização, como explica Santos:

[...] A sociedade brasileira em peso embriagou-se, desde os tempos da abolição e da república velha, com as idealizações sobre progresso e modernização. A salvação parecia estar nas cidades, onde o futuro havia chegado. Então era só vir para elas e desfrutar de fantasias como emprego pleno, assistência social providenciada pelo Estado, lazer, novas oportunidades para os filhos.<sup>24</sup>

No início do Século XX, as cidades se constituíam para muitos como sinônimo de “modernidade” maior do que o campo. Mas até a metade do Século XX vigorava a associação entre o capital fundiário, industrial e agrícola. Aquele que tinha poder sobre o processo de trabalho comandava também o âmbito agrícola, industrial. Era das “casas-grandes”, como escreve Gilberto Freyre,<sup>25</sup> que partia o domínio dos grandes proprietários. Era também no âmbito do grande domínio que ocorria a vida familiar, do nascimento à morte, onde se praticava a religião e também onde eram censuradas as práticas religiosas dos serviçais.<sup>26</sup>

Mesmo que a idealização das cidades não se realizava na prática, continuou o movimento da saída do campo para a cidade, principalmente mediante a regulamentação do trabalho urbano. Desse modo, no final do Século XX, as cidades se caracterizavam por grandes problemas ambientais, como enchentes, e sociais, como a pobreza, as desigualdades sociais e a exclusão social.

### 2.2.2 O Déficit Habitacional no Brasil

A análise do déficit habitacional no Brasil requer a atenção para três aspectos. O primeiro constitui-se nas grandes propriedades agrícolas, nas quais se cultivavam produtos tropicais para exportação, como o café e o açúcar, e onde existiam diversas formas de equilibrar baixas de preços resultantes de vendas das lavouras comerciais. Palmeira indica que uma delas, ainda do período da escravidão, era o recrutamento da mão-de-obra de moradores ou de colonos. A relação existente entre os senhores-de-engenho e os fazendeiros de café manteve-se posteriormente, ga-

<sup>24</sup> SANTOS, Milton. **Está na hora de ver as cidades como elas são de verdade**. Rio de Janeiro: Ibmam, 1986, p. 2.

<sup>25</sup> FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal**. Rio de Janeiro: Maria Schmidt, 1933.

<sup>26</sup> BASTIDE, Roger **Le Candomblé de Bahia**. Paris, La Haye: Mouton, 1958.

rantindo que as famílias dos trabalhadores continuassem submissas aos mandos dos proprietários. Quando um trabalhador solicitava moradia colocava-se diante do senhor desprovido de bens e de condições básicas de subsistência com seus familiares, sem casa e sem terras. Esse ato mostrava a grande distância existente no acordo que faziam, ou seja: o patrão abrigava um cliente enquanto este assumia uma dívida moral com o senhor, que transcendia em grande medida o valor material do que lhe concedia o patrão. Também não se reduziam aos valores financeiros, pois nessas relações existiam possibilidades de diminuir o custo do trabalho a ser realizado, contribuindo para que fosse preservada a margem de lucro e que fosse possível adquirir bens importados.<sup>27</sup>

Na metade da década de 1850, aos proprietários cabia a questão habitacional e ela fazia parte do conjunto de preocupações relacionadas ao trabalho, ou seja, o tema habitacional se desenvolvia em âmbito privado, pois nem mesmo o governo se preocupava com o tema e não existiam trabalhadores em massa para serem acomodados. O único trabalho que tinha o Poder Público nesse tema referia-se ao acomodamento daqueles que queriam cultivar produtos alimentícios em terrenos que pertenciam ao Estado, próximos das cidades; os pedidos eram atendidos, mediante concessão de datas de terras públicas ou benefícios fiscais, para que ocorresse o povoamento desses locais.

Mas o cenário foi mudando, de tal modo que depois da segunda metade do Século XIX “a questão da moradia para a mão-de-obra foi sendo transferida da esfera privada para tornar-se um dos desafios impostos ao Poder Público,”<sup>28</sup> não porque o Poder Público de súbito tivesse se dado conta da importância de exercer o papel de se preocupar com o tema, mas devido às conseqüências das péssimas condições de higiene vividas pelos escravos; se acaso fosse necessário combater uma epidemia as conseqüências seriam sentidas na economia.

As primeiras medidas dedicadas ao tema habitacional, voltadas ao impedimento da disseminação de doenças e dos prejuízos econômicos, ocorreram em

---

<sup>27</sup> PALMEIRA, Moacir. **Latifundium et capitalismo**: lecture critique d'un débat. Thèse de doctorat. Paris: EHESS, 1971.

<sup>28</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: Análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

1870 pelos Decretos imperiais 4.461/1870, 4.784/1871, 5.216/1873, 5.084/1872 e 5.094/1872.

O segundo aspecto constitui-se, como se disse antes, da possibilidade de os filhos dos moradores ou colonos emigrarem para as grandes cidades que estavam em processo de industrialização desde os anos 1930, notadamente em São Paulo e Rio de Janeiro, da mesma forma que ofereciam mão-de-obra barata na área rural, na cidade aceitavam condições duras de vida e de trabalho em canteiros de obras.<sup>29</sup>

Como terceiro aspecto de mudanças características das relações entre área rural e cidade, esteve a constituição dos direitos trabalhistas em leis, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de 1943, a criação da Justiça e Inspeção do Trabalho e a instauração do direito do trabalho, que já não permitia a prática do endividamento dos moradores e colonos. Em contrapartida os senhores não concediam mais a moradia à família do trabalhador.

O trabalhador (morador ou colono) passou a ter que pagar os custos de sua moradia ou seu aluguel e, conseqüentemente, passou a não contar com o acesso à água e à terra para o plantio, nem com a possibilidade de criar animais, porque tudo havia se tornado mercadoria. Muitos se deslocaram para as cidades.<sup>30</sup>

Segundo Davis<sup>31</sup>, parte da mão-de-obra escrava libertada, que ficou sem opção de trabalho, foi para Rio de Janeiro e Recife, cujas favelas surgiram no final do Século XIX e início do Século XX.

Souza destaca “o intervencionismo estatal através do campo governamental que assumiu grande significação durante o período discricionário de Getúlio Vargas, o chamado ‘Estado Novo’ (1937/1945)”<sup>32</sup>, quando foram adotadas medidas federais através dos institutos de previdência e da prefeitura do então Distrito Federal. Foram

---

<sup>29</sup> OLIVEIRA, Francisco Maria Calvacanti de. A economia brasileira: crítica à razão dualista. In: **Estudos CE-BRAP**, n. 2, p. 3-82, out. 1972.

<sup>30</sup> SIGAUD, Lígia. **Os clandestinos e os direitos**. São Paulo: Duas Cidades, 1979.

<sup>31</sup> DAVIS, Mike. **Planeta favela**. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

<sup>32</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

construídos conjuntos de grande porte, erradicadas favelas, e seus moradores transferidos para conjuntos habitacionais em áreas urbanizadas.

Como o número de moradias se expandia a cada ano, foi criada a Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, para a implantação de um novo sistema habitacional tendo em vista a solução do problema. Passaram a atuar juntos o Estado, os agentes financeiros e a sociedade civil. Surgiu o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e o Banco Nacional de Habitação (BNH).

Nas décadas de 50 e 60, o setor público era visto como elemento importante para que se desenvolvesse a economia do país, uma vez que o Estado intervinha, como continua intervindo, na economia. Não se considerava, como também não se considera, que o livre jogo das forças do mercado garantisse ou garanta a formação da poupança desejada, nem que o sistema de preços incentivasse ou incentive adequadamente a formação de economias externas, entre outros itens. Com base nesses aspectos, segundo Santos<sup>33</sup>, no governo Castelo Branco, procurou-se conciliar medidas ortodoxas de combate à inflação com uma modalidade de política compensatória ditada pelo intervencionismo estatal. A implantação do SFH é um dos exemplos dessa política.

No período da ditadura militar, e ainda atualmente em outros moldes<sup>34</sup>, a instituição do SFH foi um plano habitacional de conotação populista, visando a mudança da aparência do regime autoritário diante da população. A aprovação e o sancionamento da lei ocorreram em 21 de agosto de 1964. Seu objetivo era financiar moradias populares.

Somente foi possível efetuar o SFH devido à instituição da correção monetária, proposta em abril de 1964 no projeto de lei do BNH, adotada em julho de 1964, que incentivou a poupança e possibilitou que se formulassem contratos de longo prazo, mas a organização ocorreu com a formulação das seguintes leis:

---

<sup>33</sup> SANTOS, Marcelo Henrique Pereira dos. Roberto de Oliveira Campos: homem de ação do governo Castelo Branco. **São Paulo em Perspectiva**, v. 14, n. 2, abr./jun. 2000.

<sup>34</sup> As políticas nacionais de habitação têm se mostrado distante das famílias com renda igual ou inferior a três salários mínimos. (FIBGE - FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA e ESTATÍSTICA. **Síntese de indicadores sociais 2005**. Rio de Janeiro, 2006).

- A Lei n.º 4.380, de agosto de 1964, que criou o SFH incluindo o BNH, as sociedades de crédito imobiliário e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo;
- A Lei n.º 4.494, de novembro de 1964, a lei do inquilinato; a Lei n.º 4.591, de dezembro de 1964, que executa a regularização dos condomínios em edificação e das incorporações imobiliárias;
- A Lei n.º 4.864, de novembro de 1965, que cria medidas de incentivo à indústria de construção civil e a Lei n.º 5.107, de setembro de 1966, que cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.<sup>35</sup>

A criação do SFH passou a ser difundida como possibilidade de realização do “sonho da casa própria” daqueles que saíam do campo com destino às cidades. No entanto, como afirma Sochaczewski<sup>36</sup> o SFH foi constituído com a finalidade de ser um mecanismo de financiamento sustentado da indústria da construção civil. Previasse que os recursos do SFH gerassem retorno financeiro capaz de compensar inflação, juros, custos administrativos, lucro dos agentes privados, a remuneração dos investidores das cadernetas de poupança e o patrimônio do trabalhador retido no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), deveriam gerar o suficiente para a valorização de capitais públicos e privados, entre outros. A captação de recursos da Caderneta de Poupança gerava custos de 12%, e o dos recursos do FGTS um valor mais reduzido. Em 1971, passou-se a corrigir o patrimônio do trabalhador no FGTS com juros de 3% ao ano, com a finalidade de baratear o custo para o financiamento habitacional, mas a iniciativa acabou penalizando o trabalhador. Além dos juros, no caso dos recursos do FGTS, acrescentavam-se também a correção monetária, as taxas e as despesas operacionais.

Segundo Azevedo, em 1968 o BNH constatava a incompatibilidade entre o que era proposto pelo SFH e a inadimplência dos mutuários.<sup>37</sup> Para que o SFH obtivesse equilíbrio, precisava do retorno de suas aplicações, consequência do pagamento das prestações de quem tinha comprado os imóveis. Então o BNH passou a se direcionar para outro setor. Dirigiu-se àqueles que tinham renda suficiente para

---

<sup>35</sup> SANTOS, Marcelo Henrique Pereira dos. Roberto de Oliveira Campos: homem de ação do governo Castelo Branco. **São Paulo em Perspectiva**, v. 14, n. 2, abr./jun. 2000.

<sup>36</sup> SOCHACZEWSKI, Antonio Claudio. **Desenvolvimento econômico e financeiro do Brasil – 1952-1968**. São Paulo: Trajetória Cultural, 1983.

<sup>37</sup> AZEVEDO, Sergio. **A política habitacional para as classes de baixa renda**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Rio de Janeiro: IUPERJ, 1975.

esse pagamento, ou seja, os segmentos de alta renda, procedimento que permaneceu de modo absoluto entre 1968 e 1973.

No Governo Geisel (1974-1979) tentou-se reorientar as aplicações do SFH para famílias que recebiam entre três e cinco salários mínimos. Aumentou-se a faixa de atendimento do Plano Nacional de Habitação Popular (PLANHAP), quando o limite de renda passou de três para cinco salários. Para aquelas famílias, cuja renda atingia somente até três salários, surgiram programas, como: O Programa de Lotes Urbanizados (PROFILURB), o Programa de construção, conclusão, ampliação ou melhoria da habitação de Interesse social (FICAM) e o Programa de Erradicação da Submoradia (PROMORAR).<sup>38</sup>

A construção de casas para pessoas de baixa renda perdeu espaço para a construção de habitações para a classe média e construções comerciais, por serem mais rentáveis.<sup>39</sup> As classes de baixo rendimento não foram beneficiadas.

Como se deduz, houve desvio dos objetivos iniciais ao se passar a privilegiar os aspectos ligados ao capital, uma vez que o BNH passou a exercer papel de dirigente geral da política habitacional, o que deveria ser exercido pelo Serviço Federal de Habitação e Urbanismo. Souza<sup>40</sup> credita a Bulgarelli<sup>41</sup> a observação de que o governo entendeu o problema da habitação no Brasil como problema financeiro. Assim sendo, o Plano Nacional de Habitação, em vez de ser um plano, tornou-se um conjunto de diretrizes de política financeira do governo no setor imobiliário, característica reforçada a partir de 1971 ao se buscar a transformação da natureza do BNH, como citado acima.

Fagnani reporta que em 1974, a possibilidade da casa já não era oferecida para as famílias com renda familiar menor de três salários mínimos, que constituíam e constituem a maior parte da população no Brasil. Para estas, o SFH reservava

---

<sup>38</sup> FAGNANI, Eduardo. **População e bem-estar social no Brasil: 40 anos de ausência de política nacional de habitação popular (1964-2002)**. Disponível em: <[http://www.multiciencia.unicamp.br/art05\\_6.htm](http://www.multiciencia.unicamp.br/art05_6.htm)> Acesso em 3 abr. 2007.

<sup>39</sup> SANTOS, Marcelo Henrique Pereira dos. Roberto de Oliveira Campos: homem de ação do governo Castelo Branco. **São Paulo em Perspectiva**, v. 14, n. 2, abr./jun. 2000.

<sup>40</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>41</sup> BULGARELLI, Waldírio. **As cooperativas e o plano nacional da habitação**. São Paulo: Pioneira, 1966.

somente material de construção, lotes urbanizados e favelas urbanizadas. Assevera também que mesmo essa tentativa de mudança não se sustentou depois da crise econômica da década de 1980, devido ao crescimento da inflação que acabou no colapso cambial. Houve a debilitação do FGTS, redução da arrecadação, os salários passaram a ser corrigidos por índices inferiores (80% do INPC) àqueles que eram aplicados para corrigir a prestação da casa própria, que eram integrais, além do desemprego. O índice de inadimplência, que era de 26% no final de 1980, passou para 51% na metade de 1984.<sup>42</sup>

Foram poucas as famílias atendidas com renda até três salários mínimos, pois, como também lembra Fagnani, “menos de 5% das aplicações do SFH realizadas entre 1964 e 1984 foram destinadas às famílias com renda de até três salários mínimos mensais”.

Houve também o aumento dos desequilíbrios estruturais por parte do Sistema Brasileiro de Habitação, uma vez que o conjunto dos saldos devedores acumulados no final dos contratos cresceu muito e gerou o rombo do Fundo de Compensação das Variações Salariais (FCVS), cujo custo foi pago com recursos fiscais do Tesouro Nacional, constituindo-se em uma das medidas mais regressivas da política social brasileira no período do autoritarismo.

Em 1982, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) elaborou o projeto de oposição democrática ao regime militar, *Esperança e Mudança: Uma proposta de Governo para o Brasil*. Esse documento aponta o aumento de favelas e habitações precárias nas metrópoles resultante do caráter elitista da política habitacional que junto ao SFH alocavam recursos mínimos diante do grande problema habitacional e propunha o Grupo de Trabalho de Reformulação do Sistema Financeiro da Habitação (GTR/SFH) em 1985, com a indicações de diversas medidas para mudar as aplicações do SFH. Em 1987, o Executivo Federal extinguiu o BNH e transferiu suas funções para a Caixa Econômica Federal (CEF), pelo Decreto-Lei n.º 2.291, de 21/11/1986.

---

<sup>42</sup> FAGNANI, Eduardo. **População e bem-estar social no Brasil: 40 anos de ausência de política nacional de habitação popular (1964-2002)**. Disponível em: <[http://www.multiciencia.unicamp.br/art05\\_6.htm](http://www.multiciencia.unicamp.br/art05_6.htm)> Acesso em 3 abr. 2007.

Segundo Arretche<sup>43</sup>, a crise habitacional agravou-se a partir de 1987, ano em que foi extinto o Ministério do Desenvolvimento Urbano (MDU), criado em 1985, e foi criado o Ministério de Habitação, Urbanismo e Meio Ambiente (MHU), também extinto em setembro de 1988 e substituído pelo Ministério da Habitação e do Bem-Estar Social (MBES). Este também foi extinto em janeiro de 1989 e suas funções foram assumidas pelo Ministério do Interior, como ocorria no período da ditadura.

No período de 1990 a 2002, a política habitacional passou por duas etapas. Primeiramente, no governo de Fernando Collor de Mello (1990-1992), devido ao agravamento da crise financeira, houve suspensão de empréstimos, o que se manteve de 1992 a 1995.<sup>44</sup> A reformulação da política habitacional também não teve sucesso de 1995 a 2002.

Em 1995, o Brasil participou da reunião de Istambul<sup>45</sup> no qual leu o Relatório Nacional Brasileiro para a Segunda Conferência Mundial das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos – HABITAT II, Istambul 1996, que entre outros aspectos ressaltou:<sup>46</sup>

Os dados mostram que nem os salários industriais permitem a compra da moradia no mercado formal, nem as políticas públicas são eficientes em assegurar o acesso à moradia. Mais da metade (57%) dos chefes de família ativos, moradores das favelas de São Paulo, trabalhava no secundário em 1980. Instala-se um processo no qual a modernização de alguns segmentos da produção habitacional se combina a uma extensa e fantástica produção doméstica e ilegal de moradias: 51% do mercado consumidor de cimento em todo o país estão na produção informal doméstica e ilegal da moradia popular.

Após a Conferência de Istambul, a Secretaria de Política Urbana (SEPURB) formulou a Política Nacional de Habitação (PNH) na tentativa de reestruturar pro-

---

<sup>43</sup> ARRETICHE, Maria Teresa da Silva. Desarticulação, Ação do BNH e autonomização da política habitacional. In: AFFONSO, R. B. A.; SILVA, P. L. B. (Orgs.) **Descentralização e políticas sociais**. São Paulo: Fundap, 1996. (Coletânea Federalismo no Brasil).

<sup>44</sup> ZAMBONI, R. A. Financiamento, gasto e produção de moradias (1990-2002). **Relatório de Pesquisas**. Campinas: IE-Unicamp, 2004.

<sup>45</sup> A Conferência de Istambul tinha como objetivos básicos os assentamentos humanos sustentáveis e a habitação adequada para todos. Mais adiante se voltará ao assunto.

<sup>46</sup> REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Relatório Nacional Brasileiro**: Segunda Conferência Mundial das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos – HABITAT II. Istambul, 1996. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dts/relatoriobras-habitatii.doc>> Acesso em: 4 mar. 2007, p. 20.

gramas existentes ou novos, como o Programa Habitar-Brasil, criado em 1993, a ser financiado com recursos do Orçamento Geral da União (OGU), voltado para famílias de renda até três salários mínimos. Para famílias com renda até 12 salários mínimos, em 1995, foi criado o Programa de Financiamento Individual à Moradia, por meio da Carta de Crédito, por decisão do Conselho Curador do FGTS, Resolução n.º 184/95, por meio do FGTS. E, ainda, o Programa de Atendimento Habitacional (Pró-Moradia) para melhoria ou construção das habitações.

No Governo de Fernando Henrique Cardoso (1998-2002) foram extintos alguns programas e criados outros, como o Habitar-Brasil/BID para famílias com até três salários mínimos, financiado com recurso do OGU, FGTS e BID. Os recursos do FGTS deveriam financiar o Programa Carta de Crédito, instituído em 1995, e o Programa Pró-Moradia de 1995. Foram implantados também os Programa de Subsídios à Habitação de Interesse Social (PSH), em 2001, para a população de baixa renda, e o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), em 2001, que possibilitaria o acesso à moradia através do arrendamento, com alternativa de compra. Mas esses programas mais uma vez não vingaram.

Em 2001, foi promulgado o Estatuto das Cidades, Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001, cuja palavra de ordem é a sustentabilidade ou prática do desenvolvimento equilibrado que possibilite que o ecossistema urbano tenha relação com os outros sistemas de modo a permitir, entre outros bens, o acesso à moradia.<sup>47</sup>

Em outras palavras,

O caráter excludente do financiamento habitacional consolidado fica ainda mais evidente quando analisamos a distribuição desses recursos por faixa de renda das famílias atendidas. Dos R\$ 54 bilhões de financiamentos contratados (1993-2002), 62,3% foram apropriados por famílias com renda superior a dez salários mínimos; 21,1% pelas famílias com renda entre cinco e dez salários

---

<sup>47</sup> BRASIL. Constituição (1988). Regula os arts. 182 e 183 da Constituição Federal que estabelecem diretrizes gerais da política urbana e de outras providências. Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Disponível em: <<http://www.seplan.to.gov.br/site/dpl/estcid.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2007.

mínimos; 5,9% pelas famílias com renda entre três e cinco salários mínimos; e 8,7% pelas famílias com renda inferior a três salários mínimos.<sup>48</sup>

O que se vê no Governo Lula (2003-2006) não é diferente. Segundo o Ministério das Cidades, no período de 2003-2005 somente foram aplicados em moradia popular, com recursos do OGU, R\$ 387 milhões, em 2003; R\$ 703 milhões, em 2004; e R\$ 682 milhões em 2005.<sup>49</sup>

O jornal Valor Econômico<sup>50</sup> divulgou em 10 de agosto de 2006 que o Brasil tem muito a investir até 2010 em saneamento e habitação social, ou seja, deveria elevar em 2,4 pontos percentuais o ritmo anual de crescimento real do Produto Interno Bruto (PIB), o que colocaria o país na 50.<sup>a</sup> posição, tirando-o da 63.<sup>a</sup> posição em que se encontra no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O déficit estimado pela Fundação Getúlio Vargas é de 7,89 milhões de moradias. Para reduzir esse total e atender à demanda conseqüente do crescimento da população seriam necessários R\$ 40,72 milhões de investimento em habitação social, que constitui a média anual de R\$ 10,18 bilhões.

A Fundação Getúlio Vargas, por meio da *Conjuntura da Construção*<sup>51</sup> de dezembro de 2006, afirma que em 2005 <sup>52</sup> o déficit habitacional alcançava 7,832 milhões de domicílios (Gráfico 1), o que significou déficit relativo de 14,7%. Esse problema era mais grave, em termos absolutos, em alguns estados, como São Paulo, Rio, Bahia e Pará, respeitando a ordem. Em termos relativos, ou considerando a relação entre a falta de moradias e o número de domicílios de cada estado, a situação era mais grave no Maranhão, Pará, Amazonas e Piauí. Na média do País, o principal componente do déficit foi a coabitação familiar, que respondeu por quase 55% da

---

<sup>48</sup> FAGNANI, Eduardo. **População e bem-estar social no Brasil: 40 anos de ausência de política nacional de habitação popular (1964-2002)**. Disponível em: <[http://www.multiciencia.unicamp.br/art05\\_6.htm](http://www.multiciencia.unicamp.br/art05_6.htm)> Acesso em 3 abr. 2007.

<sup>49</sup> MINISTÉRIO DAS CIDADES. Balanço nacional do setor habitacional – política nacional de habitação. Brasília: Secretaria Nacional de Habitação. Seminário Internacional: Housing Finance and House Subsidies: International Experiences and the Brazil Housing Reform. Disponível em: <[www.cidades.gov.br](http://www.cidades.gov.br)> Acesso em: abr. 2006.

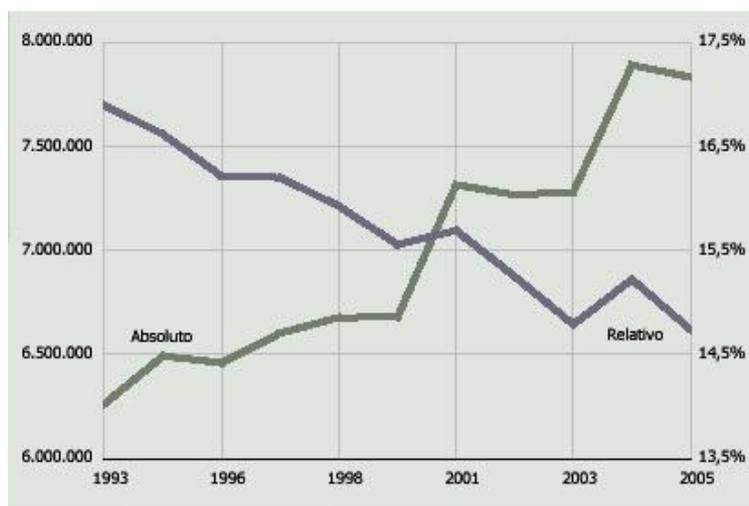
<sup>50</sup> FGV – Fundação Getúlio Vargas. Infra-estrutura precisa de R\$ 139 bi. **Valor Econômico**, São Paulo, 10 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br>> Acesso em: 19 jan. 2007.

<sup>51</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006...2007: O Feijão e o sonho da casa própria. **Conjuntura da Construção**. São Paulo, n. 4, ano, 4 dez. 2006, p. 5.

<sup>52</sup> Dados mais recentes ainda não disponíveis.

carência total de moradias, ou 4,302 milhões de domicílios. As favelas, que constituíam o maior problema habitacional, correspondiam a 3,3 milhões.

**GRÁFICO 1 - EVOLUÇÃO DO DÉFICIT HABITACIONAL  
BRASILEIRO<sup>53</sup>**



Como indica o Gráfico 2, das moradias não adequadas no Brasil, 77% situam-se na faixa de até três salários mínimos e mais de 95% na faixa de renda até seis salários mínimos.<sup>54</sup>

O ano de 2006 começou com a oferta de R\$ 18 bilhões de crédito, considerada recorde pela Conjuntura da Construção,<sup>55</sup> pois as taxas dos financiamentos começaram a declinar e isso, ao somar-se ao crescimento da renda, impulsionou no-

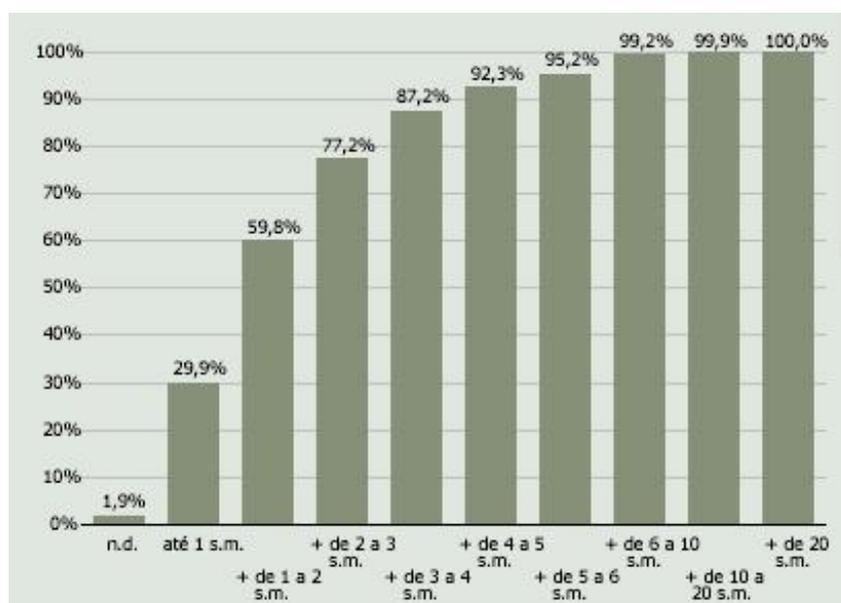
<sup>53</sup> FONTE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNDA) (2005). Citada por FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006...2007: O Feijão e o sonho da casa própria. **Conjuntura da Construção**. São Paulo, n. 4, ano, 4 dez.2006, p. 5.

<sup>54</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006...2007: O Feijão e o sonho da casa própria. **Conjuntura da Construção**. São Paulo, n. 4, ano, 4 dez. 2006, p. 6.

<sup>55</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006...2007: O Feijão e o sonho da casa própria. **Conjuntura da Construção**. São Paulo, n. 4, ano, 4 dez. 2006, p. 15.

vos empréstimos. Com a desoneração da cesta de materiais de construção, houve impactos positivos sobre o custo e o Produto Interno Bruto (PIB) setorial. O crédito originou-se de frentes como poupança, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), mercado de capitais, orçamento e Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Entre as projeções para 2007, o orçamento do FGTS se elevará para R\$ 1,2 bilhão somando R\$ 11,2 bilhões. Destes, R\$ 8,5 bilhões serão destinados para a habitação e R\$ 2,7 bilhões para o saneamento. Do FGTS poderia ser destinado mais R\$ 1,6 bilhão para subsidiar famílias com renda de até cinco salários mínimos.<sup>56</sup>

**GRÁFICO 2 - DÉFICIT HABITACIONAL BRASILEIRO ACUMULADO POR FAIXA DE RENDA 2005<sup>57</sup>**



De acordo com o ministro da Fazenda Guido Mantega, conforme divulgado pelo Estado de São Paulo em 20 de agosto de 2006<sup>58</sup>, em 2007 seriam necessários

<sup>56</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006...2007: O Feijão e o sonho da casa própria. **Conjuntura da Construção**. São Paulo, n. 4, ano, 4 dez. 2006.

<sup>57</sup> FONTE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNDA) (2005). Citada por FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006...2007: O Feijão e o sonho da casa própria. **Conjuntura da Construção**. São Paulo, n. 4, ano, 4 dez. 2006, p. 5.

R\$ 20 bilhões para financiar a habitação. Embora pareça muito, segundo o ministro, não é, pois o financiamento constitui menos de 3% do Produto Interno Bruto (PIB), enquanto em outros países são utilizados entre 20 e 30% do PIB. A Espanha, por exemplo, utiliza 40% do PIB.

No entanto, em 26 de dezembro de 2006, a Agência Brasil<sup>59</sup> divulgou que mesmo com investimento recorde, o déficit habitacional aumentou de 7,2 milhões para 7,9 milhões de moradia. Se for comparado com o déficit de 2004, de 6,4 milhões de unidades, houve crescimento de 23,4%. Segundo o diretor de Produção Habitacional da Secretaria Nacional de Habitação, do Ministério das Cidades, Daniel Nolasco, consultado pela Agência Brasil, o fenômeno está relacionado com o crescimento vegetativo da população e, também, com a questão social. Embora a pobreza tenha melhorado o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no país, também está relacionada diretamente com o déficit habitacional. Além disso, 86% do déficit habitacional de 7,9 milhões de unidades é constituído por pessoas que recebem renda de até três salários mínimos. Quanto maior a renda, maior a dificuldade de adquirir a casa própria.

E a população de baixa renda se encontra tanto nas grandes metrópoles quanto nas pequenas cidades, ou seja, o direito à moradia ainda não é acessível para grande parte dos brasileiros, que vivem em sub-habitações ou não têm um lugar para ficar. Isto é resultado da ausência de uma política nacional de habitação, como refere Mukai, “que não apenas possibilite que a classe média tenha acesso à casa própria, mas, também, que torne acessível às camadas mais pobres da população o direito à moradia”.<sup>60</sup> Em outras palavras, não é suficiente que exista uma política habitacional, mas que ela seja suficientemente forte para realmente agir por meio de programas habitacionais e oferecer condições de habitabilidade em centros urbanos.

---

<sup>58</sup> ESTADO DE SÃO PAULO. **Casa própria não terá mais TR diz Mantega**. São Paulo, 20 agosto 2006.

<sup>59</sup> AGÊNCIA BRASIL. **Mesmo com investimento recorde, déficit habitacional se amplia para 7,9 milhões de moradias**. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/12/21/materia.2006-12-21.6114739483/view>> Acesso em: 6 jan 2007.

<sup>60</sup> MUKAI, Toshio. **Temas de direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 66.

O déficit de habitação é explicado pela falta de recursos públicos direcionados para programas nas áreas de habitação e saneamento. Em 2005, as despesas públicas de estados e municípios com as funções de governo com habitação e saneamento totalizaram R\$ 8,1 bilhões, sendo R\$ 5,8 bilhões para saneamento e R\$ 2,3 para habitação. Em termos de participação, essas despesas responderam por uma parcela muito pequena do conjunto de despesas orçamentárias das duas esferas de governo: apenas 2% do total.<sup>61</sup>

Diante disso, é claro que o problema da falta de moradias adequadas a grande parte dos brasileiros decorre da má distribuição de renda existente. Como diz Celso Furtado, “no mundo inteiro houve e há problemas de déficit habitacional, mas todos os países em que houve e há políticas de financiamento da construção resolveram parcialmente, ou pelo menos evitaram o agravamento do problema”. A França, por exemplo, constrói as *habitations*, apartamentos e casas com aluguel de valor reduzido e aproximadamente em 10 anos o problema vai sendo resolvido.

Essa política de financiamento nos tem cruelmente faltado. Com efeito, o déficit habitacional é o grande empecilho para superar-se o quadro de pobreza. Os 53 milhões de pobres e miseráveis brasileiros não têm como pagar um aluguel, muito menos como possuir uma moradia. Suprir esse déficit exige um investimento a longo prazo, uma massa de recursos que podemos estimar em 4% do produto nacional.<sup>62</sup>

Desse modo, torna-se cada vez mais importante o aumento da poupança que dispensaria o endividamento externo e possibilitaria a agilização da construção civil.

## 2.3 O SURGIMENTO DOS DIREITOS E A MORADIA COMO DIREITO HUMANO

O termo *direitos humanos* está cada vez mais presente na cultura jurídica e política no mundo de hoje, tanto por cientistas que estudam o homem quanto pelos cidadãos em geral.

---

<sup>61</sup> FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. 2006...2007: O Feijão e o sonho da casa própria. **Conjuntura da Construção**. São Paulo, n. 4, ano, 4 dez.2006, p. 27.

<sup>62</sup> FURTADO, Celso. **Em busca de novo modelo**: reflexões sobre a crise contemporânea. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. p. 17-19.

Para Peces-Barba,

os direitos fundamentais são o conjunto de normas de um ordenamento jurídico que formam um subsistema deste, fundados na liberdade, na igualdade, na seguridade, na solidariedade, expressões da dignidade do homem, reunindo parte da norma básica material de identificação do ordenamento jurídico, e constituem um setor da moralidade procedimental positivada, que legitima o Estado Social de Direito.<sup>63</sup>

Bobbio destaca os direitos do homem, a democracia e a paz como três momentos básicos para o mesmo movimento histórico, uma vez que “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhe são reconhecidos alguns direitos fundamentais”.<sup>64</sup>

Bobbio defende os direitos humanos como direitos históricos, por mais fundamentais que sejam, já que surgem em circunstâncias que constituem momentos de lutas por novas conquistas. Aliás, esse é também o pensamento de Peces-Barba.

Em sua explicação dos direitos fundamentais, Peces-Barba ressalta que o faz sem reducionismos, desprezando críticas e negações. A partir da raiz dos direitos fundamentais, explica, em todas as dimensões possíveis, “a origem histórica, o fundamento, a estrutura e a função na sociedade, no poder político e no direito da idéia de direitos fundamentais.”<sup>65</sup> Para isso, utiliza o termo *comprensão*, que, a seu ver, é mais integrador. Dessa forma, tanto a metodologia, quanto os conteúdos não são vistos distintamente, mas como um todo, em integração, admitindo que as contribuições liberal, democrática e socialista se complementam. Integração que é uma tarefa da filosofia (moral, política e jurídica) a partir da Teoria do Direito e da Teoria da Justiça e de diversos ramos da ciência jurídica.

---

<sup>63</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III, 1995, p. 469.

<sup>64</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 1.

<sup>65</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1995, p.101

O autor cita Ruiz Miguel, na sua obra *Os Direitos Humanos Como Direitos Morais*<sup>66</sup>, sustentando que, ao se falar em direitos humanos, pressupõem-se ao menos três características: que eles sejam exigências éticas fundamentadas são importantes e devam ter uma proteção jurídica eficaz.

Assim, acrescenta Peces-Barba, quando se fala em direitos humanos, significa falar numa pretensão moral justificada nas idéias de dignidade humana necessárias para o desenvolvimento do homem e em sua recepção pelo Direito Positivo. Para a compreensão dos direitos humanos é preciso abranger essas duas características, pois a compreensão refere-se a uma visão integral do fundamento e do conceito. O fundamento é a resposta do por quê dos direitos humanos e está na pretensão moral; o conceito é a resposta do para quê está na recepção da pretensão moral no Direito Positivo.

A compreensão dos direitos humanos decorre da resposta adequada ao *por quê* e ao *para quê*. É preciso, para a compreensão, ter as duas respostas. Não se podem compreender os direitos humanos a partir de uma só das respostas.

Afirma o autor que há posicionamentos que descrevem as fontes, as garantias de proteção, mas não se aprofundam nem nos fundamentos, nem nas origens, só se preocupam com o para que, ou seja, com a função dos direitos, e não com o porquê.

Isso pode acarretar uma confusão entre a função e a fundamentação. Os direitos são vistos como uma técnica de controle social, sem conteúdo. Nessa linha de pensamento Peces-Barba exemplifica com Luhman para quem os direitos são uma técnica operativa, sem constatação ética. “Os direitos são uma força sem consciência”.

Por outro lado, diz Peces-Barba, posicionamentos como os de Ruiz Miguel, ao contrário, não se preocupam com a função dos direitos. Ignoram o para que e se importam apenas com o porquê. A compreensão dos direitos é vista pelo ângulo da filosofia moral ou da Teoria da Justiça, com os argumentos abstratos. Para eles, só é

---

<sup>66</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general.** Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1995.

possível encontrar o fundamento dos direitos humanos pela razão, e não há distinção entre compreensão e fundamentação. E, assim, confundem a fundamentação e a função. Vêm a fundamentação a partir da razão, de forma abstrata, que é válida em qualquer época. “Os direitos são um espírito sem força”.

Peces-Barba entende que para a compreensão dos direitos fundamentais é preciso uma atividade intelectual integradora, que ele chama de filosofia dos direitos e Direito Positivo. Que vê o direito fundamental apenas sob um ângulo (fundamento) ou outro (função). Para ele, é um “ponto de encontro entre o Direito e a moral”, tendo o poder como mediador.

Há uma conexão inseparável entre o Direito e a moral, porque “os direitos têm uma raiz moral que se indaga através da fundamentação”. Mas para serem eficazes, devem pertencer ao ordenamento jurídico. Para a compreensão dos direitos fundamentais, a moralidade deve estar legalizada, ou seja, recepcionada na ordem positiva. E só faz sentido falar de fundamento de um direito que seja suscetível de se integrar ao Direito Positivo.

Fala o autor que o espírito e a força, a moral e o direito, estão entrelaçados nos direitos fundamentais, e cita Pascal, quando este diz que se deve colocar a força e a justiça juntas.

Os direitos humanos são uma forma de integrar justiça e força. Eles se originam na moralidade e, através do Estado, desembocam no Direito. É o Estado que permite a conversão dos valores morais em Direito Positivo. Portanto, na compreensão dos direitos humanos, direito e moral estão conectados pelo Poder.

Acrescenta o autor que, no mundo moderno, uma concepção da moralidade e uma determinada concepção política, que converte os valores morais em valores políticos, próprios de um Estado Democrático de Direito, coincidem num Ordenamento em que os direitos fundamentais são os valores jurídicos. Trata-se de moralidade justificada, porque não estão desvinculados dos valores morais e políticos.

O autor distingue os direitos fundamentais em três perspectivas: A primeira refere-se a uma pretensão moral justificada.

Norberto Bobbio prefere usar a palavra “exigências”, por achar muito forte a palavra “pretensão”, embora concorde que pudesse usá-la nesse contexto, por pertencer à linguagem jurídica e ser usada com frequência nas discussões acerca dos direitos fundamentais. Diz o autor italiano que essas exigências são simples aspirações, mesmo sendo justificadas com *argumentos plausíveis no sentido de direitos (positivos) futuros*.<sup>67</sup>

Peces-Barba assinala que essa pretensão moral justificada nasceu pela reflexão racional na história do mundo moderno a partir das contribuições integradas da filosofia moral e política liberal, democrática e social. Que pode ajudar na obtenção da autonomia e independência pessoal, embasada nas idéias de liberdade e igualdade, apresentando conceitos como solidariedade e segurança jurídica.

A pretensão moral justificada deve ser generalizável, como Lei Geral, que atinja a todos, de modo igualitário, dentro ou fora de qualquer categoria. Mas essa generalidade tem de ser compatível com a realidade social. Só há direito fundamental se a moralidade puder ser aplicada à realidade. Como o direito de propriedade não pode ser garantido a todos, de forma geral, ele não é um direito fundamental.

A segunda perspectiva diz respeito aos direitos sociais como um sistema dentro do sistema jurídico. Tecnicamente a pretensão moral justificada deve ser incorporável a uma norma, que possa obrigar os destinatários de uma obrigação jurídica, com garantia ou proteção judicial. Como consequência, que se possa entender, como direito subjetivo de titulares concretos – liberdade, potestade ou imunidade.

Como a pretensão moral justificada deve ser recepcionada pelo Direito Positivo, o direito à desobediência civil não é um direito fundamental. Da mesma forma, o direito de rebelião, porque seria uma contradição lógica juridificar a destruição do direito. Referem-se a fatos que até podem derivar de pretensões morais justificadas, que não podem ser tidos como comportamentos de delinqüentes, mas não são direitos fundamentais.

Do mesmo modo, o direito ao trabalho (a um emprego) não é um direito fundamental, porque só é possível obrigar os destinatários específicos de uma relação

---

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 17 ed. Rio de Janeiro:Campus,1992, p. 79.

jurídica. O obrigado diante desse direito de crédito seria apenas o poder público, que não é o principal empregador, nem mesmo nos Estados Sociais, que possuem um setor amplo numa economia mista. Os empregadores privados não podem ser obrigados a fornecer emprego, pois isso seria contraditório com a idéia da livre empresa, que é uma das características principais da economia de mercado, e pode até ser racionalizada, nos Estados Sociais, mas não suprimida. Os contratos de trabalho, no âmbito privado, não decorrem de obrigação, mas da livre vontade.

Isso se pode afirmar com relação ao Direito Civil de obrigações e contratos e com o Direito Mercantil. Quanto ao Direito de Família, nas obrigações dos pais com os filhos, há interesse público, e as disposições não são disponíveis, mas obrigatórias.

Entende Peces-Barba que nessa parte a compreensão dos direitos fundamentais que procura formular é “mais completa nas relações moralidade, legalidade, realidade fática, que a que poderia desprender-se da leitura unilateral e singela dos direitos como naturais ou morais”.

Em resumo, nem a propriedade, nem a desobediência civil e nem o direito ao trabalho são direitos fundamentais. A propriedade, explica o autor, foi vista como suscetível de justificação, mas não encontra suporte na moralidade dos direitos humanos. A desobediência civil e o direito ao trabalho são pretensões morais justificadas, mas não podem ser juridificadas.

A terceira perspectiva envolve os direitos fundamentais como realidade social. Isso significa que dependem, para sua existência, de fatores extra-jurídicos. Esses fatores podem ser de caráter social, econômico ou cultural e tanto podem favorecer, dificultar ou impedir a efetividade dos direitos fundamentais. Ex: a liberdade de imprensa pode ser condicionada pelo analfabetismo. Em síntese, o autor fala de influência da realidade social sobre o direito como o “terceiro componente para a compreensão dos direitos fundamentais, que não são somente valor e norma”.<sup>68</sup>

---

<sup>68</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general.** Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial Del Estado, 1995., p. 112.

Explica Peces-Barba que, até a modernidade, praticamente, não se falava em direitos fundamentais. Num dado momento da cultura política e jurídica, começaram a ser expostas as idéias, por exemplo, de dignidade humana, de liberdade ou de igualdade. Antes disso, alguns autores, como Platão, Aristóteles ou São Tomás de Aquino, falavam de dignidade, de liberdade ou de igualdade, mas não como conceitos de direitos fundamentais. O estudo desse conceito histórico será o ponto de partida para a compreensão dos direitos humanos.

O termo passou a ser explicado pelas características do mundo a partir do Renascimento, em várias dimensões, políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais. Houve uma interinfluência dos elementos antigos com os novos. Os direitos humanos estão no mundo moderno, apesar de terem uma pré-história medieval, de onde surge o limite ao poder político – elemento decisivo - através de privilégios outorgados a grêmios, a classes sociais ou a burguesias das cidades, e que se expressam em textos jurídicos como a Carta Magna de João Sem Terra.<sup>69</sup>

Peces-Barba estuda a passagem do privilégio outorgado referido, com um destinatário genérico e com um conteúdo abstrato, válido para qualquer indivíduo, ao direito fundamental. Em outros termos, analisa os elementos decisivos para a formação dos direitos humanos, ou seja, as condições da sociedade e a razão por que aparecem os direitos. A mudança no poder político, com o surgimento do Estado, como poder racional, burocrático e centralizador, a troca de mentalidade, pelas influências do humanismo e da Reforma. O surgimento da nova ciência e do novo Direito.

O surgimento do Estado, como poder absoluto, acarretou uma dissensão sobre as condições do seu exercício, calcada na nova mentalidade, com a influência da burguesia em ascensão. E surgiu um novo consenso político, que passou a inda-

---

<sup>69</sup> No decorrer da Baixa Idade Média, a Inglaterra passou por contradições de disputas políticas. No começo do Século XIII a nobreza inglesa obrigou ao rei João Sem Terra a assinar a Magna Carta, documento que impôs limites ao poder real, principalmente em relação às questões jurídicas, tributárias e que envolvessem a guerra. A Carta foi outorgada, em Runnymede, perto de Windsor, no ano de 1215, e foi confirmada: seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V, e uma vez por Henrique VI. Inglaterra, em defesa da liberdade da Igreja e do rei inglês. (USP. Magna carta. Disponível em:< [http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc\\_Histo/texto/Magna\\_Carta.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Magna_Carta.html)> Acesso em: 20 mar. 2007.

gar a origem do poder, sua justificação e sua finalidade. Esses pontos de vista, explica o autor, levarão aos primeiros textos positivos nos Séculos XVI e XVII.

### **2.3.1 Os Sinais dos Direitos Fundamentais da Sociedade na Passagem para a Modernidade**

Peces-Barba pretende encontrar nas características da passagem da Idade Média para a Moderna as razões que justificam o surgimento dos direitos fundamentais. Mas entende que é difícil conseguir isso de uma forma completa porque se misturam elementos medievais e novos, de onde nascem os primeiros sinais dos direitos fundamentais.

#### **2.3.1.1 O Sistema Econômico e o Protagonismo da Burguesia**

Peces-Barba aponta, como primeiro enfoque, a mudança na situação econômica e social, com o surgimento paulatino do sistema econômico, que vai redundar no capitalismo, e a afirmação da burguesia como classe em ascensão.

O poder econômico foi tomado pela burguesia, que apoiava e estimulava a mentalidade individualista. Os direitos fundamentais representavam um sinal do desenvolvimento desse individualismo e da posição protagonista que passou a ocupar o homem medieval nesse momento.

O novo sistema defendia a livre concorrência, ao contrário do sistema medieval, que a impedia (o indivíduo, no gremialismo, era enquadrado numa corporação fechada, baseada na hierarquia). Começava a liberdade da indústria e do comércio e o crescimento do individualismo.

Desse modo não foi uma coincidência o fato de os direitos fundamentais terem aparecido no mundo moderno nos países em que o capitalismo e a Revolução Industrial estavam mais avançados e a burguesia já estava consolidada e conhecia seu poder, lembra o autor.

Peces-Barba considera que apesar da passagem do feudalismo para o capitalismo ter sido lenta, tendo o capitalismo industrial um marco nos Séculos XVII e XVIII, seriam estas as características do capitalismo comercial: “desenvolvimento da produção de mercadorias e do sistema de produção comercial, com crescente im-

portância do dinheiro; liberação das limitações medievais [...]; superação do localismo; e formulação progressiva [...] de princípios filosóficos, políticos econômicos, religiosos e morais”.<sup>70</sup>

O mercantilismo, com a idéia de que a riqueza das nações é feita pelo acúmulo de metais preciosos e de dinheiro, reforçou o poder do Estado soberano, mas também beneficiou os interesses da burguesia, ajudando na extinção da sociedade estamental. Nos Séculos XVII e XVIII, essa burguesia, possuindo a força econômica e descontente com o poder excessivo do Estado, tentou compartilhar o poder político, usando os direitos fundamentais como uma de suas armas mais importantes. Então, com as teorias clássicas do capitalismo e com a obra de Adam Smith, *A Riqueza das Nações*, consolidou-se uma nova mentalidade, baseada no interesse individual, convertido em instrumento do bem geral.

Os fisiocratas, por sua vez, justificaram a propriedade como o único direito natural, até mesmo em sua desigualdade, e lançaram o lema do *laissez-faire*.<sup>71</sup>

O empresário burguês, com suas qualidades (por exemplo, economicidade), com seu espírito de empresa, com a paixão pelo ouro e pelo dinheiro, tornou-se um indivíduo calculista, que organiza seu empreendimento de forma racional.

Ao contrário do que acontecia na sociedade estamental, o indivíduo passou a ter valor independentemente de sua origem social e do lugar que ocupava na sociedade. O que interessa é o indivíduo em si e sua capacidade de criação econômica.

As primeiras expressões da filosofia dos direitos fundamentais começam a surgir voltadas para a limitação do poder absoluto, porque o Estado absoluto deixa de apoiar as mudanças e passa a ser um obstáculo. Outra razão constitui-se nos fatos, como as guerras de religião, que atrapalham o avanço do protagonismo da burguesia.

---

<sup>70</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 117.

<sup>71</sup> *Laissez-faire* (*laissez-faire, laisser-passer*): máxima fundamental da política econômica do fisiocratas deve ser a de deixá-la caminhar por sua própria conta. ABRAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 300.

Com a influência da burguesia na literatura, na arte, na filosofia, na ciência, surgiu a ideologia liberal, com o fim de permitir ao indivíduo burguês o livre desenvolvimento de sua atividade econômica e a direção do poder político.

Antes disso, a justificação do direito de propriedade foi feita através das idéias dos direitos humanos. A propriedade, ao lado da liberdade da indústria e comércio, era o que interessava mais de perto à burguesia comercial. Mas os outros, como os direitos individuais, as garantias processuais e o direito à direção dos assuntos políticos, que ajudaram a burguesia a chegar ao poder, estavam ligados aos interesses mais gerais, como vencer os planos do Estado absoluto.

### **2.3.2 A Mudança no Poder Absoluto: o Surgimento do Estado**

Foi preciso unificar o poder, diante do localismo feudal, para superar os desafios decorrentes da extensão do comércio, da economia dinheirista e de mercado, do desenvolvimento das finanças internacionais, entre outros fatores.

Da mesma forma, o poder era necessário para permitir que a burguesia pudesse desenvolver sua atividade comercial, com ordem e segurança, diante das estruturas políticas da Idade Média. A necessidade desse poder unitário também tinha como causa o rompimento da unidade ideológica, que mantinha a segurança e estava embasada no monopólio da Igreja Católica, onde imperava a ideologia sobre o pensamento, a ciência e os costumes. Essa segurança tornou-se a segurança jurídica pelo Direito. O Estado, que pretende o monopólio no uso da força legítima, age como unificador das normas.

Surgiu, assim, o Estado, que se configura em dois modelos: o continental, que implica na extinção da organização política medieval, passando rapidamente por uma fase de Estado estamental, até organizar o Estado absoluto; o inglês, que implica na transformação da estrutura jurídico-política medieval no Estado moderno, sem um rompimento completo, mantendo por um período maior os princípios estamentais.

A partir desses dois modelos, surgiram os dois tipos históricos de direitos humanos: o que se vincula ao modelo continental e o que se vincula ao modelo inglês. Os do modelo continental se fundam na ideologia dos direitos naturais do jusnatura-

lismo racionalista e da ilustração. Os do modelo inglês são “mais pragmáticos, mais historicistas, mais conectados com as transformações concretas do poder político e com sua limitação”.<sup>72</sup>

Assinala Peces-Barba os traços que identificam o Estado Moderno, em especial o continental, com maior influência na formação teórica dos direitos fundamentais:

- a) Monopólio no uso da força legítima: o Estado afirma seu poder contra o monopólio da Igreja Católica, contra os senhores feudais e contra o império;
- b) Monopólio da produção normativa: o soberano cria o direito (sua primeira função). Surge uma dialética de força entre o Direito Natural e o Direito Positivo. E aí vão nascer os direitos fundamentais, na esfera do jusnaturalismo racionalista e vêm até hoje, com o dualismo entre pretensões morais justificadas e seu reconhecimento no Direito positivo;
- c) Desaparecimento progressivo no continente das dimensões estamentais: os elementos estamentais com os quais começou o Estado moderno vão desaparecendo, e os parlamentos perdem sua influência. Consolida-se o Estado absoluto;
- d) Fundamentação do poder absoluto pelos régios: as funções do reino fundamentam o poder absoluto com princípios como *si veut le roi, si veut la loi* (o que quer o rei é o que quer a lei);
- e) Consideração do individualismo como súdito e único sujeito na relação com o monarca: acaba o poder dos estamentos e o indivíduo, além de sujeito único na relação com o rei, também é o interlocutor único no monopólio no uso da força legítima. Todos os indivíduos são iguais perante o rei.

---

<sup>72</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general**. Madrid: Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 120.

- f) Unidade e racionalidade do poder, com dependência dos juízes e da administração: A administração é organizada como força burocrática do Rei, de forma permanente. Surgem aí também os exércitos permanentes e a Fazenda Pública;
- g) Justificação das condutas do poder através da idéia da razão e do Estado: a razão do Estado é colocada acima de qualquer outro critério racional que estivesse vinculado às necessidades do indivíduo. Essa idéia vai ser oposta à idéia de direitos fundamentais. Será usada na defesa da tese de que os princípios estão acima da lei, e a ela não se submetem;
- h) Utilização da força do fator religioso para favorecer a unidade do poder do monarca absoluto: Cria-se a idéia de Igreja Nacional e o princípio de que os súditos deveriam ter a mesma religião do Rei. Com esse uso político da religião foram criadas situações de violência e perseguição, atingindo a consciência dos indivíduos. Aí então aparecem os primeiros sinais dos direitos humanos em torno da tolerância e da liberdade de consciência.
- i) Com essas características aparece o Estado, que se vai impondo durante a Idade Moderna. As palavras do primeiro capítulo, do *Príncipe*, de Maquiavel, representam esse Estado. “Todos os estados, todos os senhores que tiverem ou tenham império sobre os homens foram ou são repúblicas ou principados”.

### **2.3.3 A Troca de Mentalidade**

Começa a surgir uma nova mentalidade, relata Peces-Barba, influenciada pelo humanismo e pela Reforma, que vai gerar uma nova cultura, com características que vão apoiar o nascimento do conceito dos direitos fundamentais.

A ética medieval, que era a ética católica, estava apoiada na graça e na liberdade. Frente a ela, a ética renascentista, com a Reforma Protestante, será a ética da graça, e, com o humanismo, será a ética da liberdade.

A ética da reforma protestante e a do humanismo vão afirmar “a autonomia, o valor do trabalho e da atividade humana”. O homem é colocado no centro do universo, é dono de si mesmo e domina a natureza.

A ética da liberdade do humanismo terá como objetivo principal a realização do homem e o domínio da natureza. O homem pode ter o que quiser.

Na ética da graça da reforma protestante o indivíduo, predestinado, só deve agir de acordo com a vontade de Deus, e as necessidades materiais deverão ser supridas pelo Estado.

Essas duas éticas levarão ao ordenamento jurídico da sociedade, a um campo de autonomia e a uma liberdade negativa que ninguém, nem o Estado, deve interferir.

Essa mentalidade vai estimular as liberdades civis, primeiros sinais dos fundamentos na história, quando a burguesia, sufocada pelas pressões do Estado, precisa dessa autonomia para desenvolvimento de suas atividades.

Da mesma forma, a reivindicação, pela burguesia, dos direitos políticos, também será embasada nessa mentalidade, que então já será a mentalidade liberal.

Peces-Barba destaca ainda os aspectos da mentalidade do humanismo:

- a) Domínio da natureza;
- b) Saber puramente humano, desvinculado da teologia;
- c) Retomada das idéias de Platão, que vai influir no jusnaturalismo racionalista; que adotará a filosofia dos direitos fundamentais;
- d) Posição relativista diante da vida, que vai influenciar na idéia de tolerância e que será o começo das liberdades individuais;
- e) Idéia de que razão e história são compatíveis e inseparáveis da idéia de progresso e será a condição desconsideração dos direitos fundamentais;
- f) Um conceito novo de educação, voltada para todos, e fazer o homem dono de si mesmo;

A tomada de consciência do valor social da educação vai ser o início do direito à educação e do direito à liberdade de cátedra.

Destaca o autor, também, os aspectos da ética da graça do protestantismo:

- a) Rompimento do monopólio da Igreja Católica, o que fomentou a iniciativa individual;
- b) Impulso do subjetivismo e do individualismo. Mesmo a tradução da Bíblia em língua comum, favoreceu o individualismo;
- c) Influência essencial na formação do jusnaturalismo racionalista. Com o rompimento da unidade religiosa, não é possível fazer uma justificação do direito justo na autoridade do Deus da Igreja Católica, e vai ser preciso fazê-lo sem as propostas da religião. O uso razão e a natureza vão servir para esse fim, através do jusnaturalismo racionalista;
- d) Influência no estabelecimento da moderna idéia do Estado. O protestantismo novo apresenta traços, como a tolerância, a distinção entre o direito e a moral, que levarão ao Estado liberal – onde se encontram os primeiros direitos fundamentais;
- e) Apoio ao desenvolvimento da ciência moderna, que vai crescer inesperadamente e favorecer o domínio do indivíduo sobre a natureza e seu poder.

Explica o autor, resumindo, que, nessa mudança de mentalidade, para a modernidade, “os fatores ideológicos influem e são influenciados pelos fatores políticos e econômicos, e como todos eles favorecem o aparecimento da filosofia, e, depois do direito positivo, dos direitos fundamentais”.

#### **2.3.4 Os Traços da Cultura: A Secularização, o Naturalismo, o Racionalismo e o Individualismo**

O Homem moderno vai construindo uma cultura própria enfatiza Peces-Barba, e destaca os quatro traços decisivos, no seu entender, para a construção da filosofia dos direitos fundamentais: a secularização, o naturalismo, o racionalismo e o individualismo. São traços da sociedade liberal, que começam a ser preparados nos Séculos XVI e XVII.

### **2.3.4.1 A Secularização**

A secularização ocorreu diante das características da sociedade medieval e implicou na “mundanização” da cultura, que contrapõe a soberania da razão e o protagonismo do indivíduo com um tipo de vida baseado na autoridade da Igreja. É o resultado da ruptura de uma unidade religiosa e vai abranger todas as categorias da vida: a arte, a pintura, a literatura, a liberdade, entre outros.

Surgiram centros de investigação e de ensino, diante das Universidades tradicionais. Outro sinal desse processo de secularização é a separação entre a ética e a política, que começa com Maquiavel e o jusnaturalismo racionalista diante do jusnaturalismo cristão.

Nesse momento, Deus não é posto em dúvida, mas o que interessa são as causas naturais das coisas, as técnicas científicas naturais ou as técnicas políticas. Deus é o criador, mas o homem pode ser analisado de forma autônoma, desvinculado do criador. A ordem e os valores medievais vão ser relativizados com os descobrimentos e as conquistas do novo mundo, pela influência das novas culturas.

Nesse processo, os direitos humanos vão substituindo a ordem medieval e a idéia de segurança vem fundamentar todo o conjunto do sistema. Assim, pode-se falar em liberdade, igualdade e segurança como parte da idéia de justiça, como justiça formal. Nessa fase da secularização se destacam as necessidades de segurança da burguesia, para a procura de uma ordem fundada na razão e na natureza humana, do indivíduo e dos direitos naturais.

### **2.3.4.2 O Naturalismo**

Segundo Peces-Barba, o naturalismo implicou na volta à natureza. Em contraposição à explicação transcendente do mundo, da mentalidade religiosa, o naturalismo é uma tentativa de explicação imanente, que se espalha pela arte (quadros de Velásquez, exemplifica o autor), literatura (análise psicológica dos personagens de Shakespeare), ciência, normas sociais e pelo Direito. Esse interesse pela natureza leva ao conhecimento real da natureza, pelos progressos das ciências físicas e naturais, através da observação direta.

Procura-se descobrir as leis racionais que regem a natureza, pela análise da própria natureza, e se chega à natureza do homem, capaz de abrigar as leis que regem a conduta humana. A partir daí começa a transformação do jusnaturalismo, início dos primeiros direitos fundamentais que surgem como direitos naturais. Esse apoio na natureza aproxima-se da noção de igualdade jurídica, necessária para a idéia do Direito moderno. A burguesia, então, passa a generalizar os seus interesses como se fossem interesses de toda a humanidade.

No Século XIX, a classe dos trabalhadores, no processo que Peces-Barba denominou de generalização, em nome da igualdade jurídica, vai incorporar seus interesses ao sistema político do Estado de Direito. Começam aí também os rumos para a idéia de um destinatário genérico das normas jurídicas, fortalecendo-se a noção de direito subjetivo (que mais tarde vai ser utilizado para a positivação dos direitos naturais).

#### **2.3.4.3 O Racionalismo**

Para Peces-Barba, o racionalismo implica na crença absoluta no valor da razão como instrumento de conhecimento, que vai levar ao domínio da natureza, à descoberta de suas regularidades e leis, não só da natureza física, mas também da vida social humana. E vai também influenciar a arte e a literatura.

Ao promover a livre ação e a procura autônoma do homem e de seu pensamento, o racionalismo vai auxiliar as teses do subjetivismo individualista. Isso significa que vai representar, social e politicamente, a ideologia da burguesia, voltada para a idéia do protagonismo do homem na história.

Tendo em vista a influência das idéias de Platão, nessa época, o Direito ideal, justo, será o Direito racional, que é o próprio Direito natural, identificável pela razão. Em síntese, o racionalismo reforça o poder da burguesia pelo domínio da natureza e garante esse domínio através de regras jurídicas, ou seja, direitos naturais decorrentes do estudo racional da natureza humana que se transforma em Direito justo. Entende Peces-Barba que o protagonismo da razão encobre o valor da história para os direitos fundamentais.

#### **2.3.4.4 O Individualismo**

Afirma Peces-Barba que o individualismo é a característica que mais define o tempo moderno. “Representa a forma própria de atuação do homem burguês que quer protagonizar a história, depois da dissolução do indivíduo nas realidades comunitárias e corporativas medievais”. Aparece nas artes, na literatura, nas ciências e nos humanistas. O individualismo implica no interesse pelo homem em todos os sentidos e na vontade de conhecer o próprio homem.

A partir do desenvolvimento da imprensa, a produção dos livros em série possibilita o trabalho individual e o intelectual, com o uso isolado da razão. No conceito individualista, o homem pode tudo, exerce um poder e um conhecimento que o assemelha a Deus.

#### **2.3.5 A Nova Ciência**

A estabilização de uma nova ciência tanto influencia como vai receber a influência das outras características já descritas. O grande progresso da ciência nos Séculos XVI e XVII foi facilitado pelo rompimento da unidade religiosa e da concepção científica presa aos conceitos da teologia, e pelo surgimento de métodos de conhecimento autônomo.

Como teóricos da nova ciência, assinala Peces-Barba, aparecem Bacon, Descartes e Newton. A idéia do mundo como um grande mecanismo substitui a do mundo com fins criados por Deus. A cultura da ciência moderna vai ajudar a preencher o vazio deixado pela perda da autoridade da Igreja e de seu lugar no centro da história. E isso vai acontecer principalmente através da tentativa de aplicar a razão dedutiva matemática às ciências sociais e ao conhecimento jurídico. A luta dos cientistas pelo direito a uma investigação racional, contra a resistência principalmente da Igreja Católica e das igrejas reformadas, é uma luta pela liberdade de pensamento e de investigação.

#### **2.3.6 O Novo Direito**

Na passagem para a modernidade acentua-se o Direito produzido pelo poder político que, ao mesmo tempo, vai ajudar na consolidação do Estado soberano. É

ele que vai fazer e promulgar as leis, independentemente de agradar ou não os súditos.

O jusnaturalismo e o novo Direito passam a coexistir. O jusnaturalismo apóia as propensões sistemáticas e as características das regras como gerais e abstratas e a exigência do Direito positivo para a eficácia dos direitos naturais. O Direito Romano também será essencial para a formação do Direito moderno, e implica na passagem de uma sociedade que tinha Deus como centro, para uma sociedade que tem como centro o direito.

Tanto o Direito privado como o público sofrem as influências do Direito Romano, e no direito privado haverá uma identificação do Direito Romano com o direito natural. Mas não se trata apenas de transpor o Direito Romano para o Direito moderno, acrescenta Peces-Barba, mas de usá-lo de modo reorganizado para as exigências do novo poder e da burguesia.

As dificuldades técnicas para o cidadão comum interpretar o direito levam ao aparecimento da profissão de jurista. Quanto mais complexo o aparato jurídico, mais cresce a importância e a influência do jurista, ao ponto de surgir um novo tipo de nobreza, a da toga, ao lado da nobreza tradicional, e mais importante que esta na época das revoluções do Século XVIII. Essa nobreza era constituída pelos seguintes juristas: conselheiros reais, juizes e funcionários, e com formação; por isso as faculdades de Direito ganharam papel importante.

O jurista, portanto, é considerado essencial para a formação do Estado Moderno e também posteriormente, para a organização do Estado liberal – início histórico dos direitos fundamentais. Primeiramente, o jurista servia à monarquia, depois, à burguesia a que pertencia. Deve-se considerar aqui também a evolução do Direito constitucional inglês, e os dois elementos que foram por ela incorporados, de extrema importância para o direito público moderno e para a história dos direitos fundamentais. Trata-se da independência do Parlamento em relação aos privilégios reais e da independência dos Tribunais, com a formação da *Common Law*. Esses dois elementos vão recair na idéia de limitação do poder, através de sua separação. A formação dos direitos fundamentais do modelo britânico será influenciada por essa evolução do Direito inglês.

Peces-Barba assinala que tudo o que foi visto deve ser levado em conta para fundamentar os conceitos dos direitos fundamentais, para levar à sua compreensão. E afirma que esse tema tem um forte componente jurídico que não pode se separar do componente ético. Em síntese, o autor enumera as características dos direitos fundamentais:

- a) É um direito estatal, decorrente do poder do Estado, e implica no ordenamento da sociedade através de normas gerais e abstratas;
- b) O direito tem como destinatários o homem e o cidadão;
- c) O direito identifica-se com a lei – como regras de conduta expressas na lei. Abre-se o caminho para o constitucionalismo e para a codificação;
- d) Nasce e se fortalece a idéia de direito subjetivo;
- e) O requisito essencial do direito é a coercibilidade e leva à idéia de que o Direito Positivo é o único direito, porque só ele detém essa condição da coercibilidade;
- f) A distinção entre Direito e Moral, decorrentes do processo de secularização;
- g) A distinção entre direito público e privado, com a preponderância deste, como expressão jurídica da autonomia da vontade da burguesia. Os direitos fundamentais, no início, sem formaram como direitos dos privados.

## **2.4 ORIGENS DO CONSENSO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A origem do consenso da idéia dos direitos fundamentais, afirma Peces-Barba, parte de um dissenso anterior sobre a posição da monarquia absoluta. No início, a burguesia e a monarquia aliaram-se para acabar com o poder medieval. O novo poder, centralizado no monarca, dava à burguesia a segurança que ela precisava primeiramente. Depois, quando a burguesia consolidou sua força social, precisou de espaço político e estimulou o dissenso, com os humanistas, os juristas, os cientistas e os membros de seitas e igrejas, que não concordam com a religião do monarca. A burguesia e a monarquia, então, tornaram-se adversárias. Era preciso

construir uma filosofia que limitasse, regulasse e racionalizasse o poder absoluto, que se punha acima da lei.

Assim surgiu nesse consenso o que é o constitucionalismo principiante do Estado liberal, a filosofia e o Direito Positivo dos direitos fundamentais. É elaborada uma teoria sobre o poder que vai evolui até chegar aos direitos como aparecem hoje em dia. Sem o exame desse consenso e de sua evolução histórica, assevera o autor, não se pode falar em compreensão dos direitos fundamentais, ou seja, na fundamentação e conceito dos direitos fundamentais.

A origem do poder político assumido pela burguesia, e que implica na passagem do Estado de natureza ao de sociedade, está fundada num consenso entre os indivíduos. É a ideologia do pacto social. O povo “é o titular da soberania, com a delegação posterior ao governante”, através de múltiplas modalidades. O autor destaca, entre elas, as características mais relevantes para o tema dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a delegação, efetuada pelo povo, titular da soberania, é reversível e a legitimidade do poder ao governante depende do cumprimento dos fins que justificam essa delegação – a segurança e a defesa dos direitos fundamentais.

Em segundo lugar, o pacto social existe para a proteção dos direitos naturais, e eles são o limite do exercício do poder. Na origem do poder pelo pacto social se encontra também a origem do constitucionalismo, das idéias democráticas modernas e dos direitos de participação política. Da mesma foram, é com o contratualismo que se inicia essa vinculação entre poder e direitos fundamentais, então como direitos naturais.

Em terceiro lugar a submissão dos governantes à lei e a separação dos poderes. Em lugar do governo dos homens, que recebem a soberania pela vinculação com Deus ou pela tradição histórica, surge o governo das leis, ou seja, o governo em que os governantes estão submetidos à lei, e não acima dela. Nesse contexto, no Estado de Direito, haverá o reconhecimento dos direitos fundamentais e também a consagração do constitucionalismo como limitação do exercício do poder. Quanto à separação dos poderes, é outra proposta para limitar o exercício do poder. Com o

fortalecimento do poder, é preciso haver a separação dos papéis do próprio poder para conseguir sua limitação. Assim, nos Séculos posteriores, com o Estado liberal, o poder legislativo será o “autor” dos direitos fundamentais, no ordenamento jurídico, além de ser também o legislador constituinte originário. Ao poder judiciário caberá sua interpretação.

Em quarto lugar, os direitos naturais apresentam-se como protagonistas, nos limites e fins do poder, que são a causa do pacto social. Todo homem traz, do Estado de natureza, os direitos naturais, e o poder existe para garantir a eficácia desses direitos na sociedade, através do Direito Positivo. São os direitos do homem, mas o pacto social cria outros direitos – os direitos do cidadão. Tais direitos limitam o exercício do poder. O seu desrespeito pode levar à revogação do poder pelos membros da sociedade derivada do pacto social.

Em quinto lugar, a partir do dissenso produzido pela intolerância e pela imposição de uma crença religiosa por meio da força, o uso pelo poder político de direito de coação para atingir a consciência individual, é elaborado um consenso fundado na idéia de tolerância, de onde vão surgir as liberdades religiosa, de pensamento e de consciência. São as primeiras expressões dos direitos humanos como filosofia.

Em sexto lugar, o problema do Direito Penal e Processual na monarquia absoluta, com a dependência dos juízes, a desigualdade nos procedimentos, a tortura como pena e como meio de confissão, as crueldades das penas gera um outro dissenso, que vai levar à uma elaboração fundada na necessidade de segurança através das garantias processuais.

Os primeiros direitos, de consciência, de pensamento e de garantias processuais, encontrados na história, são o resultado de uma construção doutrinária, no constitucionalismo principiante, que não é apenas racional, mas representa também o repúdio a uma situação fática da época.

Assim, no nascimento dos direitos fundamentais se vê a conexão entre a razão e a história. Uma reflexão sobre a realidade formada pelos fatos históricos enseja o aparecimento de valores, que vão gerar direitos.

Ressalta o autor, ainda, que o pensamento constitucional incorre, primeiramente, na formação dos direitos fundamentais através da concepção de direitos naturais, quando os coloca na causa do pacto social, e, depois, através da criação do espaço para os direitos políticos, pela representação da soberania.

Conclui Peces-Barba que, observando as declarações do Século XVIII e os textos do Século XVII, percebe-se que os direitos que ali parecem como naturais podem ser explicados pelas razões históricas e culturais por ele indicadas, vinculadas à origem do constitucionalismo. A compreensão dos direitos fundamentais implica numa atividade intelectual integradora, que ele denomina filosofia dos direitos e Direito Positivo.

Ao demonstrar posicionamentos que confundem a função com a fundamentação dos direitos humanos, ou porque se desinteressam pelos fundamentos e pelas origens, ou porque não consideram relevante a função dos direitos, o autor propõe sua atividade integradora. É uma tentativa de evitar os reducionismos fundamentalista e funcionalista. É um ponto de encontro entre o Direito e a Moral<sup>73</sup>, a seu ver talvez o mais importante de todos, mediado pelo poder.

A compreensão dos direitos humanos, para ele, só é alcançada se houver a consideração de que os direitos humanos são uma pretensão moral justificada sobre traços relevantes oriundos da idéia de dignidade humana, recepcionada pelo Direito Positivo.

No estudo de Peces-Barba sobre os direitos fundamentais como conceito histórico, o autor procura, portanto, demonstrar a origem histórica da idéia dos direitos fundamentais. Situa o estudo das características da passagem da Idade Média para a Modernidade como o passo inicial para a compreensão dos direitos fundamentais. Não reputa causal o fato de os direitos humanos aparecerem no mundo naqueles países em que o capitalismo e a Revolução Industrial estavam mais avançados. Assim, o sistema econômico e o protagonismo da burguesia, para o autor são o primeiro traço a considerar nesse contexto histórico. Em seguida identifica o surgimento do Estado, como outro fator de influência para o aparecimento dos direitos humanos e,

---

<sup>73</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales. Teoría general.** Madrid: Imprenta Nacional Del Boletín Oficial Del Estado, 1995, p. 103.

após, a troca de mentalidade, os aspectos da cultura (secularização, naturalismo, racionalismo e individualismo), a nova ciência e o novo direito, que, como um todo, servem para fundamentar corretamente e fixar o conceito dos direitos humanos.

No panorama de todas essas características, Peces-Barba apresenta o consenso, através do qual nasce a idéia dos direitos fundamentais, formado a partir de um dissenso anterior a respeito da monarquia absoluta. Esse consenso, explica o autor, é o do constitucionalismo principiante do Estado liberal.

Norberto Bobbio também defende, sob o ponto de vista teórico, que os direitos humanos são direitos históricos, “[...] nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez, e nem de uma vez por todas.”<sup>74</sup>

Sérgio Cademartori, na mesma linha, entende que os direitos humanos “[...] são frutos de *condições reais ou históricas*, que demarcam a passagem do regime da monarquia absoluta para o Estado de Direito, ao lado de *condições subjetivas ou ideais ou lógicas* que são dadas pelo pensamento cristão primitivo [...]”<sup>75</sup>

## 2.5 AS GERAÇÕES, AS LINHAS DE EVOLUÇÃO HISTÓRICA E AS DECLARAÇÕES

O critério das gerações de direitos fundamentais e das linhas de evolução histórica dos direitos fundamentais localiza cronologicamente o reconhecimento dos diversos direitos no decorrer da história, mas é somente um instrumento metodológico, para uma melhor compreensão. Da mesma forma, destaca-se aqui que se entende que uma nova geração de direitos não torna a geração anterior sem significado, uma vez que os direitos se relacionam constantemente e uns dependem dos ou-

---

<sup>74</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

<sup>75</sup> CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 34.

tros. Trindade, inclusive, destaca a importância da interpretação harmonizante das diversas gerações e instrumentos normativos.<sup>76</sup>

Segundo Bobbio,<sup>77</sup> a teoria das gerações de direitos humanos apresentam-se em quatro gerações. Os direitos humanos de **primeira geração** ou direitos individuais surgiram no Século XVII, com o direito da livre iniciativa econômica, da liberdade de pensamento, da liberdade política e da liberdade de locomoção, direitos religiosos, num Estado liberal.

Os direitos humanos de **segunda geração** referem-se aos direitos metaindividuais e resultam de oposições entre forças sociais. Abrangem os direitos relacionados à saúde, à educação, à assistência social, ao trabalho, à segurança e ao transporte, no âmbito de um Estado Social e democrático social.

Os direitos humanos de terceira geração envolvem os direitos dos povos, resultantes das lutas e transformações sociais, econômicas e políticas, na busca do direito de viver em um meio ambiente saudável.

Os direitos humanos de quarta geração estão relacionados resultantes dos efeitos “traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”.

Bobbio lembra que os direitos:

Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.(...) Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos po-

---

<sup>76</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. New dimensions and challenges of International Law: human rights and the environment in: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (ed.). **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>77</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

deres constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios.

Marcos Leite Garcia<sup>78</sup>, expondo a teoria de Peces-Barba acerca dos direitos fundamentais, destaca que o professor espanhol situa os direitos e gerações nas linhas de evolução histórica dos direitos fundamentais nas quais ocorrem os seguintes processos: o processo de positivação, no qual se dá a passagem da discussão filosófica ao Direito Positivo. Refere-se à primeira geração ou aos direitos de liberdade. Com base no individualismo liberal-burguês dos Séculos XVII e XVIII, os direitos impõem obrigações negativas ao Estado. São direitos referentes à vida, à segurança, à liberdade, à não discriminação racial, à propriedade privada, à liberdade de culto, à locomoção, à participação política, entre diversos outros.

Do início do processo de positivação, ou melhor, do primeiro processo de positivação levado a cabo com as revoluções burguesas do Século XVII, nos parece acertado e didático falar em um anterior processo de evolução que seria o qual chamados de processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. Este processo de evolução estaria diretamente relacionado com a fundamental pergunta da filosofia dos direitos fundamentais que seria qual deve ser o conteúdo.

O processo de generalização, que envolve a ampliação do reconhecimento e proteção dos direitos de uma classe a todos os membros de uma comunidade nacional como resultado da luta pela igualdade são os direitos sociais, econômicos, culturais ou de segunda geração. Derivam de aspirações igualitárias fortemente ligadas aos Estados marxistas e social-democratas que exerceram influência depois da Segunda Guerra Mundial com o aparecimento do Estado-Social. Seu principal objetivo é defender que os indivíduos tenham condições materiais para gozarem dos direitos de primeira geração e, portanto, tendem a requerer do Estado intervenções sociais na prática da justiça distributiva. Envolve direitos de segurança social, proteção contra o desemprego, descanso, férias remuneradas e padrão de vida que garanta a saúde e o bem-estar da família, a liberdade de escolha profissional, propriedade educacional e direito à educação entre outros.

---

<sup>78</sup> GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>> Acesso em: 5 fev. 2007.

Peces-Barba aponta também o processo de internacionalização, que busca envolver a comunidade internacional na universalização dos direitos humanos, que são também os direitos de solidariedade ou fraternidade, ou ainda, o direito à paz, ao desenvolvimento sustentável, o direito ao meio ambiente. É a busca de internacionalização dos direitos humanos.

Já o processo de especificação ou concreção leva em conta a pessoa em seu contexto específico e de acordo com suas necessidades, para ter direitos como criança, idoso, mulher, consumidor, entre outros, ou o direito de ter um meio ambiente saudável e à paz. Peces-Barba os indica como direitos de terceira geração ou direitos difusos.<sup>79</sup>

### 2.5.1 Direitos e Declarações Envolvendo Direitos Humanos

Existem muitas fontes de surgimento da idéia dos direitos humanos. Para Goyard-Fabre<sup>80</sup>, tanto a política quanto o direito tinham na Antiguidade e na Idade Média um horizonte cosmo-teológico no qual a referência ao humano tinha caráter secundário. Enquanto Protágoras denominava o homem como medida de todas as coisas, Platão e Aristóteles concebiam o homem em sua relação com a natureza. O cristianismo o considerava como criatura situada em sua relação com Deus. Mas foi com Descartes que o homem se torna o centro da reflexão filosófica. A aparição sobre o humanismo significa que o *ego cogito* deve se uma reflexão sobre si próprio.

O autor denomina Hobbes, mais que Descartes, que inaugurou o individualismo ao considerar o indivíduo como o elemento indivisível do mundo humano, concebido tanto este como o mundo físico de maneira mecanicista. Mas também Locke havia se impressionado desde sua juventude com o individualismo e considera que o homem é obrigado à sociabilidade por meio da universal lei de natureza, traz em si qualidades reconhecidas por Locke como direitos naturais.

---

<sup>79</sup> Outros autores, como Weston (1990) indicam como de terceira geração aqueles direitos equivalentes ao processo de internacionalização de Peces-Barba. (WESTON, Burns H. **Human Rights** In: The New Encyclopaedia Britannica. 15 ed. Chicago, 1990. v. 20, p. 656).

<sup>80</sup> GOYARD-FABRE, Simone. Los derechos del hombre: origenes y prospectiva. In: **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Edición de José M.<sup>a</sup> Saucá. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, 1994.

Para Celso Lafer,<sup>81</sup> as origens dos direitos humanos estão nas tradições judaico-cristã e estoica da civilização ocidental na afirmação da dignidade humana, como criatura feita à semelhança do Criador, ou por ser habitante do mundo, como cosmópolis, onde todos os cidadãos são iguais, ou seja, possuem o Direito natural.

O Direito natural, na consideração de Lafer, no começo da Era Moderna, Séculos XVI e XVII, teve seu fundamento divino substituído pela Razão, de posse de todos os seres humanos. Como nessa época ocorreram a Reforma protestante e cisões entre os cristãos ocidentais, enquanto se fortaleciam os Estados-nacionais, ocorreram muitos conflitos com mortes, que ocasionaram o reconhecimento de que todos tinham liberdade de crença religiosa, o que ocorreu pelo Tratado de Vestfália, em 1648, que colocou fim à Guerra dos 30 anos.

Em 1789 a Assembléia Nacional Constituinte Francesa votou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, com o objetivo de confirmar princípios conformes com o Iluminismo, que comporiam a constituição francesa. Com a ascensão econômica da classe burguesa, juntamente com a crítica política e filosófica racionalista, culminaram em um período de revoluções contra regimes absolutistas, interrompendo a divisão em estamentos e implantando o status da cidadania a todos os indivíduos, sendo positivados os direitos naturais, que constituíram a primeira geração dos direitos humanos.

No decorrer do Século XIX, a segunda geração de direitos humanos, econômicos, sociais e culturais foi buscada por movimentos proletários e socialistas, mas somente no Século XX é que foi positivada pelas constituições revolucionárias mexicana e russa e a da República de Weimar. Conforme Lafer, na medida em que o sistema internacional vestfaliano, a partir da Europa, foi se fortalecendo o Estado passou a se identificar com a Nação e proporcionou a formação de Estados-Nações. Através das expansões imperialistas, o critério nacional, o território e a população do planeta foram divididos em Estados nacionais. Na mesma proporção expandiu-se o liberalismo o qual estimulou a elaboração de constituições com a inclusão dos direitos fundamentais, que eram protegidos por vias diplomáticas, mas estas não resisti-

---

<sup>81</sup> LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ram à crise mundial da primeira metade do Século XX, com a ocorrência das duas Grandes Guerras Mundiais das quais surgiram refugiados, minorias que, por estarem excluídas de um Estado-Povo ou de um Território violavam a lei, surgindo assim o Estado policial. O sistema de proteção diplomática dos direitos humanos foi substituído por uma proteção internacional.

Segundo Fábio Comparato, "a Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5.<sup>o</sup> e 123)".<sup>82</sup> O autor enfatiza esse fato histórico por não ser comum à Europa, por exemplo, que só passou a se solidificar na aceitação da dimensão social dos direitos humanos depois da guerra mundial de 1914-1918.

A Constituição de Weimar, em 1919, seguiu a trajetória da Carta Mexicana de 1917, o que também se realizou com todas as convenções aprovadas pela Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington, também em 1919, que "regularam matérias que já constavam na Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria".

Diversas medidas da Carta Mexicana também foram adotadas pelo III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, que se reuniu em Moscou em janeiro de 1918, antes do fim da primeira Guerra Mundial, que assinou a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado.

Para Comparato, a Constituição mexicana,

foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.

---

<sup>82</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A constituição mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>> Acesso em: 4 abr. 2007, p. 1.

Deslegimitou, com isso, as práticas de exploração mercantil do trabalho, e portanto da pessoa humana, cuja justificação se procurava fazer, abusivamente, sob a invocação da liberdade de contratar.

Em seu art. 123, determina que os trabalhadores recebam habitações baratas, em arrendamento ou venda, conforme programas previamente aprovados. O Estado deve estabelecer um fundo nacional para constituir depósitos em favor dos trabalhadores e estabeleça um sistema de financiamento que outorgue a eles crédito barato e suficiente para que adquiriam propriedades cômodas e higiênicas, ou para construí-las e melhorá-las.<sup>83</sup>

A Constituição de Weimar, nome de uma cidade da Saxônia onde a Constituição alemã foi votada, inovou em diversos sentidos, especialmente as disposições sobre o direito trabalhista e a educação política que serviram de base da democracia social.<sup>84</sup> Em seu art. 155 coloca o direito à habitação como consequência do aproveitamento do solo, que garante a cada alemão ter uma habitação saudável

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 1948, em seu artigo 11, afirma que “toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade”.<sup>85</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, determina em seu art. XXV que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação [...]”.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> DHnet - Rede de Direitos Humanos & Cultura. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>> Acesso em: 10 abr. 2007.

<sup>84</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A constituição mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>> Acesso em: 4 abr. 2007, p. 1.

<sup>85</sup> DHnet - Rede de Direitos Humanos & Cultura. **Declaração Americana dos direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oeadcl.htm>> Acesso em: 10 abr. 2007.

<sup>86</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 3 abr. 2007.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos se encontram protegidos, entre outros, o direito à moradia. Foi ratificada na mesma data no Brasil, que estabelecia o direito à moradia, embora utilizasse o termo “habitação”, definida no inc. XXXV, item I<sup>87</sup>:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.<sup>88</sup>

Observa Lima Júnior<sup>89</sup> que a Declaração elege como “inalienáveis” os direitos humanos sem diferença de civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A igualdade de direitos determina os valores da liberdade (liberalismo) e da igualdade (socialismo). Estabelece que os direitos civis e políticos só encontram sentido na efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão representa, segundo Bobbio, “a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade”.

Para Bobbio, com a Declaração de 1948 começa uma fase caracterizada pela afirmação dos direitos como universal e positiva:

Universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas ideal-

---

<sup>87</sup> LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>88</sup> Tradução não-oficial obtida por Souza (2004) em: PROCURADORIA GERAL DO ESTADO E DO GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo, 2.<sup>a</sup> tir. Série documentos n. 14, agosto de 1997.

<sup>89</sup> LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

mente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.<sup>90</sup>

São exemplos de reconhecimento do direito à habitação também a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n.º 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, aprovada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Em sua alínea *d* garante o “direito de escolher residência”<sup>91</sup> no âmbito do direito à moradia.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 teve como objetivo tornar juridicamente vinculantes os dispositivos proclamados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela responsabilização internacional dos Estados-Parte pela transgressão dos direitos.

Se, a princípio, no âmbito internacional, a Declaração dos Direitos do Homem não possuía força jurídica vinculante, permanecendo nas raias da Moral, sem assumir foros de Direito, com o tempo, foi se robustecendo a idéia de que a Declaração deveria ser “juridicizada”. Esse processo de juridicização foi concluído com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.<sup>92</sup>

Segundo Inácio, a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver, de 1976, no Canadá, resultado da Primeira Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, denominada *Agenda Habitat I*, “revelou a existência de consenso mundial quanto às políticas públicas concernentes aos assentamentos humanos, enquadrando a moradia adequada e os serviços a ela relacionados como direito humano fundamental”.<sup>93</sup>

---

<sup>90</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 30.

<sup>91</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>92</sup> DIRIENZO, Mário Augusto Bernardes. **Violação dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.cotianet.com.br/SEG/dh.htm>> Acesso em: 2 abr. 2007.

<sup>93</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia & a efetividade do processo: contratos do sistema financeiro da habitação**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 38.

O direito à moradia é lembrado direta ou indiretamente em outros documentos, como a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, cujo art. 8.<sup>o</sup> refere-se ao direito à habitação como dever do Estado:

Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa de renda.<sup>94</sup>

No Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que vigorou no dia 3 de janeiro de 1976, observa Souza, surge a palavra “moradia” no seu artigo 11:

Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como na melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.<sup>95</sup>

O Brasil consentiu com o Pacto em 24 de janeiro de 1992, depois de 26 anos de sua adoção, e concebeu o termo *moradia* como direito da pessoa a ser tutelado efetivamente pelo Estado.

Já a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada no Brasil em 24 de setembro de 1990,<sup>96</sup> utiliza a palavra “lar” como meio de indicar a proteção à moradia, ou seja: “Nenhuma criança seja sujeita à interferência

---

<sup>94</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 65.

<sup>95</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>96</sup> A Convenção foi aberta à assinatura e ratificação ou acessão em Nova Iorque a 26 de janeiro de 1990 e entrou em vigor em 26 de janeiro de 1990.

arbitrária ou ilícita em sua privacidade, família, lar ou correspondência, nem a atentados ilícitos à sua honra e reputação”.<sup>97</sup>

Na *Agenda 21*, de 1992, adotada no Rio de Janeiro no decorrer da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, o direito à moradia é assim estipulado: “O acesso a uma habitação sadia e segura é essencial para o bem-estar econômico, social, psicológico e físico da pessoa humana e deve ser parte fundamental das ações de âmbito nacional e internacional”.<sup>98</sup>

Depois de duas décadas da Agenda Habitat I, realizou-se em 1996, a Segunda Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, a Agenda Habitat II de Istambul (Turquia), que traz o tema do direito à moradia como tema de debates entre países, organizações não-governamentais e comunidades de base. Da Segunda Conferência surgiu a Declaração de Istambul, como mencionado anteriormente, que reconheceu o Poder Local como sujeito de direito internacional juntamente aos Estados Nacionais e dos cidadãos. Desse modo, um dos novos modelos da globalização é o fortalecimento do papel do poder local para enfrentar problemas como a falta de moradia e a deterioração ambiental.<sup>99</sup>

Na Declaração de Istambul, não somente os governos, mas também os demais setores da sociedade são colocados como co-responsáveis na adoção de medidas que garantam a moradia adequada para os que necessitam. A propósito, Inácio lembra que “a previsão de moradia adequada, direito a ser implementado progressivamente, exige adoção de medidas não apenas dos governos, mas também da comunidade internacional e de todos os setores da sociedade.”<sup>100</sup>

Mas a aprovação da Declaração de Istambul teve resistência dos Estados Unidos e do Brasil por negarem que “a privação de teto implique violação aos direitos humanos”. Devido ao consenso dos demais países o documento foi aprovado, mas o

---

<sup>97</sup> ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção sobre os direitos da criança*. Nova Iorque, 20 de novembro de 1989.

<sup>98</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>99</sup> Declaração de Istambul e Agenda Habitat — Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos — Habitat II, Istambul, 1996.

<sup>100</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito social à moradia & a efetividade do processo: contratos do sistema financeiro da habitação*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 39.

direito deveria ser “implementado *progressivamente*”. A palavra “progressivamente” foi incluída a pedido do governo brasileiro, por meio de Marcela Nicodemos que participava das negociações preliminares na Comissão respectiva.

Os representantes das Organizações Não-Governamentais observaram que a solução para os problemas da moradia popular foi postergada. No Brasil, seguindo o texto da *Agenda Habitat II*, propôs-se a Emenda Constitucional (EC) n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000 para que o direito à moradia fizesse parte do conjunto dos direitos sociais contidos no art. 6.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A inserção do direito à moradia no texto constitucional implica maior responsabilidade para o Estado. No entanto, não significa que a partir da entrada da emenda constitucional em vigor os cidadãos já possam invocar esse direito. É necessário que o Estado adote políticas públicas para que esse direito seja concretizado, ou seja, que as políticas públicas sejam ativas de forma a “conferir efetividade a esse direito”.

De modo geral, os documentos internacionais observam as características básicas da universalidade, individualidade, interdependência e inter-relação.

Observa-se aqui que embora não tenham em si a força de coerção legal, os documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, têm atualmente a denominada força *jus cogens* uma ordem pública internacional sobre os Estados que nem os Estados membros e nem a ONU podem substituir ou anular. Eles contribuem com o entendimento dos cidadãos em geral de que o desrespeito por um direito humano gera o desrespeito pelos demais direitos. Que negar a um cidadão o direito à moradia é o mesmo que conduzi-lo à incapacidade de desfrutar de outros direitos civis, como procurar um emprego, encaminhar os filhos para a escola e conviver harmonicamente em família.

Os documentos internacionais são atualmente mais valorizados também por empresas que procuram estabelecer um diferencial em seu desempenho comercial, lembrando que os países onde os direitos humanos são respeitados atraem mais investimentos estrangeiros por oferecerem um ambiente propício para aquelas que buscam agir conforme a responsabilidade social.

### 3 MORADIA E DIREITOS SOCIAIS

Como se disse anteriormente, o Governo brasileiro tem grande déficit na oferta de moradias. A causa freqüentemente apontada é que os recursos são escassos. Neste capítulo procura-se analisar qual é o papel do Estado, no que diz respeito aos direitos sociais, como as Constituições brasileiras os trataram, sua eficácia e a moradia como direito social.

Entre as vertentes dos estudos sociológicos, Ricardo Lôbo Torres destaca:

- a) Marshall<sup>101</sup>, ao assimilar o mínimo existencial à noção de direitos sociais básicos “retira-lhe a eficácia própria dos direitos fundamentais”;<sup>102</sup>
- b) Espada<sup>103</sup> aproxima os direitos sociais da cidadania (ou sociais básicos) da idéia do mínimo existencial;
- c) Merquior<sup>104</sup> limita a garantia dos direitos sociais ao mínimo existencial.

Na obra *Cidadania, classe social e status* (1967), T. H. Marshall faz uma análise, tendo como foco a história política social da Inglaterra, bem como a revolução social e a fundação do capitalismo. Estabelece a cidadania como base dos direitos políticos, civis e sociais. Um dos aspectos destacados de sua análise é a apresentação de um esquema progressivo do desenvolvimento da cidadania, por meio de três etapas.

Primeiramente apresenta a etapa da cidadania civil que outorga aos indivíduos os direitos à vida, à integridade física, à liberdade, à segurança e à propriedade, que dão solidez aos direitos políticos e sociais. A cidadania civil tem como componentes os direitos da liberdade individual, como liberdade de locomover-

---

<sup>101</sup> MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

<sup>102</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 185.

<sup>103</sup> ESPADA, João Carlos. **Direitos sociais de cidadania**. Lisboa: Imprensa Nacional, 1997.

<sup>104</sup> MERQUIOR, José Guilherme. **A natureza do processo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

se, de manifestação de pensamento e fé, direito de realizar contratos e de ter acesso à justiça, entre outros.

A etapa da cidadania política tem desenvolvimento no Século XIX frente às reivindicações dos trabalhadores como direito de participação do poder político.

A etapa da cidadania social se intensifica no decorrer do Século XX em consonância com o Estado do Bem-Estar social. Abrange os direitos à educação, à saúde, à segurança e à moradia, entre outros, ou seja, envolve tudo o que se refere ao bem-estar, à participação e à herança social.

Os direitos civis obtidos no Século XVII e os direitos políticos atingidos no Século XIX são denominados direitos de primeira geração. Os direitos sociais alcançados no Século XX são conhecidos como direitos de segunda geração.

Colocando o tripé dos elementos civil, político e social, Marshall enfatiza a cidadania como integração comunitária, cujos cidadãos têm o *status* de serem membros de uma comunidade. Desse modo, a cidadania se amplia e reconstrói os processos sociais e políticos modernos e do capitalismo.

Por situar a indissociabilidade dos direitos de cidadania do sistema capitalista, Marschall sofreu severas críticas, já que o capitalismo não tem sistema igualitário e tem o conflito por base. Mesmo assim sua obra é uma contribuição importante para o desenvolvimento da cidadania entre os sistemas de classes.

Os direitos econômicos, sociais e culturais, identificados como direitos sociais, remontam à Constituição mexicana de 1917 e à de Weimar de 1919, como citado anteriormente. Como lembra Piovesan<sup>105</sup>, ambas as constituições se destacaram por apresentar um discurso social da cidadania cujo direito básico é a igualdade e por prever o extenso rol de direitos sociais, econômicos e culturais.

---

<sup>105</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Max Limonad, 2004.

No Brasil, com o reconhecimento dos direitos sociais, o Estado passa a ter deveres e prestações positivas em prol da melhoria das condições de vida e da promoção da igualdade material.<sup>106</sup>

Os direitos sociais “são considerados típicos direitos a prestações e apontam para ações fáticas ou ações normativas por parte do Estado”.<sup>107</sup>

### 3.1 OS DIREITOS SOCIAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Ao se tratar do direito à moradia de acordo com a Constituição Federal de 1988, torna-se interessante apresentar, mesmo que brevemente, algumas das principais discussões sobre os significados de direitos sociais existentes na literatura, especialmente sobre as terminologias e conceitos.

Canotilho refere que os “direitos sociais são compreendidos como autênticos **direitos subjetivos** inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua justicialidade e exeqüibilidade imediatas”.<sup>108</sup> (Grifo do autor) Nesse caso o direito à moradia tem a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias.

Souza credita a Fábio Maria de Mattia a afirmação de que o direito subjetivo é considerado como “um poder de nossa vontade, que por sua vez, implica o dever jurídico de respeitar aquele poder por parte dos outros, independentemente de previsão legal expressa”.<sup>109</sup>

As primeiras constituições brasileiras limitaram-se aos direitos de primeira geração (civis e políticos), que requerem atuação negativa do Estado.<sup>110</sup> Realizada a

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

<sup>107</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 49.

<sup>108</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria do direito**. 3. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 1999.

<sup>109</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150.

<sup>110</sup> AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. rev. e atual. até a emenda numero 53 de 19/12/2006. São Paulo: Malheiros, 2007.

Independência do Brasil, entraram em disputa o partido brasileiro, como representante da elite latifundiária, e o poder imperial de D. Pedro. Este, recebendo apoio dos portugueses, em 1823, dissolveu a Assembléia Constituinte do Brasil e em 1824 impôs seu projeto. Esta foi a primeira Constituição brasileira, a Constituição imperial, ou de 1824. Embora consagrasse os principais direitos humanos, apresentou-se de forma autoritária com poderes centralizados na figura do Imperador. Foi, portanto, uma carta outorgada, imposta, em um Estado centralizado onde só os ricos votavam, em um Estado confessional que tinha o catolicismo como religião oficial.<sup>111</sup>

A Constituição de 1891, que vigorou até 1930, ocorreu após a Proclamação da República, em 1889. O Governo Provisório, através do Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, convocou eleições para a organização do Congresso Nacional, que aprovou o texto final da Constituição, sendo Rui Barbosa o relator. Seguiu o modelo da Constituição norte-americana, com as idéias mestras do presidencialismo, do federalismo, da tripartição do poder, do liberalismo político e da democracia burguesa.<sup>112</sup> Entre as principais características estavam: o Estado laico, o voto universal, mas com exceções para os analfabetos, mendigos, as províncias tornam-se Estados. Mesmo assim ampliou os direitos humanos por separar a Igreja do Estado, consagrar a liberdade de associação sem armas, criar o *habeas corpus*, entre diversos outros.

O país vivia inúmeras transformações. A partir da Revolução de 1930, Getúlio Vargas, como chefe do Governo Provisório, governava o País por meio de decretos. Em 1933, realizou-se a eleição da Assembléia Constituinte, que redigiu a Constituição de 1934 com base na Constituição alemã de Weimar. A Constituição de 1934 trouxe amplos direitos humanos para o Brasil e mostrou que a estrutura tradicional brasileira apoiava-se no latifúndio com resquícios escravocratas<sup>113</sup>. Dentre as inova-

---

<sup>111</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Constituição política do império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <[http://www.prr1.mpf.gov.br/nucleos/nucleo\\_criminal/questao\\_indigena/legis/coordenadoria\\_indigena/constituicao/constituicao\\_1824.htm](http://www.prr1.mpf.gov.br/nucleos/nucleo_criminal/questao_indigena/legis/coordenadoria_indigena/constituicao/constituicao_1824.htm)> Acesso em 5 abr. 2007.

<sup>112</sup> FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. In: DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44-45.

<sup>113</sup> LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. **Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

ções, Marinho<sup>114</sup> destaca as seguintes: a limitação do poder pessoal do chefe de Governo por fórmulas adotadas. Fortalecimento do regime representativo e da estrutura federativa, reconhecimento dos direitos sociais, maior proteção aos direitos do trabalhador, criação do mandado de segurança, garantia de liberdade econômica no âmbito das necessidades da vida nacional, entre outros. E, ainda, o voto secreto, o sufrágio feminino e a criação da Justiça do Trabalho, com definição dos direitos do trabalhador, quanto à jornada de 8 horas, ao repouso semanal e férias remuneradas. Segundo Barroso,<sup>115</sup> a Constituição de 1934 deu início ao constitucionalismo social no país e destacou a ordem econômica e social iniciando a fase da intervenção estatal.

Depois de eleito presidente pela Assembléia Constituinte, em 1934, Getúlio Vargas aplicou o golpe de Estado e impôs, em 1937, o Estado Novo pela dissolução do Congresso Nacional e pela revogação da Constituição e promulgação da nova Carta. A Constituição de 10 de dezembro de 1937, que foi outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, concentrou os poderes na figura do presidente.<sup>116</sup> É identificada como Constituição Polaca por inspirar-se na Constituição da Polônia marcadamente autoritária. Foi redigida por Francisco Campos, que era ministro da Justiça. Vargas buscou a institucionalização de um regime autoritário inspirado na legislação fascista de Jozef Pilsudski, ditador polonês e no regime italiano de Mussolini, consistindo-se em retrocesso no campo dos direitos econômicos e sociais, antes consagrados pela Constituição de 1934. Nesse contexto, os direitos humanos não tiveram como subsistir.

A Constituição de 1946 voltou a consagrar as liberdades expressas na Constituição de 1934, retiradas em 1937. Entre os dispositivos básicos regulados, assegurou a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho humano e a expressão do pensamento sem censura, a liberdade de consciência, o direito ao trabalho e à previdência social, à educação e à cultura e especialmente a igualdade perante a lei. A

---

<sup>114</sup> MARINHO, Josaphat. A Constituição de 1934. In: Constituições do Brasil. In: DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>115</sup> BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 20.

<sup>116</sup> ARRUDA, Marcos; CALDEIRA, César. **Como surgiram as Constituições Brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.

Constituição extinguiu o território do Iguaçu, território federal que havia sido criado por Getúlio Vargas em 13 de setembro de 1943.

Com o Movimento Militar, do final de março de 1964, em 1.º de abril João Goulart deixa de governar. O golpe de Estado proporcionou o ponto de partida de um regime de força a partir de governos militares. A Constituição votada em 1967 foi elaborada pelo Congresso Nacional, que recebeu do Ato Institucional n.º 4 a tarefa de votar e promulgar o Projeto de Constituição, revogando a Constituição de 1946. Ela concedia concentração de poderes ao Presidente da República, que seriam ainda maiores após as mudanças que receberia em 1969. Ela estabelecia medidas determinadas pelos Atos Institucionais e Complementares.

No dia 15 de março de 1967 houve a divulgação do Decreto-Lei 314, estabelecendo a Lei de Segurança Nacional. A finalidade principal da constituição de 1967 foi a legalização da ditadura militar, a concessão de maiores poderes ao Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário e a criação de uma hierarquia centralizadora que agia pelas Emendas constitucionais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, marcou a passagem da ditadura militar para a democracia. A ditadura, que se manteve de 1964 a 1985, teve como características a ausência de democracia, a supressão de direitos constitucionais e a perseguição política daqueles que não aceitavam o regime militar, com inúmeras conseqüências negativas relativas aos direitos humanos.

Em 1978, o Movimento Democrático Brasileiro (MDB) conseguiu a vitória nas eleições, o que favoreceu a aceleração do processo de democratização. Através do General João Baptista Figueiredo foi decretada a Lei da Anistia. Em 1979, os partidos políticos puderam retornar as suas funções. O Partido Democrático Social (PDS) substituiu a Aliança Renovadora Nacional (ARENA), e o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) substituiu o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Foram criados o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT).

Em 1984 o povo saiu às ruas em movimento pelas “Diretas Já”, movimento liderado por políticos de partidos de oposição e artistas a favor da aprovação da E-

menda Dante de Oliveira que possibilitava eleições diretas para Presidente, mas a emenda não foi aprovada.

Em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves, que era da Aliança Democrática, grupo de oposição, foi escolhido como Presidente da República. Assim chegava ao fim o regime militar. Como Tancredo faleceu antes de assumir, seu vice, José Sarney, assumiu a Presidência. Com a Constituição de 1988 foram estabelecidos os princípios democráticos do país. Ela colocou fim à lógica autoritária de 1967 e criou dispositivos constitucionais para impedir qualquer tipo de golpe; considerou crimes inafiançáveis as ações armadas contra o estado democrático, a ordem constitucional e a tortura, além de ampliar os poderes do Congresso Nacional. Foi a primeira a consagrar um capítulo para a política urbana, conforme os artigos 182 a 183 e a estabelecer a função social da propriedade privada. Em 14 de fevereiro de 2000 foi promulgada a Emenda Constitucional n.º. 26 nos seguintes termos:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Art. 1º: O art. 6.º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: Art.6º: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.<sup>117</sup>

Mukai<sup>118</sup> ressalta o diferencial da Constituição de 1988, em relação às Constituições anteriores, pelo posicionamento dos direitos sociais em capítulo próprio, o Capítulo II do Título II, definindo claramente que o Estado Democrático brasileiro deve garanti-los em seu pleno exercício.<sup>119</sup>

### **3.2 RELAÇÕES ENTRE DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E POLÍTICOS**

A concretização dos direitos sociais e econômicos necessita do processo político, por não terem a eficácia específica que têm os direitos fundamentais, ou seja,

<sup>117</sup> BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do capítulo 6.º da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 2000.

<sup>118</sup> MUKAI, Toshio. **Temas atuais de direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

<sup>119</sup> Posteriormente se voltará a citar a Constituição de 1988.

necessitam da garantia da vida judicial por lei formal para o exercício da cidadania ativa, portanto, é um problema político. Muitas vezes as concessões legislativas e administrativas de direitos econômicos e sociais dependem de “escolhas trágicas”, expressão de Calabresi e Bobitt<sup>120</sup> que significa escolher entre valores humanos e morais.

Torres faz uma análise do *status positivus libertatis*, “próprio do mínimo existencial”, que não deve ser confundido com o *status positivus socialis*, “constituído pelas prestações estatais entregues para a proteção dos direitos econômicos e sociais e para a seguridade social.”<sup>121</sup> O *status positivus socialis* requer que o Estado forneça serviço público, como a moradia, entre outros, e as prestações financeiras na forma de subvenções sociais em favor dos necessitados. Para tanto, depende da situação econômica e da riqueza de um país.

Importante a se considerar é que as prestações positivas para o apoio aos direitos sociais não são obrigatórias, enquanto no caso do *status positivus libertatis* que “gera a obrigatoriedade da entrega de prestações positivas para a defesa dos direitos fundamentais, constituindo direito público subjetivo do cidadão”.<sup>122</sup> O *status positivus socialis* encontra sua afirmação na situação conjuntural denominada reserva do possível, expressão criada pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e adotada pela doutrina germânica.<sup>123</sup>

Se o Estado se omitir na entrega de prestações positivas condizentes com os direitos sociais não viola os direitos humanos. Em Portugal, por exemplo, de acordo com Canotilho,<sup>124</sup> existem quatro características básicas para a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais: a graduação de sua realização, a dependência

<sup>120</sup> CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Scelte tragiche**. Milano: Giuffrè, 1986, p. 4.

<sup>121</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 89.

<sup>122</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 191.

<sup>123</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 201.

<sup>124</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 97-114.

financeira do orçamento do Estado, a liberdade de conformação do legislador, quanto às políticas de realização de tais direitos, e a insuscetibilidade de controle jurisdicional dos programas políticos-legislativos, com exceção de sua manifestação clara de contradição com as normas constitucionais.

A respeito da dimensão positiva dos direitos fundamentais, Silvia Faber Torres<sup>125</sup> destaca sua apresentação em duas hipóteses, uma diz respeito à proteção da esfera de segurança jurídica do indivíduo, a outra se refere à garantia do mínimo existencial. Quanto à primeira, o *status positivus* obrigará o ente político a implementar serviços relacionados, por exemplo, com a segurança, como a criação de um sistema carcerário. No que se refere ao mínimo existencial, os cidadãos têm direitos a prestações positivas frente ao Estado, como as condições mínimas de sobrevivência. Ao declarar que o cidadão tem direito à vida, a Constituição afirma que, mais do que o direito a não ser morto, precisa de condições pelo menos mínimas de subsistência. Os direitos da liberdade apresentam dimensão positiva ao requerer do Estado a satisfação das necessidades básicas.

Desse modo, o direito ao mínimo existencial, que garante a vida digna do homem, fundamenta-se nas condições da liberdade não na idéia de justiça. A proteção das condições mínimas de vida é essencial para que a liberdade seja garantida, já que sem o mínimo necessário o homem não consegue ser livre.

Silvia Faber Torres enfatiza que os direitos ao mínimo existencial e às prestações estatais de cunho social e econômico não se confundem; “aquele mínimo, como normalmente (...) acontece, pode ser garantido também através de determinados direitos econômicos e sociais, quando tocados por interesses fundamentais”.

Deste modo, direitos como o de habitação, concebidos na origem como direitos sociais, a partir do momento em que se efetivam por políticas públicas, tornam-se fundamentais ao suprirem “a parcela mínima sem a qual o homem não sobrevive, constituindo verdadeiro direito subjetivo público do cidadão e sujeitando-se, consequentemente, ao mesmo regime jurídico reservado aos direitos humanos”.

---

<sup>125</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Direitos fundamentais**: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lôbo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 778.

Para Barcellos<sup>126</sup>, é prioritária a aplicação dos recursos públicos disponíveis aos fins que a Constituição considera essenciais e aos seus objetivos fundamentais. É necessária a identificação de quais são as prioridades indicadas pela Constituição. Já que a dignidade humana é o valor fundamental proclamado pela Constituição, os direitos sociais que constituem o núcleo material da dignidade devem ter prioridade quanto à destinação orçamentária. O núcleo denominado “mínimo existencial” precisa ser efetivado pelo Estado pela entrega ao titular do direito das condições materiais para que tenha uma existência com dignidade.

Segundo Torres, “os direitos sociais dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status negativus*, não geram por si só *erga omnes* e se subordinam à idéia de justiça social”.<sup>127</sup> Esses direitos se encontram “em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados [...] e se encontram sob a ‘reserva do possível’<sup>128</sup> e constituem meras diretivas para o Estado”.

Silvia Faber Torres reconhece que o mínimo existencial prescinde da interferência legislativa para se efetuar. Mesmo que o mínimo existencial implique em gastos consideráveis, nem por isso o direito deixa de existir e este terá suas despesas cobertas com a arrecadação de impostos.

Sarlet<sup>129</sup> denomina os direitos sociais prestacionais de direitos fundamentais sociais. Ele percebe que estes direitos têm limites de eficácia, especialmente a reserva do possível e a competência do Legislativo. Defende que o direito à moradia liga-se diretamente com as necessidades existenciais da pessoa humana e que, portanto, vincula-se com as condições mínimas materiais necessárias para que o homem viva com dignidade, ou seja, como se diz na literatura internacional e nacional,

---

<sup>126</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 12, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003.

<sup>127</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>128</sup> “Reserva do possível é a “arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais e plurianuais”, TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 61.

<sup>129</sup> CRAVEN, Matthew. The international covenant on economic, social and cultural rights – a perspective on its development, p. 330, citado por SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

o direito à moradia é sinônimo de direito a um adequado padrão de vida, uma vez que “a pessoa humana é o limite e o fundamento da dominação política em uma República que se propõe democrática como a brasileira”.<sup>130</sup>

A falta de uma moradia decente e até de um espaço físico adequado para o trabalho profissional, em muitos casos, acaba dificultando ou comprometendo brevemente os pressupostos básicos para uma vida com dignidade.<sup>131</sup>

Para Sarlet<sup>132</sup>, o direito à moradia mune-se da complexidade específica dos direitos fundamentais, notadamente sociais, já que envolve um conjunto heterogêneo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, bem como assume uma dupla feição defensiva e prestacional. Como direito de defesa (negativo) a moradia cinge-se de proteção contra a violação por parte do Estado e dos particulares, ou seja, a pessoa tem direito de ter uma moradia digna.

Como esse direito não pode ser considerado absoluto por ser sujeito ao conflito com outros direitos existenciais, Sarlet comenta: “verifica-se o quanto um direito à moradia (como, aliás, todos os direitos sociais) já poderiam ter a sua eficácia e efetividade otimizadas apenas em se explorando todas as possibilidades oferecidas na sua condição de direitos negativos.”

Além disso, na visão de Sarlet, por ter direito a prestações, tem muitas possibilidades, uma vez que a efetivação do direito à moradia aguarda medidas normativas, como de prestações materiais, que podem envolver “financiamentos a juros subsidiados para aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria, entre outras tantas alternativas”.

Gonçalves lembra que as normas que garantem direitos, como da moradia, necessitam, para que sejam efetivados, de questionamentos como: “condições econômico-financeiras do Estado e competência dos órgãos do Judiciário para intervi-

---

<sup>130</sup> MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2004.

<sup>131</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

rem no campo das políticas públicas”.<sup>133</sup> Mas o direito à moradia não significa que o indivíduo tenha o direito subjetivo individual que garanta o direito, pois existem condicionantes como dívida externa; inflação; câmbio, oscilação do mercado internacional que “influem na escolha e na execução das políticas públicas geradoras de emprego e renda”. E considera também que, mesmo que os direitos individuais se constituam em direitos subjetivos, sua eficácia não é integral ou simétrica e necessitam de outros critérios. Comenta ainda que os direitos individuais se estruturam como normas de eficácia plena, enquanto os direitos fundamentais sociais, como a habitação, requerem integração de eficácia.

A escassez de recursos é citada por Braga<sup>134</sup> no âmbito da colisão entre princípios, que ocorre quando a Constituição protege ao mesmo tempo dois valores, como é o caso do confronto do interesse particular com o interesse público. O direito público não tem supremacia pelo fato de ser público, uma vez que os direitos individuais devem ser respeitados. Para haver equilíbrio, a autora indica o princípio de proporcionalidade<sup>135</sup>, pois, além de guardar os direitos fundamentais, estende-se a todos os demais princípios constitucionais, como cidadania, livre iniciativa, segurança pública, entre outros.

E Barroso complementa apontando que o princípio da razoabilidade

é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.

A posição assumida por Braga é de que os direitos sociais não podem ser considerados plenamente absolutos, pois as necessidades são ilimitadas e os recur-

---

<sup>133</sup> GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais**: releitura de uma constituição dirigente. Curitiba: Juruá, 2006.

<sup>134</sup> BRAGA, Valeschka. Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

<sup>135</sup> A respeito do princípio da proporcionalidade, Barroso (BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas** 5 ed. Rev. e Amp: Rio de Janeiro: Renovar. 2004. p. 244) observa que “É imperativo que o valor promovido com a desequiparação seja mais relevante do que o que está sendo sacrificado”.

so financeiros são escassos por dependerem da arrecadação estatal. Ampara-se em Holmes e Sunstein<sup>136</sup> para afirmar que “não se pode perder de vista os custos do atendimento às necessidades coletivas, pois nada que demanda dinheiro pode ser absoluto”.<sup>137</sup>

### 3.2.1 Canotilho, a Metodologia *Fuzzy* e os Camaleões Normativos

Canotilho<sup>138</sup> refere que a problemática dos direitos sociais se encontra atualmente numa posição não confortável, uma vez que “alguns procuram a charneira entre a normatividade e eficácia através de um discurso jurídico-constitucional moralmente reflexivo, na seqüência de algumas propostas avançadas por J. Habermas na recente obra *Faktizität um Geltun*”.

O autor discorre sobre o que chama de a metodologia *fuzzy*, que em inglês significa “coisas vagas”, a “vaguides” que paira sobre a dogmática e teoria dos direitos econômicos, sociais e culturais, que é sinônimo da indeterminação que caracteriza os juristas que “não sabem o que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Ao exemplificar com os novos direitos sociais de minorias populacionais, como os indivíduos soropositivos, questiona se os juristas teriam as noções mínimas sobre a distribuição do financiamento por várias gerações e complementa que não se pode ficar indiferente ao desafio dos paradigmas neurobiologistas da ciência de hoje.

Utiliza também o termo “camaleões normativos”, expressão criada pelo alemão J. Isensee para explicar a “imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto – como o dos direitos sociais, ao se referir à “frequente confusão entre direitos sociais e políticas públicas de direitos sociais”.

Três são os paradoxos dos direitos econômicos sociais e culturais apresentados por Canotilho. Como primeiro, observa que as nações realizam um duplo discurs-

<sup>136</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. Estados Unidos da América: Norton & Company, 1999.

<sup>137</sup> BRAGA, Valeschka. Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 149.

<sup>138</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 99.

so, ou seja, elas apóiam os grandes tratados internacionais e colocam nacionalmente empecilhos pela tese da “reserva da administração” quanto a prestações sociais, ou seja “bondade fora das fronteiras, maldade dentro das fronteiras”.

Como segundo paradoxo o autor enfatiza a “aproximação absolutista” ao significado jurídico dos direitos sociais, sinônimo de confiança na “simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através do procedimento hermenêutico de atribuição de significado e enunciados lingüístico-normativos, deduzir a efetividade dos mesmos direitos”. Assim, chega-se a resultados não racionais. Então, por exemplo, o direito a ter casa é dimensão do mínimo social afirmada pela dignidade da pessoa humana e derivar os direitos à habitação como “resultado da interpretação do preceito constitucional garantidor deste direito, só pode ter como consequência a capitulação da “validade” das normas constitucionais perante a facticidade econômico-social”.

O terceiro paradoxo mencionado por Canotilho é que os direitos sociais estão atualmente na mesma situação em que estavam os direitos, liberdades e garantias individuais há mais de 50 anos. Julga desconsoladores os resultados da dependência legal dos direitos sociais e afirma que “os direitos sociais mais não são do que pretensões legalmente reguladas”, uma vez que o legislador que determina o que é um direito social não está vinculado a direitos sociais.

Diante da ditadura dos cofres vazios, muitas vezes promulgada por diversos autores, Canotilho aponta o caminho da des-introversão e da subsidiariedade perante a técnica constituinte em Portugal de articulação de direitos sociais com políticas de direitos sociais, já que, como constatou a jurisprudência constitucional portuguesa, a constitucionalidade, expressão de política de direitos sociais, pode reduzir a discricionariedade do legislador. Então a des-introversão passa pela desconstitucionalização das políticas sociais, mas mantêm os direitos sociais em âmbito normativo-constitucional. Exemplo de des-introversão são as auto-ajudas sociais como o Grupo de Auxílio aos Alcoólicos Anônimos, entre outros.

Os grupos de auto-ajuda são considerados por Canotilho uma reação diante da introversão estatal, da frieza das estruturas, da falta de emotividade dos burocratas. Nesse aspecto, os direitos sociais se recordam como direitos sociais negativos.

Mas a denominada nova subsidiariedade social requer espaço, dinheiro, instituições para concretizar a entreatajuda. Nesse aspecto, os direitos sociais se impõem como direitos sociais positivos a prestações. A entreatajuda acusa, “em setores obviamente limitados, um caminho fértil para a recuperação do ‘sentido de justiça’ ínsito nos direitos sociais”.

### 3.3 A EFICÁCIA E A ATUAÇÃO DO JUIZ QUANTO AOS DIREITOS SOCIAIS

Primeiramente observa-se que a eficácia jurídica não tem o mesmo significado da eficácia social. A eficácia social (ou efetividade) é considerada “como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma juridicamente eficaz, quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”. O direito à moradia é **um direito social**, a partir da Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000.

Quanto à eficácia jurídica, é definida por Sarlet como:

a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos, ao passo que a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação.<sup>139</sup>

Sarlet posiciona-se a favor da concepção clássica da eficácia jurídica e lembra que o problema da eficácia do Direito envolve tanto a eficácia jurídica quanto a social. E ele tem razão, pois é impossível separar uma da outra.

---

<sup>139</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 235.

### 3.4 A ATUAÇÃO DO JUIZ QUANTO AOS DIREITOS SOCIAIS

Para Moro, o limite da reserva do possível é uma das facetas da reserva de consistência. O juiz deve demonstrar de modo convincente que sua atividade é acertada:

É ônus do julgador a fundamentação de seus atos, sob pena de ilegitimidade de sua atuação. Não sendo ultrapassada a barreira da 'reserva de consistência' não pode o juiz atuar, hipótese em que deve ser mantido o ato controlado ou o vazio legislativo.<sup>140</sup>

Surgem dúvidas sobre a capacidade de o juiz oferecer respostas consistentes quanto ao desafio de interpretar a Constituição, atitude que não deve ser confundida com o conservadorismo judicial. Para, possivelmente, deixar aos poderes controladores maior margem de liberdade de atuação, Moro<sup>141</sup> indica como estratégia relevante das técnicas de decisão a arte de não decidir, evitando, assim, uma decisão de mérito.

Häberle<sup>142</sup> defende que o processo de interpretação constitucional se amplie para além dos limites constitucionais concretos. Cita que os intérpretes da Constituição da sociedade aberta<sup>143</sup> são os principais participantes no processo de descoberta e de obtenção do direito. Traduz a necessidade de democratização da interpretação constitucional ou hermenêutica constitucional.

O juiz deve agir com cautela, especialmente no que diz respeito a normas que veiculam direitos a prestações materiais, como o direito à moradia. "Ele não pode desenvolver ou efetivar direitos sem que existam meios materiais disponíveis para

---

<sup>140</sup> Termo criado por HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 42, citado por MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>141</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>142</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

<sup>143</sup> Concebe a sociedade aberta aquela que é constituída pela participação de todos que estão potencial e atualmente aptos para oferecer alternativas à interpretação constitucional.

tanto. Por outro lado, o atendimento de determinada pretensão a prestações materiais pode esvaziar outras”.<sup>144</sup>

Para Amaral, “deslocar a decisão para o Judiciário em hipóteses que envolvam ‘escolhas dramáticas’ é querer alargar para aquele Poder competências que não são suas”,<sup>145</sup> e também porque ele não pode atuar sob a influência da opinião pública. O Judiciário deveria ver se há razoabilidade e facticidade das razões. Amaral assume o mesmo posicionamento de Bonavides quanto à importância de se abrir a hermenêutica a muitos atores também legitimados para optar pelos direitos relacionados com a democracia.

Silvia Faber Torres<sup>146</sup> lembra que os direitos fundamentais possuem eficácia *erga omnes* e que se impõe em “todos os aspectos da vida social”. Quanto ao *status positivus socialis*, dos direitos sociais, situa os debates atuais a respeito de uma questão: poder-se-ia definir que os direitos sociais se assimilam aos direitos da liberdade, ou se se reservam a prestações positivas para a proteção da justiça e são consideradas políticas sociais e econômicas que necessitam de intermediação legislativa?

Diversos outros questionamentos se levantam em relação aos recursos públicos e os discursos do *status positivus socialis* já sofrem modificações em relação à temática do mínimo existencial, decorrentes em parte, da crise do Estado de Bem Estar Social. Exemplo disso é “a mudança de paradigma, a alteração do posicionamento teórico de Canotilho, idealizador da Constituição Dirigente, para quem os direitos sociais não são mais que pretensões legalmente reguladas”, como observado anteriormente.

A autora contextualiza o período após a Segunda Guerra Mundial como o momento em que muitos autores, adeptos da social democracia, como Canotilho, se posicionaram a favor da identidade entre os direitos humanos e os direitos de cunho

---

<sup>144</sup> MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 224.

<sup>145</sup> AMARAL, Gustavo. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lôbo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>146</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lôbo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 771-2.

social. Canotilho apresentou a Teoria da Constituição Dirigente, ou seja, que era a Constituição a provocar a superação da noção de Constituição programática e determinar uma inversão de paradigma na interpretação das normas constitucionais, que se tornaram o fundamento das normas infraconstitucionais que deveriam ser interpretadas sempre com referência à Constituição.

Assume-se aqui que os direitos sociais são direitos humanos.

Muitos autores o seguiram adotando sua postura, mas recentemente ele mudou drasticamente de posição e anunciou que a Constituição Dirigente estava morta, caso o dirigismo constitucional seja compreendido como normativismo constitucional capaz de sozinho

operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de *abertura* do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania, seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição erguendo-se à categoria de 'linha Maginot' contra invasões agressivas dos direitos fundamentais.<sup>147</sup> (...) Acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.<sup>148</sup>

Em outras palavras, entende que o papel da Constituição é apresentar exigências mínimas constitucionais.

Autores que seguiram na mesma esteira de Canotilho resistem à "recondução dos direitos sociais ao campo da política pública, vendo neles uma exequibilidade autônoma"<sup>149</sup>. Defendem que não basta que seja reconhecido um mínimo existencial, já que o fato de ser cidadão requer o direito a prestações sociais como o direito à habitação.

<sup>147</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 29.

<sup>148</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, p. 402.

<sup>149</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lôbo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 780.

Mas Godoy considera que mesmo ao indicar mudança de paradigma, “o autor constitucionalista português mantém sua posição original, reconhecendo a importância dos direitos sociais como premissas de políticas públicas de um Estado Democrático de Direito”.<sup>150</sup>

Para Silvia Torres, os que defendem a assimilação dos direitos sociais aos direitos fundamentais não conseguem transcender o limite da reserva do possível. Assim, contraditoriamente, afirmam que mesmo que os direitos sociais necessitem de recursos econômicos para se efetivarem, a efetivação depende de uma imposição constitucional, que legitima as transformações econômicas e sociais, na medida em que forem necessárias para os que os direitos se efetivem.

Qual a saída encontrada, então, nos últimos tempos para que a afirmação dos direitos sociais se concretize? Resume Silvia Torres a partir de Ricardo Lôbo Torres:

- a) A redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade
- b) A otimização da parte que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania. O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade

Para Olsen,<sup>151</sup> a escassez de recursos não deve ser concebida como dogma mediante as dificuldades econômicas que desafiam o Estado brasileiro. Deve ser vista como um simples dado a ser colocado diante de interesses sociais protegidos pela Constituição, como salários condizentes com a satisfação das necessidades básicas, como o direito à moradia. Enfatiza que a Constituição brasileira não perdeu seu caráter dirigente, pois suas normas jurídicas, além de refletirem a realidade so-

---

<sup>150</sup> GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>151</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

cial que proporcionaram sua existência, mantêm sua função prescritiva que determina ao Estado a prática de condutas que possibilitam a realização de objetivos constitucionalmente traçados.

Torna-se interessante agora, após a análise da eficácia dos direitos sociais gerais, aprofundar um pouco mais a respeito do direito à moradia como direito social.

### 3.5 A MORADIA COMO DIREITO SOCIAL

O Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal de 1988, Dos Direitos Sociais, afirma em seu artigo 6.º: “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.<sup>152</sup> (Grifo acrescentado).

Inácio defende que o direito à moradia pertence à categoria de direito social,

[...] e, portanto, fundamental, por certo, é um dos temas mais cadentes da atualidade, impondo-se, em face da deficitária realidade habitacional, a inadiável busca de soluções para tamanho problema, que não se resume ao campo jurídico, mas também repercute no campo social e econômico.<sup>153</sup>

Godoy<sup>154</sup> considera o direito à moradia como “expressão dos direitos individuais do cidadão brasileiro, direito este resultado da expressão da dignidade da pessoa humana – artigo 1.º, inciso III, da Constituição da República”.

Analisando-se um pouco mais, destaca Martins Neto<sup>155</sup>, embora o direito à moradia não se particularize como poder de exigir da administração, a título gratuito a oferta de casa própria para quem não a tem, assume expressão em outras modalidades, como direito subjetivo dos não-proprietários ao usucapião de área urbana de

<sup>152</sup> MANUAIS DE LEGISLAÇÃO ATLAS. MORAES, Alexandre (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>153</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia a efetividade do processo**: contratos do sistema financeiro da habitação. Curitiba: Juruá, 2002, p. 29.

<sup>154</sup> GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mutuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>155</sup> MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

até 250 m<sup>2</sup> ou da área rural produtiva que não tenha mais de 50 hectares, depois de cinco anos de posse ininterrupta, desde que ali tenha sua moradia ou de sua família e que não sejam públicos.

Ressalta Perlingieri,

O direito à moradia é da pessoa e da família; isso tem conseqüências notáveis no plano das relações mesmo civilísticas, por exemplo em tema de locação, de *équo cânone*, e, nas cooperativas de construção civil, de subingresso ao sócio defunto. O direito à moradia como direito ao acesso à propriedade da moradia é um dos instrumentos, mas não é o único, para realizar o gozo e a utilização da casa.<sup>156</sup>

O direito à moradia foi reconhecido como direito social por meio da Emenda Constitucional nº. 26, de 14 de fevereiro de 2000. No entanto, para Bontempo<sup>157</sup> o art. 23, inc. IX, da Constituição de 1988 já apresentava a necessidade de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promovessem programas de construção de moradias junto com a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, uma vez que afirma: “Promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.<sup>158</sup>

O mesmo não considera Godoy, para quem “até a promulgação da Emenda Constitucional n.º 26, de 14 de fevereiro de 2000, o texto constitucional brasileiro nada mencionava sobre o direito à moradia. Tão somente se extraía tal idéia a partir de uma interpretação sistemática e teleológica”. A principal importância da alteração torna-se importante para “tornar expressa e conclusiva a intenção do constituinte brasileiro originário – outorgar a cada um o direito à moradia”.<sup>159</sup>

---

<sup>156</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 198-199.

<sup>157</sup> BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da Constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2006.

<sup>158</sup> MANUAIS DE LEGISLAÇÃO ATLAS. MORAES, Alexandre (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

<sup>159</sup> GODOY Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Também Viana<sup>160</sup> entende que o direito à moradia não ocorria antes da Emenda Constitucional n.º 26 e que, portanto, a Emenda supriu esta lacuna.

Na opinião da autora desta dissertação, sendo o direito à moradia um direito fundamental social, não existia antes da EC n.º 26.

Esses diferentes modos de ver devem-se ao fato das diferentes concepções de moradia e habitação, como se apontou anteriormente.

O direito à moradia não está somente no capítulo II dos direitos sociais, art. 6. Mencionam-se também os termos “casa” ou “habitação” em outros pontos do texto constitucional. A palavra casa é utilizada no art. 5.º, inciso XI: “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

No artigo 7.º, inciso IV, a Constituição de 1988 utiliza o termo “moradia”, ao se referir ao salário mínimo:

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, 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, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (Grifo acrescentado).

O termo “habitação” é referido no art. 21, inciso XX:

XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive **habitação**, saneamento básico e transportes urbanos. (Grifo acrescentado).<sup>161</sup>

A construção da “habitação para o trabalhador rural”<sup>162</sup> faz parte da política agrícola, conforme o art. 87 da Constituição de 1988.

---

<sup>160</sup> VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 2, p. 9, abr./jun. 2000.

<sup>161</sup> MANUAIS DE LEGISLAÇÃO ATLAS. MORAES, Alexandre (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 53.

<sup>162</sup> MANUAIS DE LEGISLAÇÃO ATLAS. MORAES, Alexandre (org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 209.

Nesse contexto, existem diferenças entre os conceitos de direitos do homem e direitos fundamentais? Canotilho conceitua:

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista). Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.<sup>163</sup>

O autor lembra também que os direitos do cidadão referem-se ao homem enquanto ser social, ou seja, como indivíduo vivendo em sociedade.

Por esses dispositivos, entre outros, o constituinte brasileiro pretendeu que o direito à moradia e/ou à habitação tivesse valor jurídico, ou estabelecesse que a implementação do direito à moradia fosse tarefa do Estado. No entanto, ainda que os direitos sociais sejam fundamentais e de aplicação imediata, como prevê o parágrafo 1.º do art. 5.º da Constituição, sua eficácia é limitada pelo conteúdo programático que dela emerge. Isto quer dizer que embora os direitos sociais sejam fundamentais e, por isso, o Estado seja responsável pela sua implementação, o Estado não é responsável por distribuir casas de modo gratuito a todos os indivíduos, pois é necessário que esse direito seja efetivado.

Para Barroso, o direito à moradia da forma como inserido no art. 6.º da Constituição, sem relato de conduta exigível por parte do poder público, é norma programática. Estaria definindo um direito social se assegurasse que o direito de moradia fosse atendido pelo poder público através de abertura de financiamento com determinação de suas condições, por exemplo. Mesmo que a norma chame de direito ao direito à moradia, por não especificar conduta exigível, não há direito atribuível. Julga, portanto, “impropriedade técnica denominar de direito social uma norma com base na qual não é possível fundar uma pretensão”.<sup>164</sup>

---

<sup>163</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. 3. ed. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

<sup>164</sup> BRASIL. Seminário sobre o Sistema Financeiro da Habitação. Belo Horizonte, 12 a 14 de setembro de 2000, **Anais...** Belo Horizonte: Associação dos Juizes Federais do Brasil, set. 2000, p. 12-21.

Diante do conteúdo programático da norma do direito à moradia e mesmo que dotada de seu efeito social, torna-se necessária “a revogação da ordem jurídica naquilo que com ela for incompatível; devendo, por isso mesmo haver, por parte do Poder Legislativo, revisão da legislação em vigor que seja materialmente desconforme com a multicitada Emenda Constitucional nº. 26/2000”.<sup>165</sup>

Godoy considera dois aspectos relacionados à denominação direito social/norma programática: perante uma norma programática, da forma citada acima, “pode-se exigir do legislador e do intérprete que não adotem comportamento no sentido de subverter o sentido dessa norma”.<sup>166</sup> Para o direito civil e constitucional, “pode ser considerada uma cláusula geral, com caráter promocional, destinada ao intérprete para a correta aplicação da legislação ordinária”.

A propósito, como acentua José Afonso Silva<sup>167</sup>, a doutrina recente enfrenta o problema de buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para ir além do caráter abstrato das normas que definem os direitos sociais, que ainda são concebidas como programáticas, para que sua concretização se realize.

Para o autor, existem nas normas programáticas que incluem direitos sociais, efeitos jurídicos. Entram na categoria das normas constitucionais de eficácia limitada.

Sob a ótica do direito civil constitucional, o direito à moradia se revela um direito da personalidade, consequência da dignidade da pessoa humana.

Afirma Godoy:

Direito à moradia pode significar uma gama de proteções e tutelas, tais como proteção do inquilino nas relações de locação de imóveis urbanos, para fins residenciais, legislação sobre condomínio e incorporações, legislação sobre parcelamento do solo urbano, impenhorabilidade do bem de família e, particularmente, [...] o acesso à moradia própria por meio do financiamento imobiliário.

---

<sup>165</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia a efetividade do processo**: contratos do sistema financeiro da habitação. Curitiba: Juruá, 2002, p. 48.

<sup>166</sup> GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

<sup>167</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A partir disso, Godoy associa a idéia de moradia com a dignidade da pessoa humana, já que “um indivíduo, para se desenvolver como pessoa, para nascer, crescer, estudar, formar sua família, adoecer e morrer com dignificada, necessita de um lar, de uma moradia [...]”.<sup>168</sup>

A personalidade, que caracteriza o direito à moradia, é definida como “complexo de características interiores do indivíduo que se manifesta na coletividade ou no meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais”. Para Sergio Iglesias Nunes Souza “É um bem”.

Se for um bem, é protegido pelo direito e inclui outros bens, chamados direitos da personalidade; referem-se, além dos bens materiais, também aos bens imateriais e a todos os direitos essenciais à pessoa humana, conclui o autor.

Desta forma, o direito à moradia é essencial e independe “de qualquer pré-relação jurídica entre as partes, bastando a verificação da sua lesão por um ou mais indivíduos determinados, para o surgimento do direito de reparação dos danos causais”.<sup>169</sup> Diante disso, a pessoa lesada pode requerer uma indenização pecuniária, em caso de dano moral, como alívio para as conseqüências do prejuízo que sofre.

Na perspectiva do autor, o direito à moradia, mesmo que incida sobre um bem material, “inexiste, na sua essência, o seu caráter patrimonial. Isso porque, o direito à moradia é um direito referente à essencialidade do indivíduo e é de valor inestimável a sua ofensa ou desrespeito”.

E embora não se possa confundir o direito à moradia com o direito ao bem de família, existem afinidades entre si, pois o bem de família também preserva, indiretamente, o direito à moradia.

Além disso, os direitos de personalidade, como é o direito à moradia, por seu caráter pessoal, são impenhoráveis, embora o direito à moradia possa sofrer “repercussão da penhorabilidade sobre um bem hipotecado, em virtude do direito real em

---

<sup>168</sup> GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44.

<sup>169</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161.

que se assenta. Aquele não se perde, este poderá deixar de exercer-se sobre determinado bem, incluído o bem de família”.

Godoy retira do direito constitucional o posicionamento necessário para sua análise do direito à moradia no direito civil, como direito da personalidade, contendo “valor jurídico de interpretação do direito privado,”<sup>170</sup> e o faz em dois aspectos: pela análise do direito à moradia e a dignidade humana<sup>171</sup> e também como direito de personalidade. Atualmente, como lembra Canotilho, sempre mais “os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa”.<sup>172</sup>

Souza acentua que os direitos da personalidade, que dizem respeito à dignidade humana, sofrem uma variante dependendo do tempo e do espaço, mas podem ser reconhecidos, mesmo sem considerar a norma jurídica que os declara. Além de a lei ser fonte do direito, também é os costumes e as conclusões da ciência jurídica, em especial os direitos subjetivos. Estes “constituem o *Menem* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”,<sup>173</sup> como se analisará no próximo capítulo.

Vale lembrar que os direitos da personalidade não são somente os previstos nas normas jurídicas, pois, neste caso, seria atribuir ao Estado o único a definir e identificar direitos. O direito é anterior ao Estado e está na natureza humana. O ordenamento positivo relaciona-se ao homem em sua vida em sociedade.

Segundo Rabindranath Souza,<sup>174</sup> a doutrina geral classifica os direitos da personalidade, no aspecto do direito geral, como único direito da personalidade humana, mas existem subclassificações conforme as atribuições à personalidade do indivíduo. São públicos os direitos de personalidade tutelados pela Declaração Universal dos Direitos do Cidadão. Os que defendem essa tese a justificam por serem os direitos públicos de personalidade responsáveis por protegerem o indivíduo dos atos

---

<sup>170</sup> GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 49.

<sup>171</sup> No próximo capítulo será melhor aprofundado o princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>172</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999., p. 402.

<sup>173</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149.

<sup>174</sup> SOUZA, Rabindranath Valentino A. C. de., p. 353-3564. citado por GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

praticados pelo Estado. São estipulados direitos da personalidade privados os aspectos privados, os mesmos direitos públicos, mas sob a ótica das relações privadas. São definidos como direitos sociais da personalidade os direitos humanos de categoria social e econômica, como o direito à moradia, pois é impossível conceber a vivência e a dignidade humana sem o direito à moradia.

Lembra Sergio Iglesias Nunes Souza<sup>175</sup> que:

A falta de higiene, a precariedade de vida em casas com insuficiência estrutural de saneamento, demonstrando condições subumanas de moradia, refletem a lesão ao referido direito. A perda injustificada e imotivada de seu imóvel ocorre [...] quando não há a oportunidade da sua defesa ou quando o direito de discutir as razões para o não-pagamento das prestações periódicas de um determinado financiamento fique cerceado – entre tantas outras situações justificadas de atraso com as obrigações – denotando até mesmo alguma intolerância com o direito à moradia ante os contratos de financiamento imobiliário.

Em outras palavras, a moradia constitui-se como algo essencial do indivíduo, de tal modo que se ela não existir também não existe, de modo adequado, o direito à vida e à liberdade.

A moradia é colocada por Tepedino como “elemento indispensável ao desenvolvimento psicofísico da pessoa inserida na comunidade”.<sup>176</sup> Dessa forma, o direito à moradia é direito de personalidade, mesmo “sendo direito público subjetivo”, afirma Rabindranath Souza, e “está incluído na proteção da tutela geral da personalidade”. Desse modo, seu titular pode requerer,

como poder jurídico, uma prestação positiva dos demais indivíduos, da sociedade, dos entes privados e do Estado uma satisfação para este direito à moradia; e mais, há um dever jurídico de abstenção dos mesmos em perturbar ou prejudicar, de qualquer forma, o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e isso também quanto ao direito à moradia.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 152.

<sup>176</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Diritto all'abitazione e rapporti locatizi*, p. 30, citado por GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54.

<sup>177</sup> SOUZA, Rabindranath Valentino A. C. de. p. 353-3564, citado por GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 54.

Por haver atualmente a idéia de proteção da personalidade, os direitos fundamentais do cidadão devem ser cada vez mais considerados direitos de personalidade. Por isso, Godoy faz uma crítica ao legislador do Código Civil de 2002, especificamente nos artigos 11 a 21, que faz uma regulamentação dos direitos da personalidade, tratando do direito ao nome, à imagem e à proteção da vida privada, entre outros. A crítica se deve ao fato de ter previsto os direitos da personalidade por tipos, mas não ter previsto a proteção da personalidade por meio de uma cláusula geral.

Ao descrever o direito à habitação e seus caracteres, Sérgio Iglesias Nunes Souza refere-se primeiramente ao direito real de habitação, que pode ser considerado tanto *jus in re própria* como *jura in re aliena*. O direito real sobre coisa própria é a propriedade praticada em um imóvel, no qual o titular do direito exerce sua habitação no que é seu. O direito real de habitação pode ser de forma gratuita ou onerosa. Na forma gratuita, refere-se a direito sobre coisa alheia nas hipóteses dos arts. 1.414 a 1.416 do CC/2002 (arts. 746 a 748 do CC/1916). Mas no caso de forma onerosa o direito real de habitação poderá ocorrer sobre coisa alheia, como em caso de hipoteca, ou sobre coisa própria, como é no caso do “direito real de habitação do promitente comprador do imóvel entre particulares (art. 1.225, inciso VII, do CC/2002), sem previsão expressa em nosso anterior CC/1916).<sup>178</sup>

Além disso, o direito real de habitação pode ser desempenhado através de concessão de uso ou do direito real de superfície<sup>179</sup>, se destinado à moradia do indivíduo ou de sua família, em caso de direito e de gozo. E, ainda, o direito real de habitação pode ser exercido ao lado do direito de garantia, como se concretiza com a alienação fiduciária em garantia ou na hipoteca, ou sobre o direito real sobre coisa própria, ou de coisa alheia, como citado acima.

---

<sup>178</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 149.

<sup>179</sup> O direito real de superfície é entendido por Maria Helena Diniz como direito real pelo qual o proprietário concede a outrem, por tempo determinado ou não, gratuita ou onerosamente, o direito de construir ou plantar em seu terreno, mediante escritura pública devidamente inscrita no registro imobiliário” (DINIZ, Maria Helena, citada por SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 178).

Dentre os princípios doutrinários norteadores dos direitos reais sob o foco do direito de habitação e do direito à moradia, Souza<sup>180</sup> lembra os seguintes:

- a) Princípio da transmissibilidade: pode ocorrer a mudança de titular e se transmite *inter vivos* ou *mortis causa*; atualmente é comum a transferência de um imóvel para outro mutuário nos contratos sob normas do Sistema Financeiro de Habitação (SFH). Se após algum tempo o mutuário não se interessa mais pelo objeto do contrato, devido a alterações no emprego ou porque as prestações se tornaram muito altas, vende o imóvel para outro que assume o contrato inicial;
- b) Princípio da especialidade: indica que os direitos reais têm como objeto uma determinada coisa individualizada, certa ou determinada, mesmo que sejam coisas coletivas, mesmo assim determinadas e individualizadas;
- c) Princípio da elasticidade: em face do limite do exercício de algum direito, como o direito de uso e habitação, seu possuidor indireto, mesmo sendo proprietário, não goza do direito de posse direta sobre a moradia, devido à restrição atribuída por meio do exercício do direito real e o ônus que recai sobre ela. Ao se extinguir o direito originário da habitação, o direito de posse do bem volta ao titular anterior;
- d) Princípio da publicidade: refere-se ao registro em cartório de imóveis para que o direito à habitação tenha efeito diante de terceiros;
- e) Princípio da consensualidade: indica que a concessão de um direito real a outro pode ocorrer mediante efeitos por contrato, não somente por lei, mas por convenção também;
- f) Princípio do absolutismo: reproduz a natureza do direito real por ser direito absoluto, devido a sua oponibilidade *erga omnes*, fator característico da distinção entre o direito real e o pessoal;

---

<sup>180</sup> SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- g) Princípio de aderência: é consequência da natureza do direito real que ocorre pela relação jurídica considerada entre o titular do direito e a coisa, enquanto entre o titular e a coletividade há passividade universal e por isso deve haver o respeito perante o indivíduo;
- h) Direito de seqüela: decorrente do princípio de aderência, poderá ser extinto pela contraposição de outro direito de efeito *erga omnes*, como no caso da usucapião, ocorrendo exceção ao princípio da aderência;
- i) Princípio da exclusividade: não há possibilidade de que dois direitos reais sejam admitidos sobre o mesmo bem, com diferentes titulares. Assim um hipoteca de imóvel que recai sobre um bem não poderá ser passível de imposição de outro direito real por outro indivíduo, pois vale o primeiro direito real que incidiu sobre o bem;
- j) Princípio da durabilidade: os direitos sobre a coisa alheia tendem à perpetuidade. Há exceção no caso da habitação, que é temporário, pois se limita à ocupação da casa alheia, para a moradia. Portanto, lembra-se que o direito à habitação é temporário, mas o direito à moradia é permanente.

Além desses princípios norteadores, lembra-se, como também refere Olsen, que o Judiciário é o órgão legitimado “a realizar ponderações que levarão à identificação dos direitos fundamentais sociais definitivos, bem como a determinar aos poderes públicos a satisfação dos interesses constitucionalmente protegidos”.<sup>181</sup>

Não existe escolha entre satisfazer ou não os direitos fundamentais sociais, como é o direito à moradia. Caso a discricionariedade administrativa servir de fuga para o direcionamento dos recursos para fins outros do que os apontados pela Constituição Federal como prioritários, se constituirá em desvio de poder e se sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade. Assim, a reserva do possível não poderá ser alegada pois não é uma condição que se presta aos fins de efetivação

---

<sup>181</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006, p. 364.

dos direitos fundamentais sociais, mas será o disfarce de uma escassez indevidamente produzida, por não respeitar os princípios constitucionais.

Dois são os instrumentos jurídicos à disposição do Judiciário, salientados por Olsen, ante a necessidade de avaliar como atua a reserva do possível diante dos direitos fundamentais sociais: de um lado a proporcionalidade proíbe a insuficiência. A proporcionalidade pode ser dimensionada no que diz respeito ao procedimento dos poderes públicos que impossibilitaram a realização do direito fundamental. De outro lado, o mínimo existencial, mesmo em seu conteúdo indefinido, pode ser considerado parâmetro para a exeqüibilidade dos direitos fundamentais sociais em casos de risco para a vida humana, tema que será aprofundado no próximo capítulo.

## 4 ESCASSEZ E RESERVA DO POSSÍVEL

Nas entrelinhas dos parágrafos anteriores o direito à moradia se impõe como um dos direitos humanos reconhecidos por tratados internacionais e aceitos pela Constituição brasileira. Uma das questões situadas no centro dos debates atuais sobre os direitos sociais é a definição do grau de intensidade da intervenção do Judiciário quanto à prática de direitos sociais como o de moradia, ou se seria uma questão de prática de políticas públicas.

Segundo Godoy, moradia “há que ser patrocinada, tutelada e resguardada pelo Poder Público, incluindo também as situações em que o próprio indivíduo não puder implementá-lo por esforço próprio, isto é, com economias próprias”.<sup>182</sup>

Canotilho lembra que os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantem. Eles dependem de uma intervenção legislativa, concretizadora e conformadora para adquirir plena eficácia e exeqüibilidade. Isto se traduz em grau zero de garantia. Dentre os argumentos contrários estão os custos dos direitos sociais que são bem maiores que os custos do direito à liberdade, por exemplo. Como o argumento é que se pressupõem grandes disponibilidades de dinheiro por parte do Estado aderiu-se rapidamente à construção dogmática da reserva do possível que traduz a idéia de que “os direitos sociais somente existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”.<sup>183</sup>

Assim, alguns autores justificam o papel do Estado como condicionado em sua responsabilidade por meios de recursos existentes no orçamento do Estado para realizá-los.

Galindo,<sup>184</sup> a princípio parece justificar que

---

<sup>182</sup> GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 48.

<sup>183</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria do direito**. 3 ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 1999, p. 451

<sup>184</sup> GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 63.

se o Estado não possuir [os] recursos, não conseguirá efetivar os direitos sociais e econômicos, ainda que tais direitos tenham previsão constitucional expressa, pois, salvo algumas exceções (liberdade sindical e profissional, por exemplo), os direitos de segunda dimensão não são auto-executáveis (*self-executing*), dependem da ação do Estado e, exatamente por isso, apresentam um acentuado déficit de exeqüibilidade e justiciabilidade.

No entanto, Galindo lembra que para modificar o caráter programático dos direitos sociais e econômicos, Constituições como a do Brasil elegeram o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Desse modo, “o postulado neoliberal cogita a exclusão de muitos direitos dessa natureza” por não serem considerados realizáveis. Assim, não são efetivados. Atribui à ausência de políticas públicas de realização dos direitos fundamentais sociais, mais do que à ineficiência da eficácia jurídica levada adiante por órgãos de concretização formal dos preceitos normativos correspondentes à falta de exeqüibilidade. E critica os intérpretes das normas constitucionais por dificultarem a efetividade dos direitos sociais.

O neoliberalismo reprime o Estado de Bem-Estar Social, como o delineado pela Carta de 1988, observa Ramos, por pregar a idéia de estado mínimo, uma vez que não aceita a realização de políticas públicas necessárias à efetivação dos direitos sociais, pois os “investimentos públicos são prejudiciais às bases de acumulação de capital, e, por isso, devem ser redimensionados”.<sup>185</sup>

Cruz enfatiza que o neoliberalismo prefere que o Estado tenha “[...] uma ação parca, transparente, constante (com poucas mudanças) e, em geral, a menor possível”.<sup>186</sup>

Colocados esses aspectos, torna-se importante aprofundar o posicionamento de autores, como Peces-Barba e Alexy sobre a relação existente entre Estado e escassez.

---

<sup>185</sup> RAMOS, Alexandre, Luiz. Direitos Humanos, neoliberalismo e globalização. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998, p. 69).

<sup>186</sup> CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & estado contemporâneo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

## 4.1 ESTADO E ESCASSEZ EM PECES-BARBA E ALEXY

A escassez encontra-se entre as razões que explicam a existência do Direito.

Peces-Barba<sup>187</sup> recorre ao capítulo XI da primeira parte da obra *Don Quijote de la Mancha* na qual Cervantes apresenta uma versão do Estado de natureza que se chamou idade de ouro. Nesta todas as coisas eram comuns e as pessoas encontravam o sustento nos abundantes frutos das árvores. Não existia engano e não era necessário julgar nem ser julgado. Recorre à descrição de Rousseau, séculos mais tarde, da origem da desigualdade entre os homens que coincide com o estado de natureza, caracterizado pela ausência de escassez e violência. Refere também o debate do contemporâneo de Rousseau, Mably, que em debate com os fisiocratas fala de seu desejo de fundar uma república onde todos os homens são iguais, ou seja, aonde reina a liberdade, a igualdade e a fraternidade, ideais que se atualizaram na Revolução Francesa.

O modelo apresentado por Cervantes, Rousseau e Mably é otimista, refere Peces-Barba, diante de outro modelo pessimista constituído por autores como Hobbes, Pufendorf e outros jusnaturalistas racionalistas. Ambos os modelos chegaram aos dias atuais por diferentes vias e nem sempre a partir de posições intelectuais contratualistas, à necessidade do Direito o que supõe, no parecer de Peces-Barba, a necessidade da moral e da política. Os jusnaturalistas consideram que somente se supera a violência com uma sociedade organizada; a paz só é conseguida pelo Direito. Já o grupo anterior chega ao Direito por constatar a inviabilidade real de seus sonhos. E Peces-Barba supõe que o modelo de Hume seja o mais claro por apresentar desde o ideal da abundância até a realidade da escassez moderada e desde esta escassez até a necessidade do Direito.

A chave da afirmação de Peces-Barba está na seção terceira da obra de Hume, surgida em 1751, *Investigación sobre los principios de la moral*. Ao escrever sobre *De la justicia*, Hume reconhece que tanto a poética de Cervantes como o filológico estado de natureza contradizem a condição de necessidade que tem o ser

---

<sup>187</sup> PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y derechos humanos. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994.

humano, assim como é imaginária uma situação de emergência na qual a sociedade entre numa situação de tal emergência que nem a frugalidade nem a industriabilidade extremas impedem a existência da maior miséria de conjunto.

Peces-Barba argumenta que os dois modelos, o da abundância e o da escassez extremas, são modelos para argumentar. O primeiro não é uma utopia e o segundo não é uma profecia catastrófica. Para Hume a situação comum da sociedade é o meio termo entre os dois modelos e que tem necessidade de justiça para que a sociedade se sustente. Essa constatação de Hume é a base da discussão de Peces-Barba. Uma das razões da necessidade do Direito deriva da escassez relativa de bens, que requer critérios de partilha, que não são os mesmos que derivam das regras da economia. Em Leibiniz, na *Meditación sobre la noción común de justicia*, encontra reforços de sua idéia, entre eles o de que a escassez justifica a necessidade do contrato que explica o surgimento do Estado e de seu Direito.

A partir dessas razões, afirma Peces-Barba: “podemos decir que la escasez es una de las razones que justifican la existencia del Derecho válido.” O Direito surge para repartir os bens escassos, pela justiça distributiva.

A questão básica proposta por Peces-Barba é de que o modelo político de Estado Social foi construído para enfrentar problemas que impedem que as pessoas utilizem com plenitude sua liberdade e tenha acesso aos direitos fundamentais, uma vez que os indivíduos não são somente seres que competem na esfera do mercado, mas também cooperam como membros iguais de uma comunidade política.

Argumenta que enquanto Malthus<sup>188</sup> não aceita a idéia de que a escassez seja um dado que exija uma ação positiva do direito e que o pobre não deve ser ajudado, a escassez seria o incentivo para que o pobre saia da situação de pobreza.

Cita o trabalho de Tocqueville (1835), *Memoire sur le pauperisme*,<sup>189</sup> que confirma a idéia de rebater a ação positiva dos poderes públicos de lutar contra a es-

---

<sup>188</sup> MALTHUS. Ensayo sobre el principio de la población *apud* PECES-Barba, Gregório. Escasez y derechos humanos. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 205.

<sup>189</sup> TOCQUEVILLE, texto na edição do professor Moral Santin em Akal, Madrid, 1990, p. 480, citado PECES-BARBA, Gregório. Escasez y derechos humanos. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 206.

cashez, idéia que fundamentaria o Estado social e os direitos econômicos e sociais, embora apresentada de forma mais elegante. Atualmente, Peces-Barba refere Hayek<sup>190</sup>, que representa o rechaço da ação positiva para a correção da escassez e a pobreza, e Nozick,<sup>191</sup> que apresenta a desqualificação da teoria da justiça que distribui a escassez como o instrumento dos direitos econômicos e sociais para solidificar como único Estado moralmente justificado o Estado mínimo.

Em relação à escassez, conforme tratada por Peces-Barba, Perdomo argumenta que “el fin de la escasez no es el bien supremo de una sociedad, aun cuando estemos ahora em épocas de dificultades económicas”.<sup>192</sup> Embora Perdomo se coloque do lado de Peces-Barba, a partir da filosofia do direito, e de Sem<sup>193</sup>, na filosofia da economia, constata que a escassez e/ou a pobreza, que considera seu sinônimo, originam reflexões morais que “justifican la acción positiva del Estado para llevar a los desfavorecidos a la posibilidad de disfrutar sus derechos civiles y políticos”.<sup>194</sup> Já a posição de Malthus, Tocqueville, Hayek e Nozick afirmam que o Estado não deve agir dessa forma para não produzir maior escassez.

Além disso, Perdomo observa que a escassez pode atingir a eficácia do direito <sup>195</sup> e, assim, a sua qualificação como direito fundamental o que se refere aos direitos de conteúdo econômico, não aos direitos individuais e políticos os quais não são submetidos à escassez na perspectiva de Peces-Barba. Este defende que somente os direitos sem escassez, como a liberdade de expressão, por exemplo, podem ser

---

<sup>190</sup> HAYEK Friederich von: Los fundamentos de la libertad, edición castellana en Unión Editorial, 4. ed. Madrid, 1982, p. 318 e 319 citado PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y derechos humanos. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994.

<sup>191</sup> Trabalho sobre a edição italiana *Anarchia, Stato e Utopia*. Le Monnier, Florencia, 1981, citado por PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y derechos humanos. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 259.

<sup>192</sup> PERDOMO, Rogelio Perez. Escasez y derechos humanos: Un comentario a Peces-Barba. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 259.

<sup>193</sup> Ver o Discurso de A. K. Sem indicado por Peces-Barba. PECES-BARBA, Gregorio. Escasez y derechos humanos. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 204.

<sup>194</sup> PERDOMO, Rogelio Perez. Escasez y derechos humanos: Un comentario a Peces-Barba. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 261,

<sup>195</sup> Eficácia é entendida aqui como o modo como se exerce a função. É considerada positiva na medida que conforma as ações que protegem o princípio. (CUNHA, 2006).

fundamentais por poderem ser eficazes. “La escasez conduce a la falta de eficacia y convierte a las declaraciones de derechos en vanas promesas”.<sup>196</sup>

Ricardo Lôbo Torres destaca a tentativa de Peces-Barba de “reduzir os direitos sociais às necessidades básicas dos cidadãos, o que significa restringi-los ao mínimo existencial”.<sup>197</sup> Existe um paradoxo nesta proposta, segundo Torres, pois retira características essenciais dos direitos fundamentais, como a igualdade e a universalidade. No que diz respeito à proposta de Amaral, considera que ela tem uma desvantagem: requerer a definição de conceitos abertos em relação à “essencialidade e à excepcionalidade, de difícil intersecção”; mas cria o mecanismo de interpretar a exigibilidade das prestações de saúde.

O modelo de Alexy possibilita vários graus de determinação e efetividade dos direitos ao mínimo existencial e ao máximo social, posicionamento também assumido por Torres.

Para Alexy, os princípios determinam deveres de otimização. Seus conflitos precisam ser resolvidos por uma ponderação com base em uma situação concreta que vai determinar qual dos princípios deve ter primazia, ou seja:

Quando dois princípios entram em colisão [...] um dos dois tem que ceder diante do outro. Porém isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que nesse haja que se introduzir uma cláusula de exceção. Na verdade o que sucede é que, sobre certas circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece aquele com maior peso. Os conflitos de regras se solucionam na dimensão de validade; a colisão de princípios [...] tem lugar [...] na dimensão de peso.<sup>198</sup>

Se os princípios são deveres de otimização é a proporcionalidade a forma que possibilita a aplicação da otimização em casos concretos como a moradia, por e-

---

<sup>196</sup> PERDOMO, Rogelio Perez. Escasez y derechos humanos: Un comentario a Peces-Barba. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994, p. 260.

<sup>197</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>198</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89 (tradução livre).

xemplo. É da natureza dos princípios que se deduz o conceito da proporcionalidade, sendo que o contrário é também verdadeiro, pois ela resulta do caráter otimizador das normas principais e sua relativização é concedida no atendimento a esse critério.

Como determina Alexy, “quanto maior é o grau de insatisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.

Comentando as idéias de Alexy, Sarmiento<sup>199</sup> considera que ocorre um ponto de equilíbrio entre direitos de colisão quando a restrição imposta ao (s) interesse (s) é idônea para garantir a sobrevivência do outro, quando a limitação é a menor possível para o direito e quando o benefício desfrutado com a restrição a interesse compensa o sacrifício imposto ao interesse contrário. O meio utilizado deve estar em razoável equilíbrio com a finalidade buscada, de modo que é o maior benefício que determina a precedência de um direito sobre o outro.

Alexy<sup>200</sup> tenta equilibrar argumentos a favor e contra os direitos subjetivos a prestações sociais por meio de uma concepção da ponderação entre princípios. A idéia básica de seu modelo, que defende que os direitos fundamentais são posições jurídicas de importância prioritária que não podem ficar à mercê da maioria parlamentar, é ponderar quais direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui. Para ele, o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, como ocorre com os outros princípios, não é absoluto, e as razões de política financeira têm menos importância que os direitos individuais.

Para o autor, alguns padrões devem constituir o reconhecimento de direitos originários, como: quando imprescindíveis ao princípio de liberdade fática; quando o princípio da separação de poderes, como a competência orçamentária do legislador, e quando outros princípios materiais, que se referem a direitos fundamentais de outras pessoas, forem alcançados de modo escasso. Alexy defende que as condições se tornam satisfeitas no âmbito dos direitos sociais que dizem respeito a um padrão mínimo, como é o direito a uma moradia comum. Ele determina a existência de duas

---

<sup>199</sup> SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>200</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

condições, no que se refere à fundamentalidade. A primeira é a possibilidade de proteção e estímulo pelo direito e a necessidade. A segunda é que a carência seja fundamental de tal modo que a necessidade de seu respeito, sua proteção e seu estímulo deixem-se fundamentar pelo direito. É a fundamentalidade que alicerça a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico e diante do legislador. É fundamental aquela carência que, ao não ser atendida, é sinônimo de morte ou sofrimento grave, o que inclui, além dos direitos clássicos de defesa, os direitos sociais que procuram assegurar um mínimo existencial.

A adesão de Alexy é pela noção de um padrão mínimo de segurança material, que pode ser afiançado através dos direitos fundamentais, cuja finalidade é garantir uma liberdade real. No âmbito de um padrão mínimo em prestações sociais será também mínima a restrição no campo dos princípios conflitantes com a prática dos direitos sociais. Além disso, deve ter primazia o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações sociais básicas, essenciais a uma vida digna quando ocorre o conflito com o princípio da reserva do possível e o princípio democrático que, embora não absolutos são fundamentais.

Ricardo Lôbo Torres se posiciona abertamente a favor do modelo de ponderação de Robert Alexy, por possibilitar diversos “graus de determinação e efetividade dos direitos ao mínimo existencial e ao máximo social”.<sup>201</sup>

## 4.2 MÍNIMO EXISTENCIAL, OS MÍNIMOS SOCIAIS E O JUDICIÁRIO

A doutrina jurídica apresenta os direitos fundamentais como um conjunto constituído por direitos individuais (direitos de liberdade), políticos (participação do indivíduo na vida pública) e sociais econômicos e culturais cuja seleção conjunta se expressa no mínimo existencial.

---

<sup>201</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 89.

Barcellos<sup>202</sup> relata que no início do Século XX aquele homem idealizado pelo liberalismo, que buscava acima de tudo a liberdade, já não existia. Ter garantidos os direitos individuais já não era suficiente, pois o Estado deixava de ser o único opressor, uma vez que a lógica capitalista de mercado podia negar os bens básicos à sobrevivência dos indivíduos. A partir do Século XX, o atendimento aos direitos passou ao ordenamento jurídico para afirmar que os bens fundamentais precisam ser garantidos independentemente da provisão do mercado.

No entanto, mesmo com a positivação dos direitos, o problema continua. Basta observar como no cotidiano a sociedade continua sem poder se beneficiar dos direitos e garantias assegurados pelo Estado por diversas dificuldades, como o problema dos custos, que a concretização dos direitos sociais requer, e a imprecisão dos enunciados dos direitos. Primeiramente, porque os direitos sociais, como o da moradia para todos, dependem de prestações positivas do Estado para que sejam implementados. Disso resultam afirmações de que as normas que prevêm os direitos não podem torná-los exigíveis diante do Estado, uma vez que não têm competência de dispor a respeito do orçamento público. No aspecto da hermenêutica, a dificuldade é que os denominados direitos sociais transitam pelas duas categorias de normas: os princípios e as regras,

A doutrina propõe então a noção de mínimo existencial para a solução dos problemas jurídicos, procurando representar um subconjunto no interior “dos direitos sociais, econômicos e culturais menor – *minimizando o problema dos custos* – e mais preciso – procurando superar a imprecisão dos princípios. E, mais importante, que seja efetivamente *exigível* do Estado”, segundo a autora.

Ao comentar sobre as fronteiras entre direito e democracia, Binenbojm<sup>203</sup> advoga que a reserva do possível depende de deliberação legislativa no que diz respeito às prioridades na alocação de recursos públicos. Desse modo, não se confun-

---

<sup>202</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>203</sup> BINENBOJM, Gustavo. Direitos humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do Século XX. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

dem com as liberdades básicas e com o mínimo existencial que, por serem direitos, requerem que o Estado e os cidadãos pratiquem o dever jurídico.

Para Canotilho, justificativa da falta de dinheiro nos cofres públicos é uma conclusão desanimadora. Para atenuá-la, “adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do *mínimo social*”<sup>204</sup> (grifo do autor).

Na discussão sobre qual é o grau de abrangência do Judiciário para concretizar direitos como o da moradia, Souza Neto<sup>205</sup> descreve que diversos autores divergem em seus posicionamentos, pois alguns consideram que existe total possibilidade de concretização jurisdicional dos direitos por ser norma jusfundamental positiva que, portanto, devem ser concretizadas nos termos do parágrafo 1.º, do art. 5.º, da Constituição Federal<sup>206</sup>. Outros negam que o Judiciário deva interferir nessa área, já que as questões sociais encontram nas políticas públicas seu meio de efetivação<sup>207</sup>. Estes últimos acentuam que a concretização dos direitos sociais, requer o caráter orçamentário, “em vista do fato da escassez de recursos – da qual decorrem os limites da chamada reserva do possível – e que a legitimidade para a prática de tais decisões deve ser do executivo e do legislativo, legitimados democraticamente”.<sup>208</sup>

Dentre as duas posições encontra-se a teoria do mínimo existencial. O mais difícil problema é o do relacionamento entre os mínimos sociais, situados no campo da liberdade e dos direitos fundamentais, e o máximo social que reúne a idéia de justiça e de direitos sociais.

---

<sup>204</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria do direito**. 3. ed. Coimbra – Portugal: Almedina, 1999, p. 451

<sup>205</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>206</sup> Exemplo desse posicionamento, segundo Souza Neto, é GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 328, parágrafo 146.

<sup>207</sup> Exemplo desse posicionamento é FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

<sup>208</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 309.

No Estado Democrático e Social de Direito a garantia do mínimo existencial é uma garantia que se impõe em sua dimensão máxima. Torres refere que

os direitos sociais da cidadania que sobreexcedem os mínimos sociais devem se maximizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometam as finanças públicas, não se violem direitos fundamentais nem se neutralizem as prestações por conflitos internos.

Reconhece o esforço de Robert Alexy<sup>209</sup> em sua proposta do modelo de ponderação no qual distingue entre o mínimo existencial ou direitos mínimos jusfundamentais sociais e os direitos sociais,

[...] que devem ser ponderados dentro de uma escala de estrutura de normas que vai de 1 a 8, na qual o maior grau de vinculação (1), entendida como possibilidade de controle jurisdicional, se aplica ao direito subjetivo ao mínimo existencial [...] e o maior grau de discricionariedade (8), tomada no sentido de impossibilidade de controle judicial, aos direitos objetivos *prima facie*, isto é, aos princípios relativos aos direitos fundamentais sociais, que são comandos de otimização [...]; o modelo de ponderação consistirá, conseqüentemente, em transformar os direitos *prima facie*, abertos, indeterminados ou excessivos, em direitos definitivos (regras) (7).

Ricardo Lôbo Torres<sup>210</sup> critica a existência, nas últimas décadas da “desinterpretação” dos mínimos sociais no Brasil. O aspecto da saúde preventiva, direito fundamental da Constituição Federal, art. 96, se confundiu com a saúde curativa, definida como direito social pelo art. 6.º. Resultado: criou-se um sistema único de saúde que seria universal, mas transferiu-se para terceiros a responsabilidade pelo financiamento.

Em seguida questiona se o direito à moradia é fundamental ou social, e responde que para as pessoas sem-teto, é direito fundamental “integrando-se ao mínimo existencial e tornando obrigatória a prestação do Estado. Já as moradias populares ou a habitação para a classe média se tornam direitos sociais, dependentes das políticas públicas e das opções orçamentárias”.

<sup>209</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>210</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Como as prestações positivas implicam despesas para o poder público, necessitam de status constitucional, mas esta não se presta a autorizações com gastos públicos. Torres critica o posicionamento estremado de autores que defendem a eficácia dos direitos sociais sem considerar a lei, como faz Canotilho que fala em Constituição Dirigente e vinculação do legislador, como se viu anteriormente, ao defender “a idéia de que os direitos sociais são direitos originários a prestações (fundados na Constituição) e não direitos a prestações derivados da lei”

Os direitos sociais e econômicos dependem do Legislativo. A reivindicação da cidadania referente ao direito à moradia, por exemplo, deve se voltar ao poder que tem a competência para conceder bens num ambiente econômico de escassez, torna-se questão de política. Embora prevaleça o princípio da subsidiariedade que determina que as concessões estatais limitam-se aos que não podem ser obtidos no mercado, Torres lembra que os comunitaristas<sup>211</sup> expressam a importância do orçamento participativo nas comunidades locais para a recuperação da importância do Legislativo no que se refere aos direitos sociais e econômicos para a redistribuição de bens sociais. Lembra também que, apesar de que o mandado de injunção seja imprestável para a proteção de direitos econômicos e sociais, “certa parte da doutrina vem advogando o emprego do mandato de injunção para a garantia dos direitos sociais, sem contar, todavia, com o beneplácito do Supremo Tribunal Federal”.<sup>212</sup>

Analisa Souza Neto<sup>213</sup> que a busca é pelo

estabelecimento de um critério material para legitimar a atividade especificamente judicial. Essa teoria leva à conclusão de que, mesmo que a norma não possua todos os elementos formais para a atribuição de sua plena eficácia [...] e independentemente de aferição de disponibilidade orçamentária, cabe ao Judiciário, dentro dos limites do mínimo existencial, concretizá-la, já que estão presentes os elementos materiais necessários para tanto.

---

<sup>211</sup> Os Comunitaristas enfatizam a cultura e o grupo social que confere identidade aos indivíduos 'atomizados' pelas tendências desenraizadoras da sociedade liberal. Pode-se aprofundar o tema no livro Taylor, Charles. *The Politics of Recognition*, in: **Multiculturalism**. Princeton, Princeton University Press, 1994.

<sup>212</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. v: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21. 3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 195.

<sup>213</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luís Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 311-312..

A construção teórica de Torres, observa Souza Neto, conforme também explicitado anteriormente, embora seu caráter precursor, pode receber objeções. Em uma modalidade de objeção refere-se ao critério central de legitimação de ordem jurídica, em vez da noção de autonomia privada, das noções de dignidade humana, da igualdade material ou da comunidade cultural conduzida para fins coletivos, quando os moldes de concretização definidos pelo mínimo existencial se tornam insuficientes. No entanto, pode, contrariamente, em outra modalidade de objeção, afirmar-se que “a teoria do mínimo existencial consubstancia uma intervenção excessiva do estado no plano econômico-social, ao implicar, mesmo em grau reduzido, uma atividade estatal de cunho redistributivo”.

Souza Neto não entra na análise das objeções. Prefere apontar pressupostos compartilhados com a teoria do mínimo existencial em seis aspectos: No primeiro, afirma que o Estado tem legitimidade de concretizar os direitos sociais, especialmente para aqueles que não conseguem fazê-lo sozinhos. No segundo, acentua que da totalidade dos direitos sociais, alguns são fundamentais; no terceiro aspecto, enfatiza que a sociedade que não respeita tais direitos é injusta; ressalta, como quarto aspecto, que critérios materiais podem definir a fundamentalidade dos direitos sociais; como quinto aspecto afirma que, independentemente das políticas governamentais e da ação legislativa, o judiciário tem o privilégio de concretizar os direitos sociais na dimensão da fundamentalidade material, enquanto, para o que está além, os direitos sociais devem ser concretizados pelo executivo e pelo legislativo; por último, não concorda com a tese de que o Judiciário deve resolver todos os problemas da vida social e que, portanto, os “ramos eletivos do Estado possuem legitimidade democrática – quando eleitos democraticamente – para implementar políticas públicas”.

O autor enfatiza que os direitos sociais são condições procedimentais da democracia e coloca como questão central:

Se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia, então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se a-

firmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática.

Com base nesse seu posicionamento, Souza Neto enfatiza que um outro plano deve ser associado ao “plano de fundamentalidade material dos direitos sociais vinculados ao conceito de mínimo existencial”, e esse outro plano se fundamenta nas condições sociais da democracia e, portanto, se deve estabelecer objetivos mais amplos para que seja definida a esfera de sua justiciabilidade.

Qual a diferença do conceito de mínimo existencial atual com o formulado tradicionalmente? O tradicional limita-se “a propugnar pela possibilidade de concretização judicial dos direitos sociais que configurem condições materiais da autonomia privada”. O atual ou a teoria democrático-deliberativa foca a necessidade de que o Judiciário concretize, além desses direitos sociais, também aqueles que “são condições para uma participação igualitária na vida pública”.

As teorias democrático-deliberativas constituem uma alternativa para o elitismo, ao contrário das teorias democrático-elitistas que têm como um de seus componentes essenciais o reconhecimento de que o poder econômico, em situações de desigualdades sociais, defende com o processo político uma relação que tende à determinação de elites políticas vinculadas às elites econômicas. Souza Neto considera de fundamental importância que a igualdade se projete, além da sua dimensão formal, para o campo econômico-material para que seja possível deliberar quais as diferenças são consideradas justas.

### **4.3 RESERVA DO POSSÍVEL E ORÇAMENTO**

Algumas perguntas tornam-se pertinentes aqui: Existem recursos, mas eles são mal aplicados pelo Poder Executivo? Teria como os Estados aumentarem as receitas com a majoração dos tributos? As respostas a essas perguntas não são simples perante o alto custo dos direitos e a escassez de recursos, como defendem diversos autores.

Amparado na obra *The cost of rights*<sup>214</sup>, Flávio Galdino defende o condicionamento dos direitos à existência de recursos orçamentários. Holmes e Sunstein consideram que se não há recursos também a liberdade do indivíduo é afetada. Direitos, como o direito à moradia, para serem protegidos, necessitam da redistribuição da riqueza social. Reconhecem que o Estado não é somente o defensor da propriedade. O direito à propriedade, considerado como direito negativo é positivo, criado e mantido pela ação do Estado. Acentua-se aqui que não se está confundido direito de moradia com direito de propriedade, pois, como também destaca Sarlet, “muito embora a evidência de que a propriedade também possa servir de moradia ao titular (...), o direito à moradia, convém frisá-lo, é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios”.<sup>215</sup> Por isso Galdino<sup>216</sup> defende que o conceito de direito subjetivo seja revisto e nele seja incluída a perspectiva dos custos.

Barcellos<sup>217</sup> observa que para Holmes e Sunstein, os direitos sociais não são os únicos a custar dinheiro; os direitos individuais também custam, pois para manter a polícia, por exemplo, são necessários recursos públicos. A natureza entre ambos é de grau. Ora conclui que se os direitos individuais também custam, então deixar de atender aos direitos sociais, porque requerem ações estatais e custam dinheiro, não tem fundamento.

O mesmo ocorre na relação que se estabelece por vezes entre a escassez relativa aos recursos e as *escolhas trágicas*<sup>218</sup> pois para atender a uma necessidade deixa-se de atender a outras. Barcelos aponta outro ângulo de análise da mesma questão: o aumento de receita com a majoração de tributos. O que deve constar no orçamento e em que se deverá investir?, pergunta a autora. Responde que “o conteúdo das despesas haverá de estar vinculado juridicamente às propriedades eleitas

---

<sup>214</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Company, 1999.

<sup>215</sup> SARLET, Ivo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 330-331.

<sup>216</sup> GALDINO, Flávio. **Direitos não nascem em árvores**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2001.

<sup>217</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>218</sup> CALABRESI, Guido. BOBBITT, Philip. **Tragic choices (The conflict society confronts in the allocation of tragically scarce resource)**, 1978.

pelo constituinte originário”.<sup>219</sup> E conclui que a finalidade do Estado ao obter recursos e gastá-los em prestações de serviços tem como escopo realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A reserva do possível, lembra Silvia Faber Torres,<sup>220</sup> não depende somente dos recursos que o Estado dispõe, mas do que um indivíduo pode exigir da sociedade. Portanto, mesmo que o Estado dispusesse de recursos, ele não teria a obrigação de prestar algo a alguém além dos limites do razoável e que, portanto, torna necessária a ponderação do legislador. Este deve ponderar, além das pretensões individuais também os interesses dos que “suportam as cargas públicas”.<sup>221</sup>

Bontempo critica o posicionamento de condicionar os direitos sociais à existência de abundância de recursos e por corresponder à destruição dos direitos constitucionalmente consagrados por lhes tirar a força normativa. “Ao invés de condicionar a realização dos direitos sociais à existência de ‘recursos públicos’, é preciso condicionar a existência de ‘recursos públicos’ à implementação dos direitos sociais”.<sup>222</sup>

Para Hesse,

a Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às possibilidades e aos limites de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.<sup>223</sup>

Ao legislador compete a construção jurídica dos direitos sociais. Aos tribunais compete, por via interpretativa, dar valia às condições de liberdade mínima que ca-

<sup>219</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 241.

<sup>220</sup> TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lôbo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 784.

<sup>221</sup> SCHMIDT-ASSMANN. **Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee**. Heidelberg: Springer Verlag, 1998. Citado por TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Direitos fundamentais: estudo em homenagem ao professor Ricardo Lôbo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 787.

<sup>222</sup> BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988**. Curitiba: Juruá, 2006.

<sup>223</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 16.

racteriza a dignidade humana. No entanto, não podem impor opções políticas pela justiça. Embora, no Brasil, a questão venha sendo analisada nos limites da justiciabilidade dos direitos prestacionais, nem sempre, pela jurisprudência, os direitos conseguem eficácia, devido à sua ambivalência em relação ao princípio democrático.

No decorrer deste capítulo os autores se reportaram diversas vezes à implementação das políticas públicas pelos ramos eletivos do Estado não atribuindo ao Poder Judiciário a incumbência de resolver problemas da vida social.

## 5 ESTADO CONTEMPORÂNEO E POLÍTICAS PÚBLICAS

### 5.1 A ÊNFASE NA ESCASSEZ

No presente capítulo, busca-se o diálogo dos autores para responder a três importantes perguntas: por que se acentua a escassez para que os custos sociais sejam cumpridos? Até que ponto as políticas públicas podem ser “válidas” para que a moradia esteja ao alcance de todos? E quais as outras alternativas apontadas pelos autores?

José Casalta Nabais, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, ao analisar a face oculta dos direitos fundamentais,<sup>224</sup> afirma que “todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos”. Aliás, esta é também a posição de Holmes e Sunstein e de Amaral, entre diversos outros autores já citados. Considera-se isso importante, uma vez que pode surgir das entrelinhas a ideia de que os direitos negativos sejam alheios a custos comunitários e que os direitos positivos influenciariam nos custos comunitários. Tanto os clássicos direitos e liberdades, os negativos, quanto os positivos, se não forem somente promessas requerem recursos financeiros. E por que, então, na literatura se acentua a escassez para que os custos sociais sejam cumpridos?

A resposta pode estar na distinção dos custos, pois enquanto os direitos sociais têm como base fundamentalmente “custos financeiros públicos directos visíveis a olho nú, os clássicos direitos e liberdades assentam, sobretudo em custos financeiros públicos indirectos cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula”.

Dessa perspectiva, a concretização dos direitos sociais requer despesas públicas sentidas imediatamente pelos titulares, ou seja, há uma individualização que torna visível, tanto no aspecto do Estado ou dos contribuintes quanto do ponto de vista de quem recebe o benefício, ou os titulares dos direitos sociais, como é o direi-

---

<sup>224</sup> NABAIS, Jose Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>, Acesso em: 7 jan. 2007, p. 12.

to à moradia. No aspecto dos custos clássicos referentes aos direitos e liberdades, eles não ocorrem em custos individualizáveis, mas em custos gerais.

Nesse aspecto concorda-se com a afirmação de Stephen Holmes e Cass Sunstein<sup>225</sup> de que os clássicos direitos teriam somente custos privados ou sociais. Ressalta-se que todos os direitos têm como fundamento na figura dos impostos.

Para que o motivo desse posicionamento fique mais claro, realizam-se em seguida algumas considerações relativas ao Estado. Primeiramente, lembra-se que o Estado brasileiro, conforme estabelecido na Constituição de 1824 surgiu como monarquia, como Estado unitário, centralizado no núcleo da Corte. Com o movimento republicano se fortaleceu a idéia da construção de um Estado Federal ou uma República organizada em Estado Federativo, formado por desagregação, ao contrário da formação do Estado por agregação, como ocorreu nos Estados Unidos. Isto quer dizer que a União intervinha nos Estados-membros, conforme o art. 6.<sup>o</sup> da Constituição de 1891 para centralizar as decisões. Com a Constituição de 1988, os Estados tiveram sua autonomia restaurada e os Municípios foram elevados à condição de entes federativos, embora isso na prática nem sempre ocorre.<sup>226</sup>

Antes de concentrar a atenção no Estado contemporâneo, vale lembrar que na Antigüidade o Estado era a cidade onde todos os poderes se condensavam. O temporal e o espiritual uniam-se para o governo dos homens. A Idade Média, construída sobre os restos do Império Romano, tinha uma idéia fraca de Estado, mas tentava restabelecer a autoridade temporal, que ressuscitou na imagem do Santo Império Romano-Germânico e a autoridade espiritual por meio dos Papas. No final da Idade Média e início da Renascença o estado já esboçava-se como soberano. A palavra “Estado” foi expressão criada por Maquiavel em sua obra *O príncipe*.

O Estado Moderno do absolutismo passou por duas fases. Na primeira manifestou-se o regime da Monarquia absoluta de direito divino. Na segunda, a teoria do absolutismo se separou dos laços teológicos e se caracterizou pela secularização do absolutismo em bases filosóficas, quando entrou em cena Hobbes, a defender que o

---

<sup>225</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights. Why liberty depends on taxes**, W. W. Norton & Company, New York. London, 1999.

<sup>226</sup> MUKAI, Toshio. **Direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

poder emana do homem, com sua obra o *Leviatã* na qual a força ilimitada de quem governa está no contrato social. Como também fizeram Rousseau e Locke, sua filosofia lança raízes na dualidade de um Estado de natureza que antecede o Estado de sociedade. O Estado absoluto, conforme preconizara Hobbes, parece ter encontrado em Portugal do Século XVIII a expressão mais fidedigna, através de Pombal que, por meio da reconstrução da metrópole e do Império, da expulsão dos jesuítas, da penalização dos nobres que atentavam contra a vida do rei, sujeitava o clero à onipotência da realeza. A burguesia estava para ocupar os espaços do poder da autoridade da nobreza e do clero. Ocorreu a transição do Estado absoluto para o Estado constitucional, no qual o poder já não é das pessoas mais das leis.<sup>227</sup>

Como explica Bonavides, o Estado constitucional apresenta-se em três modalidades: a primeira é o Estado constitucional da separação de poderes ou Estado Liberal; a segunda é o Estado constitucional dos direitos fundamentais (Estado Social), a terceira é o Estado constitucional da Democracia Participativa (Estado Democrático-Participativo). As três modalidades não se rompem, mas se metamorfoseiam.

Então o Estado constitucional é qualificado como aquele que surgiu depois da Revolução da Independência Americana e da Revolução Francesa. Teve como teóricos importantes Locke, Montesquieu, Rousseau, Sièyes, Constant e Kant. O Estado Liberal foi a primeira modalidade do Estado constitucional e reapareceu na contemporaneidade com o nome de Estado Neoliberal. O Estado Liberal constituía o clássico Estado de Direito da primeira época do Constitucionalismo.

Para Bonavides, o novo Estado constitucional, que sucedeu o antigo voltou-se mais para justiça, uma vez que se julgava que a liberdade já havia sido conquistada. Os direitos da justiça eram aqueles que introduziam evolutiva e progressivamente os direitos de segunda e de terceira gerações, como mencionado anteriormente. A segunda versão do Estado de Direito é de Estado Social que se estabeleceu sobre dois alicerces no decorrer do Século XIX: um constituído por filósofos políticos do socialismo utópico, como Owen, Fourier, Saint-Simon, Proudhon, que defendiam a reforma social. O outro formado por pensadores do denominado Socialismo Científi-

---

<sup>227</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

co, como Marx e Engels, que defendiam a desaparecimento do Estado por ter se tornado supérfluo.

A propósito do Liberalismo, afirma Bobbio que

é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado mínimo. Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo). E pode-se conceber também um Estado mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, com respeito à esfera econômica, o Leviatã hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia).<sup>228</sup>

Segundo Torres,<sup>229</sup> o Liberalismo firmou-se nas primeiras décadas do Século XIX e adotou diversas idéias do Iluminismo, o que coincidiu com a Constituição do Estado Fiscal. O Estado Liberal se fortalece na luta contra o Estado absoluto e contra o Estado máximo em defesa do Estado mínimo, mesmo que os dois movimentos não coincidam na prática.

Bobbio é do parecer de que a doutrina liberal só é parcialmente igualitária, pois “entre as liberdades incluem-se também a de possuir e acumular, sem limites e a títulos privados, bens econômicos [...] liberdade da qual se originaram e continuam a se originar as grandes desigualdades sociais”.<sup>230</sup>

Para Bonavides,

o Estado social é hoje a única alternativa flexível que a democracia ocidental, a nosso ver, ainda possui; a aspiração máxima dos juristas da liberdade perante a opção negativa e fatal de uma sociedade repressiva e totalitária. Mas [...] se acha rodeado de inumeráveis obstáculos, menos talvez quanto à definição de

<sup>228</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

<sup>229</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

<sup>230</sup> BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução: Carlos N. Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

seus conceitos básicos do que tocante aos meios e fins indispensáveis a sua efetiva implantação.<sup>231</sup>

Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino,<sup>232</sup> na segunda metade do Século XIX, a questão social que surgiu como efeito da Revolução Industrial indicou o fim de uma concepção orgânica de sociedade e do Estado, conforme defendia a filosofia hegeliana, e mostrou a imposição da necessidade de uma tecnologia social que determinasse as causas das divisões sociais e que tratasse de lhes remediar, mediante adequadas intervenções de reforma social. A Alemanha de Bismarck fez intervenções que articulou seguros obrigatórios contra a doença, a velhice e a invalidez. No final do Século XIX nascia o Estado Interventivo cada vez mais voltado ao financiamento e à administração de programas de seguro social.

Chama-se a atenção para o Estado contemporâneo que é um estado fiscal que se apóia nos impostos. Estes são inevitáveis para o cidadão que os pagam para terem a sociedade que têm, o que significa ter a liberdade como base e pelo menos um mínimo de solidariedade.<sup>233</sup>

Torres afirma que o imposto, item “mais importante da receita do Estado Fiscal, é, por conseguinte, uma invenção burguesa: incide sobre a riqueza obtida pela livre iniciativa do indivíduo, mas nos limites do consentimento do cidadão”.<sup>234</sup>

O Estado nem sempre tem se apresentado como um Estado fiscal. Por exemplo, o Estado absoluto do Iluminismo foi um Estado patrimonial, pois continuava o que faziam as instituições anteriores, o aumento de seu patrimônio, de um lado, e, de outro, os rendimentos da atividade comercial e industrial. Os Estados que se diziam socialistas também eram não fiscais, uma vez que sua base financeira se apoiava em rendimentos de atividade econômica produtiva que eles monopolizavam e não em impostos que os cidadãos tinham que pagar. E há casos em que o Estado

---

<sup>231</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 337.

<sup>232</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5 ed. v. 1. A-J. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000,.

<sup>233</sup> NABAIS, Jose Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em: < [http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>, Acesso em: 7 jan. 2007, p. 12.

<sup>234</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 109.

não precisava do suporte financeiro dos cidadãos devido às grandes receitas que lhes advém das matérias-primas.

Para Torres, o Estado fiscal brasileiro surge com a Constituição Fiscal de 1824, subsistema da Constituição Liberal do país.

Funda-se no relacionamento entre liberdade e tributo, em que este é o preço da autolimitação daquela, transfigurando-se a liberdade em fiscalidade. Mas convive com o Estado corporativo, com o Estado Cartorial, com o Estado Empresário e com o Estado Assistencialista, constituídos pela persistência de diversas características do patrimonialismo luso-brasileiro.<sup>235</sup>

Conforme Nabais, o Estado fiscal é uma característica do estado moderno e este não deve ser identificado ao estado liberal, pois o estado fiscal tem duas formas de evolução:

o Estado fiscal liberal, movido pela preocupação de neutralidade económica e social, e o Estado fiscal social economicamente interventor e socialmente conformador. O primeiro pretende ser um Estado mínimo, assentava numa tributação limitada – a necessária para satisfazer as despesas estritamente decorrentes do funcionamento da máquina administrativa do estado, que devia ser tão pequena quanto possível. O segundo, movido por preocupações de funcionamento global da sociedade e da economia, tem por base uma tributação alargada – a exigida pela estrutura estadual correspondente.<sup>236</sup>

Na idéia de Estado fiscal considera-se que existe separação profunda entre Estado e sociedade, diferente daquela que existia no Estado liberal oitocentista, mas cuja imposição é que o Estado deve se preocupar com a política e a sociedade civil com a economia. As duas esferas teriam uma zona minoritária de intersecção que garante o equilíbrio pela subordinação do poder económico ao poder político, ou seja, Estado e economia separaram-se e os impostos sustentam o Estado. A economia se sustenta pelo critério do lucro.

---

<sup>235</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 151.

<sup>236</sup> NABAIS, Jose Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>, Acesso em: 7 jan. 2007.

Nesse contexto, o Estado fiscal é limitado naquilo que diz respeito à esfera econômica, mas ele pode assumir um Estado econômico positivo como se caracteriza o Estado capitalista que tanto os keyneisianos reconhecem como os neoliberais, já que essas doutrinas diferenciam-se somente pelo maior ou menor grau de intervenção do Estado.<sup>237</sup>

Bobbio, Matteucci e Pasquino<sup>238</sup> apontam dois limites do Estado fiscal: o primeiro é representado pela natureza do objeto fiscal e pelos vínculos de manutenção de uma economia livre. O segundo forma-se pela possibilidade de um incremento não controlável da demanda das despesas públicas que pode ocasionar o colapso do Estado fiscal.

No entanto, o respeito do Estado pela economia privada não necessita que seja somente com impostos que o cidadão contribua para que o Estado realize suas tarefas, já que estas podem se concretizadas também por tributos bilaterais, mas esta é somente uma possibilidade aparente já que os Estados atuais se constituem em Estados fiscais e não tributários, ou seja, tarefas estaduais referentes à polícia e às políticas externa, de defesa, entre outras, que satisfazem apenas necessidades coletivas precisam ser financiadas por impostos. Aquelas tarefas estaduais que satisfazem a necessidades individuais e que seus custos são divididos pelos cidadãos, como é o caso da gratuidade do ensino básico determinada pela Constituição, não podem ser financiadas a não ser por impostos, ou seja em ambos os casos e na maioria das tarefas do Estado os impostos são o suporte financeiro, observa Nabais.<sup>239</sup> Mas o aumento das taxas públicas para apoiar o financiamento de tarefas públicas não resolve o problema da crise do atual Estado fiscal manifesta na sobrecarga das tarefas do estado. A solução iria contra o sentido principal do Estado social pois apelaria a um dominante sistema de taxas.

---

<sup>237</sup> NABAIS, Jose Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>, Acesso em: 7 jan. 2007.

<sup>238</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 5. ed. v. 1. A-J. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

<sup>239</sup> NABAIS, Jose Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)>, Acesso em: 7 jan. 2007.

Em seus primeiros tempos, o Estado de Direito era visto como o Estado fiscal minimalista ou Estado orçamentário liberal. Na Constituição, a fiscalidade era uma forma de limitar o poder de tributar e no direito infraconstitucional a fiscalidade se expressava pelos tributos, que poderiam unir os recursos para que as necessidades mínimas fossem atendidas de modo a garantir a liberdade individual. Como explica Torres,<sup>240</sup> o Estado restringia-se ao exercício do poder de polícia, da prestação de alguns serviços públicos.

Mas, em relação à Constituição de 1988, ela pode ser considerada uma Constituição do Estado Social?

A resposta pode estar na afirmação de Bonavides<sup>241</sup> de que não terão êxito os determinados círculos das elites associadas a lideranças reacionárias que programam a destruição do Estado social brasileiro pela introdução de retrocesso no regime constitucional de 1988, se o Estado social for a própria sociedade brasileira “concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do Brasil”, pois é uma Constituição do Estado Social que diferentemente da Constituição de Estado liberal “de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no poder”.

Frente ao Estado social, o verdadeiro problema é como determinar novas técnicas para garantir os direitos sociais básicos e torná-los efetivos. Bonavides considera que pela Constituição de 1988 o Estado social brasileiro, de terceira geração, torna-se um Estado que além de conceder direitos sociais básicos os garante. O problema de sua aplicabilidade está na realidade nacional.

Enquanto Rawls e Dworkin defendem que os direitos básicos possuem um conteúdo substantivo – igualdade ou igual respeito e consideração, para Ackerman todos os indivíduos possuem o direito fundamental de participar de um processo político deliberativo no qual definem o conteúdo substantivo dos outros direitos fundamentais. E “o primeiro, e mais fundamental, é o direito de cada indivíduo ao reco-

---

<sup>240</sup> TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. atualiz. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

<sup>241</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 336.

nhecimento dialógico como um cidadão em uma conversação política em desenvolvimento”.<sup>242</sup>

Acredita-se que é na moderação do intervencionismo do Estado que se soluciona o problema atual da dimensão do Estado que tanto requer a moderação ou recuo de modernas tarefas sociais, como a realização de direitos econômicos, sociais e culturais, ou o abandono das tarefas tradicionais, repensando a sua atuação nas políticas sociais. Não que o Estado deva regredir ao estado mínimo mas que o Estado fiscal fique tão grande que se torne uma fachada de um Estado que domina toda economia e toda sociedade através da via fiscal.

O apelo vai à direção da solidariedade, ou na entreajuda apontada por Canotilho, no contexto da des-introversão e da subsidiariedade; a automovimentação de grupos de articulação com os subsistemas dos direitos sociais, como, a auto-organização no domínio da política de moradia, para a recuperação do sentido da justiça. A reciprocidade visível entre pessoas da sociedade civil e entre entes públicos, “permite ‘vislumbrar’ alguma imaginação no discurso saturado dos direitos e políticas sociais”.<sup>243</sup>

## 5.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Quanto às políticas públicas, a questão que se coloca, é que a realização dos direitos fundamentais supõe uma responsabilidade ativa por parte do Estado para que implemente políticas públicas voltadas para essa realização.

As políticas públicas são definidas por Dias como “programas de intervenção estatal a partir de sistematizações de ações do estado voltadas para a consecução

---

<sup>242</sup> ACKERMAN, Bruce. **La justicia social em el estado liberal**. Tradução: Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 206.

<sup>243</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 114.

de determinados fins setoriais ou gerais, baseadas na articulação entre a sociedade, o próprio Estado e o mercado”.<sup>244</sup>

Afirmou-se anteriormente que é necessário que o Estado adote políticas públicas para que o direito à moradia seja concretizado, ou seja, que as políticas públicas sejam ativas de forma a “conferir efetividade a esse direito”.<sup>245</sup> Mas e se, como expõe Appio,<sup>246</sup> as políticas públicas surgem como mais um produto da máquina de propaganda dos governos eleitos, a qual parece ser a única a funcionar com eficiência no Brasil, e para a qual os recursos públicos raramente são contingenciados”?

No Estado contemporâneo, as políticas públicas surgem como resposta a uma necessidade conseqüente da concentração das massas em aglomerados urbanos. No caso da moradia, isto não significa dizer que o Estado tenha a obrigação de doar uma casa para cada indivíduo. Como refere Souza,<sup>247</sup> uma vez que os aspectos que dizem respeito ao direito à moradia devem incluir as normas legislativas, que permitam o direito à moradia, a intervenção estatal ocorre na regulamentação das atividades do setor privado associadas à política habitacional e a facilitação através da concessão de uso especial para fins de moradia, a exemplo da Lei Federal 10.257/2001, chamada de Estatuto da Cidade.<sup>248</sup>

Como mencionado anteriormente, o Estado brasileiro contemporâneo adotou um modelo fundamentado em programas de distribuição de renda mínima às populações carentes. Por outro lado, a inversão de recursos públicos nas áreas sociais como moradia vincula-se ao desenvolvimento do país, garantindo-se aos cidadãos as condições mínimas de inserção no mundo. Por meio de seu poder de tributar, o Estado arrecada fundos junto à sociedade para garantir a solvência do país diante de sua dívida pública. Ele se constitui na única forma de financiar custos de serviços

---

<sup>244</sup> DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set.2003, p. 121.

<sup>245</sup> INÁCIO, Gilson Luiz. *Direito social à moradia & a efetividade do processo*: contratos do Sistema Financeiro da Habitação. Curitiba: Juruá, 2002, p. 41.

<sup>246</sup> APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.

<sup>247</sup> SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. *Direito à moradia e de habitação*: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>248</sup> DJU-1Em de 11.07.01.

sociais e de proteção dos direitos e garantias individuais num ambiente de livre mercado.<sup>249</sup>

Cabe lembrar que o conceito tradicional de cidadania concebido pelo liberalismo, deve ser atualizado de acordo com as exigências atuais, considerando novas formas de convivência social. Isto significa que a formulação das políticas públicas deve ter a participação dos cidadãos, ou seja:

O processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja 'qualidade decisória', no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos.<sup>250</sup>

No que diz respeito aos direitos fundamentais, como se discutiu anteriormente, se já existe um programa social implementado pelo governo, o princípio da isonomia deve ser observado pela prática de um tratamento idêntico por parte do Estado a todos os cidadãos que se encontrem diante da mesma necessidade e situação, não se limitando ao que está previsto pela lei orçamentária anual. Appio lembra que a proteção da isonomia constitucional apresenta-se como “injunção necessária decorrente do próprio art. 5.º da Constituição Federal de 1988”. Mesmo que a formulação da política pública seja de responsabilidade dos Poderes Executivo e Legislativo, sua prática requer tratamento isonômico que será assegurado pelo Poder Judiciário por meio de uma “concepção substancial acerca do papel da Constituição”.

Isto quer dizer que, por um lado, as políticas públicas vêm se tornando cada vez mais peças de propaganda dos governos eleitos e que na prática “resultam em ampla frustração popular, por conta da chamada ‘reserva do possível’. Acena-se para uma promessa que se sabe, de antemão, que não será cumprida”.<sup>251</sup>

Por outro lado, para que as prestações de natureza coletiva sejam concedidas ao indivíduo, é preciso que haja uma política pública implementada por sistema de democracia procedimental. Se esta já existe, o Poder Judiciário poderá proteger o

---

<sup>249</sup> HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, CASS R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

<sup>250</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 269.

<sup>251</sup> APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 175-176.

direito do cidadão. No entanto, a escolha dos instrumentos não é prerrogativa somente do governo eleito, mas também da sociedade que o elege.

Talvez essa seja uma alternativa para o impasse que se estabelece entre a obrigatoriedade do Estado prestar serviços gratuitos de moradia, por exemplo, e sua incompatibilidade com a Constituição de 1988 ao se considerar a natureza intrínseca do ato administrativo, ferindo-se a separação entre os Poderes. Como a capacidade de atender ao mínimo existencial por parte do governo não é ilimitada, a universalização depende de um projeto de governo.

Ackerman<sup>252</sup> posiciona-se contra as teorias contratualistas e coloca o diálogo como laço central que une a todos e então a cidadania não tem outra opção do que estar enraizada nas idéias fundamentais da comunidade política, uma vez que “os direitos só adquirem realidade após as pessoas se confrontarem com o fato da escassez e começarem a argumentar acerca de suas conseqüências normativas”.

Cittadino considera que não existe outro modo de enfrentar as divisões sociais da sociedade brasileira, senão pela busca da superação da “cidadania de baixa densidade”<sup>253</sup> pela priorização dos mecanismos participativos que buscam garantir o sistema de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal. E defende os constitucionalistas “comunitários” que atuaram no processo constituinte dos anos 80, por possibilitarem que a Constituição Federal incorporasse a atuação das forças políticas da comunidade para garantir os ideais da igualdade e dignidade humanas.

Cittadino acentua que em países como Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha e nos Estados Unidos há uma forte pressão e mobilização política da sociedade que está na origem da expansão do poder dos tribunais ou do denominado “ativismo judicial”. Da mesma forma é evidente que o processo de participação que elaborou a Constituição Federal de 1988 revela que o retorno ao direito significa maior “valorização do espaço público da política”.

---

<sup>252</sup> ACKERMAN, Bruce. **La justicia social em el estado liberal**. Tradução: Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 206.

<sup>253</sup> CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

O Estado se encontra diante de um dilema: ou colocar em prática a implementação dos direitos sociais, constitucionais e internacionais assumidos, aplicando o máximo dos recursos disponíveis, ou privilegiar o corte dos gastos públicos para atingir “metas” neoliberais. Para que a opção seja pela primeira alternativa, é preciso que a sociedade brasileira se concentre “num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitima a presente Constituição do Brasil”.<sup>254</sup>

Com Oliveira Neto<sup>255</sup>, enfatiza-se aqui que diante da hipótese de incapacidade material do Estado prover, sozinho, a consecução da solução das necessidades de moradia, a sociedade civil pode ser organizada para que as metas programáticas sejam cumpridas.

---

<sup>254</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

<sup>255</sup> OLIVEIRA NETO, Sérgio de. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais. **Revista Agu**, n. 7, ano 7, p. 145-151, ago. 2005.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscando atender ao objetivo desta dissertação, procurou-se analisar na literatura, possibilidades e empecilhos de concretização do direito à moradia para os cidadãos brasileiros mediante a abordagem da chamada reserva do possível.

Como previa a primeira hipótese, a revisão da literatura permitiu constatar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 assegura a efetividade do direito à moradia e reafirma sua importância pela Emenda Constitucional n.º 26 para que o direito à moradia faça parte do conjunto dos direitos sociais contidos no art. 6.º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Em relação à segunda hipótese, que afirmava que o Estado brasileiro não atende a todas as necessidades do direito social à moradia em razão da escassez de recursos, ela se une à terceira que considerava que os autores consultados nesta dissertação não chegam a um consenso sobre como vencer os empecilhos para a concretização do direito à moradia para todos os brasileiros devido à reserva do possível. No entanto, deixam pistas importantes que foram sintetizadas no último capítulo.

Uma coisa parece bastante importante, ou seja, mesmo que os direitos sociais mínimos tenham consideráveis efeitos financeiros, como afirma Alexy, quando muitos o fazem valer não se defende a postura da não-existência desses direitos, uma vez que não são absolutos. Então, de acordo com o princípio da dignidade humana, presente no art. 1.º, inc. III, da Constituição Federal de 1988, os atores que trabalham com o direito devem buscar decisões que privilegiem o mínimo vital em detrimento da reserva do possível e pela observação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. O direito à moradia, cujo valor intrínseco é de promoção da personalidade humana, deve ser priorizado nas relações tanto jurídicas quanto patrimoniais quando existe a necessidade de moradia.

Embora se espere que um Estado social avance bem além do mínimo existencial, e que a classe política tenha compromissos com o bem-estar da população, não parece adequado conceber que o direito constitucional absorva o debate com-

pleto relativo à dignidade da pessoa humana e que o Poder Judiciário escolha as políticas públicas, bem como não se considera viável que o Judiciário determine as condições ideais, como ele próprio concebe, sobre o pleno desenvolvimento da pessoa humana, para que não ocorra a elitização de um grupo ao lhe conceder um benefício extra à custa da sociedade e sem debate público, deixando de fora do debate grande número de pessoas que vivem abaixo do nível de dignidade.

No que diz respeito aos argumentos dos seguidores da assimilação dos direitos sociais aos direitos fundamentais, como faz Canotilho em sua posição original, como se viu no decorrer desta dissertação, eles não conseguem superar a barreira da reserva do possível e se contradizem ao dizer que mesmo que os direitos sociais dependam dos recursos econômicos, sua efetivação não depende de apelar ao legislador, pois há uma imposição constitucional que legitima transformações econômicas sociais, caso sejam necessárias para que o direito se efetive.

De acordo com os princípios definidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a formulação de políticas públicas demanda um ato de vontade política que exige amplo debate constitucional e a consideração dos interesses dos cidadãos envolvidos. Não são suficientes os instrumentos tradicionais de democracia representativa associados com uma concepção liberal de cidadania. A complexidade da sociedade brasileira atual requer novas instâncias de comunicação social que se originem das necessidades locais e coletivas, no que se determinou denominar de democracia participativa.

As contribuições de todos os autores citados são aqui consideradas importantes porque eles permitem reflexões e ampliam o campo do conhecimento. Vale sintetizar algumas posições ideológicas assumidas por eles.

Bobbio defende que os direitos sociais (de segunda geração) e os direitos fundamentais equiparam-se. Para Häberle, vários são os direitos fundamentais sociais, as diferenças são de grau. Canotilho, no passado, defendia os direitos subjetivos públicos, sociais, econômicos e culturais, inclusive nos que pressupunha prestações do Estado. Atualmente reconhece que os direitos sociais são somente pretensões legalmente reguladas e que o legislador define o que é um direito social, mas não se vincula aos direitos sociais.

Para Peces-Barba Martinez, os direitos sociais são direitos fundamentais (de 3.<sup>a</sup> geração). Seu limite é o apoio dos poderes públicos às pessoas. Considera que a proteção estatal deve se orientar somente para as pessoas que dela precisam. Amaral, com amparo em Holmes e Sunstein, não distingue direitos fundamentais e sociais, já que se apóia na premissa de que todos os direitos custam dinheiro e quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida.

Segundo Galindo a presença do neoliberalismo desmotiva a prática de políticas públicas, posição assumida também por Ramos, que enfatiza que o neoliberalismo prega o Estado mínimo, o que é aceito também por Cruz. E Alexy defende a efetividade dos direitos ao mínimo existencial e ao máximo social.

Quanto ao mínimo existencial e aos mínimos sociais, observou-se que para Barcelos a sociedade não se beneficia com as garantias asseguradas pelo Estado. Torres integra o direito à moradia ao mínimo existencial para os sem-teto; defende que moradias populares e habitações para a classe média são direitos sociais que dependem de políticas públicas e critica Canotilho por afirmar que defende a idéia de que os direitos sociais são direitos originários a prestações (fundados na Constituição) e não direitos a prestações derivados da lei. E Souza Neto defende que cabe ao Poder Judiciário concretizar a norma.

No que diz respeito à reserva do possível e ao orçamento, Galdino segue Holmes e Sunstein na defesa de que os direitos são condicionados à existência de recursos orçamentários. Silvia Torres acrescenta que a reserva do possível defende, além dos recursos do Estado, também aquilo que um indivíduo pode exigir da sociedade. Já Bontempo afirma a necessidade de condicionar a existência de recursos públicos à implementação dos direitos sociais.

Como posicionamento pessoal e em razão do que foi exposto, não se pode deixar de considerar que a efetividade dos direitos sociais encontram bloqueio na ausência de recursos materiais, quer esteja a aplicação dos recursos que lhe dizem respeito no âmbito do legislador, do administrador ou do Poder Judiciário. Em outras palavras, independentemente da decisão das políticas públicas estarem ou não vinculadas a uma reserva de competência parlamentar, o que se tem como importante

é que a efetividade da prestação estará sempre na dependência dos meios, que são escassos. Assim, mesmo que o direito à moradia esteja posicionado no interior de um padrão mínimo, são os recursos materiais que viabilizam ou não a entrega da prestação.

Então, já que os meios são limitados e escassos, é preciso que se posicione a discussão tanto na repartição quanto na possibilidade de examinar, diante do Poder Judiciário, o conjunto das questões referentes à reserva do possível para se contestar a entrega da prestação social solicitada. Esse tema se relaciona com a admissão como certa ou não de uma reserva de competência parlamentar e, como efeito, a resistência ao princípio da separação dos poderes.

Concorda-se com Alexy no fato de que somente quando existe a garantia do material do padrão mínimo em direitos sociais puder receber atenção prioritária, se houver restrição proporcional dos bens jurídicos conflitantes, independentemente se são ou não fundamentais, existe a possibilidade de se admitir um direito subjetivo a uma prestação social. E com Sarlet se sustenta que, naquilo que diz respeito às condições existenciais mínimas, há possibilidade de que exista um limite à restrição dos direitos fundamentais e que se refreiem abusos que possam conduzi-lo ao seu fim.

Não cabe ao juiz a tarefa de efetivar direitos fundamentais sociais, mesmo de modo não exclusivo para manter os princípios da unidade da Constituição sob a proposição da separação dos poderes. Com Alexy se afirma que é indispensável que exista uma proteção de posições jurídicas fundamentais no contexto social, por menor que seja, para fazer frente àqueles que dizem que em tempos de tensão, até a garantia dos mínimos direitos sociais colocaria em risco a estabilidade econômica e se imporia a conservação do Poder Judiciário.

Concorda-se também com Canotilho em sua proposta de ajuda recíproca ou auto-ajuda para a recuperação do sentido da justiça quanto à moradia. Que surjam na sociedade instituições, como as Organizações Não Governamentais, que se valham da auto-ajuda ou a ajuda solidária da sociedade para produzir materiais de boa qualidade, mais baratos, ou para que viabilizem casas-protótipos, apresentadas por

projetos acadêmicos universitários, que geralmente ficam restritos ao protótipo por falta de oportunidade de comercialização.

No final desta dissertação, tem-se a sensação de que muito ficou a se dizer e a se considerar. No entanto, nas leituras que se fez para construí-la observou-se que isso é comum àqueles que realizam quaisquer pesquisas. Em especial, Dalla-Rosa (2003, p. 153) diz no final de seu livro: “Uma pesquisa somente se mostra apresentável se o número de oportunidades e de lacunas decorrentes dela são maiores do que os resultados por ela obtidos”.

Com isso, entende-se que o acerto de uma pesquisa não está somente no que ela literalmente expressa, mas também em suscitar novos questionamentos. Considera-se que pela análise realizada a respeito dos posicionamentos dos autores, com as inserções pessoais, esta dissertação constitui um balanço bibliográfico na abordagem da moradia no âmbito da reserva do possível, contribuindo para que outros pesquisadores encontrem estímulo para seu aprofundamento não somente no que diz respeito ao Direito, que é da máxima importância, mas também com respeito ao ser humano capaz de criar novas alternativas para a solução de seus problemas de moradia, que é uma forma criativa de estar no mundo.

## 7 REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABRAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ACKERMAN, Bruce. **La justicia social em el estado liberal**. Tradução: Carlos Rosenkrantz. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 1993.

AGÊNCIA BRASIL. **Mesmo com investimento recorde, déficit habitacional se amplia para 7,9 milhões de moradias**. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/12/21/materia.2006-12-21.6114739483/view>> Acesso em: 6 jan. 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales (Theorie der Grundrechte)**. Tradução: Esp. Ernesto Garzon Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no brasil**. Curitiba: Juruá, 2006.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre os direitos da criança**. Nova Iorque, 20 de novembro de 1989.

ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. Desarticulação , ação do BNH e autonomização da política habitacional. In: AFFONSO, R. B. A.; SILVA, P. L. B. (Orgs.). **Descentralização e políticas sociais**. São Paulo: Fundap, 1966. (Coletânea Federalismo no Brasil).

ARRUDA, Marcos; CALDEIRA, César. **Como surgiram as constituições brasileiras**. Rio de Janeiro: FASE (Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional). Projeto Educação Popular para a Constituinte, 1986.

AZEVEDO, Sergio. **A política habitacional para as classes de baixa renda**. Dissertação (Mestrado em Sociologia). Rio de Janeiro: IUPERJ, 1975.

BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, constituição, democracia e recursos públicos. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, v. 12, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

\_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas** 5 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Renovar. 2004.

BASTIDE, R. **Le candomblé de bahia**. Paris la Haye: Mouton, 1958.

BINENBOJM, Gustavo. Direitos Humanos e justiça social: as idéias de liberdade e igualdade no final do Século XX: In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. **Direitos sociais**: eficácia e acionabilidade à luz da constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do estado**. 5 ed. Rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAGA, Valeschka; BRAGA, Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Regula os arts. 182-183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e de outras providências. Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. Disponível em: <<http://www.seplan.to.gov.br/site;dpl/estcid.pdf>> Acesso em: 29 mar. 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n.º 26 de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do capítulo 6.º da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, 2000.

BRASIL. Seminário sobre o Sistema Financeiro de Habitação. Belo Horizonte, 12 a 14 de setembro de 2000. **Anais...** Belo Horizonte: Associação dos Juizes Federais do Brasil, set. 2000.

BULGARELLI, Waldírio. **As cooperativas e o plano nacional de habitação**. São Paulo: Pioneira, 1966.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. **Scelte tragiche**. Milano: Giuffrè, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria do direito**. 3 ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Metodología *fuzzy* e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: 2004.

CEDU – Companhia Estadual de Desenvolvimento Urbano/Governo do Estado da Bahia. **A grande salvador**: posse e uso da Terra. Salvador, 1978.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3 ed. Rio de Janeiro Lúmen Júris, 2004.

COLZANI, Valdir Francisco. **Guia para redação do trabalho científico**. Curitiba: Juruá, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **A constituição mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>> Acesso em: 4 abril. 2007.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & estado contemporâneo**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **O direito como garantia? Pressupostos de uma teoria constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DAVIS, Mike. **Planeta favela**. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Bontempo, 2006.

DIAS, Jean Carlos. Políticas públicas e questão ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n<sup>o</sup>. 31, p. 117-135, jul./set. 2003.

DIRIENZO, Mário Augusto Bernardes. **Violação dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.cotianet.com.br/SEG/dh.htm>> Acesso em: 2 abr. 2007.

DHnet – Rede de Direitos Humanos & Cultura. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**: Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/oea/oadcl.htm>> Acesso em: 10 abr. 2007.

EISENBERG, Peter. **Modernização sem mudança**: a indústria açucareira em Pernambuco 1840-1910. Rio de Janeiro: Paz e Terra/UNICAMP, 1977.

ESTADO DE SÃO PAULO. **Casa própria não terá mais tr diz mantega**. São Paulo, 20 agosto 2006.

FAGNANI, Eduardo. **População e bem estar social no Brasil: 40 anos de ausência de política nacional de habitação popular (1964-2002)**. Disponível em: <[http://www.multiciencia.unicamp.br/art05\\_6.htm](http://www.multiciencia.unicamp.br/art05_6.htm)> Acesso em: 3 abr. 2007.

FERREIRA, Luiz Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno. In: DALLARI, P. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FIBGE- Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de indicadores sociais 2005**. Rio de Janeiro, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal**. Rio de Janeiro: Maria Schmidt, 1933.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 19 ed. São Paulo: Nacional, 1984.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCIA, Marcos Leite. **O processo de formação do ideal dos direitos fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Marcos%20Leite%20Garcia.pdf>> Acesso em: 5 fev. 2007.

GODOY, Luciano de Souza. **O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente**. Curitiba: Juruá, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. Los derechos del hombre: origenes y prospectiva. In: **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Edición de José M.<sup>a</sup> Saucá. Madrid: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, 1994.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988** (Interpretação e crítica). 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Estados Unidos da América: Norton & Company, 1999.

INÁCIO, Gilson Luiz. **Direito social à moradia & a efetividade do processo**: contratos do sistema financeiro da habitação. Curitiba: Juruá, 2002.

LABHAB-Laboratório de Habitação e Assentamentos Humanos. **Parâmetros para urbanização das favelas**. FAUUSP, FINEP/CEF, 1999.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988

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

MANUAIS DE LEGISLAÇÃO ATLAS. MORAES, Alexandre (Org.). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARICATO, Ermínia. **Metrópole na periferia do capitalismo**. São Paulo: Hucitec, 1996.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais**: conceito, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARINHO, Josaphat. A constituição de 1934. In: Constituições do Brasil. In: DALLARI, P. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARX, Karl. **O capital**. In: os Pensadores. São Paulo: Abril, 1975.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. **Balanco nacional do setor habitacional – política nacional de habitação**. Brasília: Secretaria Nacional de Habitação. Seminário Internacional: Housing Finance and House Subsidies: International Experiences and the Brazil Housing Reform. Disponível em:<[www.cidades.gov.br](http://www.cidades.gov.br)> Acesso em: abr. 2006.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <[http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)> Acesso em: 3 abr. 2007.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Constituição política do império do brasil (de 25 de março de 1824)**. Disponível em: <[http://www.prr1.mpf.gov.br/nucleos/nucleo\\_criminal/questao\\_indigena/legis/coordenatoria\\_indigena/constituicao/constituicao\\_1824.htm](http://www.prr1.mpf.gov.br/nucleos/nucleo_criminal/questao_indigena/legis/coordenatoria_indigena/constituicao/constituicao_1824.htm)> Acesso em: 5 abr. 2007.

MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUKAI, Toshio. **Temas de direito urbanístico e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos\\_01.pdf](http://www.agu.gov.br/Publicacoes/Artigos/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.pdf)> Acesso em: 7 jan. 2007.

PERDOMO, Rogelio Perez. Escasez y derechos humanos: Um comentário a Peces-Barba. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de Las Casas, 1994.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. São Paulo: Publifolha, 2000.

OLIVEIRA, Francisco. economia brasileira: crítica à razão dualista. In: **Estudos CE-BRAP**, n.º. 2, p. 3-82, out. 1972.

OLIVEIRA NETO, Sérgio de. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais. **Revista Agu**, n. 7, ano 7, p. 145-151, ago. 2005.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

PALMEIRA, Moacir. **Latifundium et capitalismo: lecture critique d'un débat**. Thèse de doctoract. Paris: EHESS, 1971.

PASOLD, César Luiz. **Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador de direito**. 6 ed. rev. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de derechos fundamentales**. Madrid: Universidade Carlos II de Madrid, 1995.

\_\_\_\_\_. Escasez y derechos humanos. In: SAUCA, José M. (Ed.). **Problemas actuales de los derechos fundamentales**. Madrid: Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RAMOS, Alexandre Luiz. Direitos humanos, neoliberalismo e globalização. In: SILVA, Reinaldo Pereira (Org.). **Direitos humanos como educação para a justiça**. São Paulo: LTr, 1998.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Relatório Nacional Brasileiro**: Segunda Conferência Mundial das Nações Unidas sobre os Assentamentos Humanos – Habitat II. Istambul, 1996. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dts/relatiobras-habitatii.doc>> Acesso em: 4 mar. 2007.

SANTOS, MILTON. **Está na hora de ver as cidades como elas são de verdade**. Rio de Janeiro: Ibam, 1986.

SANTOS, Marcelo Henrique Pereira dos. Roberto de Oliveira Campos: homem de ação do governo Castelo Branco. **São Paulo em Perspectiva**, v. 14, n. 2, abr./jun. 2000.

SARACENO, Benedetto. **Libertando identidades**: da reabilitação psicossocial à cidadania possível. Rio de Janeiro: Te Cora/Instituto Franco Basglia, 1999.

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Novíssimo dicionário latino-português**. Rio de Janeiro: Garnier, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lôbo (Org.) **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SIGAUD, Ligia. **Os clandestinos e os direitos**. São Paulo: Duas Cidades, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOCHACZEWSKI, Antonio Claudio. **Desenvolvimento econômico e financeiro do Brasil – 1952-1968**. São Paulo: Trajetória Cultural, 1983.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação**: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos de personalidade. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

TORRES, Ricardo Lôbo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**, v. V: o orçamento na Constituição. 2. ed. rev. e atual. até a publicação da Emenda Constitucional n. 27, de 21.3.2000, e da lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101, de 4.5.2000). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. **A idéia de liberdade no estado patrimonial e no estado fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). **Direitos fundamentais**: Estudo em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. New dimensions and challenges of International Law: human rights and the environment in: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado (Ed.) **O Direito Internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: renovar, 2002

USP-Universidade de São Paulo. **Magna carta**. Disponível em:<  
[http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc\\_Histo/texto/Magna\\_Carta.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Doc_Histo/texto/Magna_Carta.html)>  
Acesso em: 20 mar. 2007.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 2, p. 9, abr. Jun. 2000.

ZAMBONI, R. A. Financiamento, gasto e produção de moradias (1990-2002). **Relatório de Pesquisas**. Campinas: IE-Unicamp, 2004.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)