

# DIREITO A MORADIA, UM DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL VERSUS O ATIVISMO JUDICIAL

*RIGHT TO RESIDENCE, A FUNDAMENTAL SOCIAL  
RIGHT VERSUS THE JUDICIAL ACTIVISM*

*Paulo Cezar Dias*<sup>1</sup>  
FADISP

## **Resumo**

Este artigo tem como objetivo estudar os direitos sociais concebidos e garantidos pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, *caput*. Em especial o direito à moradia, pois ao lado da alimentação, a habitação figura no rol das necessidades mais básicas do ser humano e, é também, um direito fundamental, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos fundamentais para a vida das pessoas. Contudo, é necessária a moradia digna. Dessa forma, o Estado deve focalizar as políticas públicas habitacionais nas populações mais vulneráveis, como estratégia de combate às desigualdades sociais.

## **Palavras-chave**

Moradia. Direitos sociais. Ativismo judicial

## **Abstract**

*This article aims to study and designed the social rights guaranteed by the Constitution of 1988, in its Article 6, caput. In particular, the right to housing, as the supply side, housing figure in the list of the most basic human needs, and is also a fundamental right, the Universal Declaration of Human Rights, making it a universal human right, accepted and applicable in all parts of the world as a fundamental right to life of the people. However, it should be dignified housing. Thus, the state should focus on public housing policies on vulnerable populations, uch as the fight against social inequalities strategy.*

## **Keywords**

*Residence. Social rights. Judicial activism*

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela FADISP.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, a população brasileira vive na cidade, entretanto, a gestão democrática, equitativa e justa deste espaço é um desafio ainda sem solução, pois uma parcela dessa população vive legalmente usufruindo da infraestrutura urbana e outra parte da população vive na ilegalidade, excluída e sem condições de usufruir do aparelhamento urbano.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Censo Demográfico de 2000, PNAD (*apud* Bonduki 2008) existe a necessidade da criação de 6,6 milhões de novas moradias em todo o país, sendo que 5,4 milhões destinados às áreas urbanas e 1,2 milhão à área rural.

A maior parte dessa necessidade localiza-se nos Estados do Sudeste, representado por quarenta e um por cento (41%) e do Nordeste, trinta e dois por cento (32%), regiões que agregam a maioria da população urbana do país, e dispõem da maior parte dos domicílios urbanos duráveis, sendo que 83,2% do déficit habitacional urbano está concentrado nas famílias com renda mensal de até três salários mínimos.

A Constituição Federal Brasileira/ 1988 criou a proteção dos Direitos Humanos, por meio de um sistema regional de proteção desses direitos, positivando-os de modo a torná-los fundamentais com isso, verifica-se que a moradia é um Direito Fundamental, cabendo ao Estado protegê-lo e implementá-lo através de leis e políticas públicas (GALLO, 2010, p. 1547).

Verifica-se que a moradia mesmo conquistando o patamar de Direito Fundamental é um assunto muito polêmico, pois como promover o direito fundamental, uma vez que se trata de direito de cunho social, o qual depende de uma prestação positiva da atividade estatal para sua realização? Além disso, sendo também o direito à propriedade um direito considerado fundamental conforme disposto no art. 5º da CF/88 análise do conceito da função social da propriedade e da função social da cidade, como advogar tal situação?

## 1 DIREITO FUNDAMENTAL *versus* DIREITO DE MORADIA

O crescimento populacional, a migração para as áreas urbanas, as necessidades contraditórias pelas terras existentes e os recursos naturais e financeiros insuficientes resultam no aumento dos sem-abrigo e de moradias inadequadas. Em todos os países homens, mulheres e crianças dormem nos passeios, debaixo de pontes, em carros, estações de metro, parques públicos, guetos e barracas ou ocupam edifícios abandonados. Segundo as estimativas das Nações Unidas, mais de 100 milhões de sem-abrigo e mais de mil milhões de pessoas no mundo inteiro vivem em habitações inadequadas.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, Censo Demográfico de 2000, PNAD (*apud* Bonduki2008) existe a necessidade da criação de 6,6 milhões de novas moradias em todo o país, sendo que 5,4 milhões destinados às áreas urbanas e 1,2 milhão à área rural.

A maior parte dessa necessidade localiza-se nos Estados do Sudeste, representado por quarenta e um por cento (41%) e do Nordeste, trinta e dois por cento (32%), regiões que agregam a maior parte da população urbana do país, e dispõem da maior parte dos domicílios urbanos duráveis, sendo que 83,2% do déficit habitacional urbano está concentrado nas famílias com rendimento mensal de até três salários mínimos.

Estas estatísticas provam a dificuldade que os governos têm em garantir aos seus cidadãos o acesso à habitação, mas também levantam questões complexas sobre até onde deve ir esta obrigação governamental. A controvérsia surge a partir do que os governos devem fazer para ajudar os indivíduos a exercerem os seus direitos e obterem uma habitação. De uma forma geral, a atuação de um governo é específica ao seu país e depende de inúmeros fatores econômicos, culturais e sociais.

Sabe-se que é aumentando o acesso à educação ou ao mercado de trabalho que se assegura o direito à moradia, visto que a realização desses direitos conduz geralmente a um maior acesso à habitação. Em todos os países existem pessoas que, devido às ques-

tões pessoais, nomeadamente incapacidades físicas ou emocionais, questões ambientais, tais como desastres naturais ou fome, ou questões sociais como a guerra e a instabilidade política, são incapazes de arranjar habitação.

Nestas situações, os governos são obrigados a facilitar o acesso à habitação. Os governos são obrigados a funcionar como sistemas justos e estáveis através dos quais os seus cidadãos podem alcançar a satisfação dos seus direitos.

Antes de entrar propriamente na conceituação do Direito Fundamental faz-se necessário falar sobre a moradia.

A moradia é considerada pela fixação estabelecida por seres humanos em um determinado lugar, indicador de conforto, onde a família possa desenvolver suas relações básicas, como intimidades e vínculos pessoais (MEDA, 2010, p. 6).

Desta forma, verifica-se que o direito de moradia é a posse exclusiva e, com duração razoável, de um espaço onde o indivíduo fica protegido das intempéries resguardado de intimidade, as condições para a prática dos atos elementares da vida: alimentação, repouso, higiene, reprodução, comunhão. Nesse sentido, moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção (NOLASCO, 2008, p 8).

O direito social à moradia foi incluso no ordenamento jurídico brasileiro no ano 2000, por meio da Emenda Constitucional 26. Este direito foi devidamente constitucionalizado enquadrando-se no direito de prestação positiva, em que o Estado é papel imprescindível para a concretização do último. Estes direitos vieram com o objetivo de melhorar as condições de vida e à promoção da igualdade material (BONTEMPO, 2008, p. 71).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, garante em seu artigo 6º, os “direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados”.

Acredita-se que, o direito brasileiro não abriga só o direito social à moradia, mas o princípio vital de sua ordem: a dignidade da pessoa humana, estruturada. Cabe, mais uma vez ao direito, a incumbência de fiscalizar e interferir nas medidas legislativas que façam cumprir a programação fundamental para o alcance de um resultado positivo naquilo que confere resposta ao direito fundamental à moradia.

Os direitos sociais merecem atenção especial tanto quanto os direitos fundamentais, precisando operar em todos os Poderes, considerando o Poder Judiciário, tal qual, pode inferir em processos designadores de direitos sociais. Perpetuar a ideia de que as normas de caráter social não possuem carga jurídica é ignorar a ideia de que o Direito surgiu para melhorar a vida das pessoas na precedência social (MEDA, 2010, p.16).

Nessa seara, ressalta-se que se o conceito de moradia não é muito buscado pelos doutrinadores, diversa é a questão acerca da dignidade da pessoa humana, pois uma definição salutar é a de Immanuel Kant, onde afirma que:

“ [...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade” (KANT, 2004, p. 65).

Mister ainda, citar, que se refere aos direitos sociais quando leciona sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, salientando que certas normas "não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem **já** (ou imediatamente após a entrada em vigor da Constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, **máxime** os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjetivos (MIRANDA, , p. 218).

Todavia, sem ingressar na matéria levantada por Jorge Miranda, nos parece irretorquível a impossibilidade de se impor ao Estado, imediatamente, a efetividade desta inovação constitucional.

A lei nº. 11.124 de 16 de junho de 2005, rege o Sistema Nacional de Habitação e Interesse Social (SNHIS), cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e situa o Conselho Gestor do FNHIS, visando o acesso às pessoas de renda inferior à promoção de habitação proba e sustentável, implementando políticas de investimentos que contribuam com a população por intermédio de órgãos e instituições, especializadas no departamento de habitação (MEDA, 2010, p.17).

Em seu artigo 4º, inciso I, letra b, verifica-se que um de seus princípios: “a moradia digna como direito e vetor de inclusão social”. Também vinculando o desenvolvimento da função social da cidade, em concomitante, com a propriedade.

O Direito à Moradia no âmbito internacional se deu há bastante tempo, entretanto a inclusão expressa deste direito no rol dos direitos fundamentais elencados pela Constituição se deu apenas em 2000, quando da Emenda Constitucional nº 26. Muito embora nos anos 80 a reivindicação de muitos dos movimentos sociais urbanos em torno da Reforma Urbana tenha sido bastante forte, o direito à moradia não foi incluído a princípio na Constituição Federal de 1988 (GOMES, 2010, p.2).

Acredita-se que onã-reconhecimento deste Direito Fundamental na época da promulgação da Constituição não se deu por acaso, mas por uma forte resistência à positivação deste direito no Brasil. Os setores conservadores estavam receosos do que a inclusão do direito à moradia na Constituição pudesse acarretar, um grande caminho a percorrer entre a positivação e a efetivação de direitos no Brasil, sobretudo os direitos dos menos favorecidos (GOMES, 2010, p. 3).

Observa-se que várias Declarações e Convenções internacionais se expressaram em relação ao direito à moradia enquanto direito fundamental, a primeira delas foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esta reconheceu um núcleo de direitos do homem que, posteriormente, foram dispostos com maior especifici-

dade e força nos tratados internacionais sobre direitos humanos supervenientes.

Reconhece-se hoje, em toda parte, que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não (COMPARATO, 2005, p. 227).

Salutar mencionar artigo de Rodolfo Fares Paulo, ainda no tocante a moradia digna, quando aduz em fase de considerações finais, que não tendo sido encontrado qualquer dispositivo constitucional ou infraconstitucional que possua uma definição acerca do que signifique a expressão “moradia digna”, é que se faz necessário a aplicação por analogia, de outros dispositivos como os encontrados no Código Tributário Nacional, bem como as já mencionadas legislações especiais.

Sendo assim, ao conceituar o que devemos entender por ser uma moradia digna, se faz necessário a compreensão de que apenas em condições adequadas, o ser humano poderá alcançar maiores patamares na escala da evolução humana. Portanto, não basta a possuir apenas um teto em que possa chamar de lar, se faz necessária a criação de políticas inclusive, tendo em vista o Estado deve garantir à população ao mínimo uma moradia digna, em outras palavras, o fornecimento de uma infra-estrutura básica, com ruas asfaltadas, tratamento de esgoto, energia elétrica, abastecimento de água e coleta de lixo, proporcionando dessa forma aos cidadãos, condições para uma melhor qualidade de vida (PAULO, 2015, p.72)

Enfim, conclui-se que mesmo em não existindo tratados e constituições garantindo o direito à moradia, não deixaria de ser um direito humano vigente, por constituir uma exigência básica para a existência humana digna. Contudo, desnecessárias polêmicas, uma vez que o direito à moradia está formalmente positivado no Brasil.

Porém, mesmo com garantias, observa-seo desrespeito pelo enorme déficit habitacional nas cidades brasileiras, com a desconsideração aos direitos fundamentais de considerável parcela da população.

No tocante a dignidade, uma citação de Alarcón, onde declina quese o ser humano não é resguardado na sua dignidade, o levamos ao plano da animalidade. E por isso a dignidade é uma valoração que se torna factível na medida em que não seja alvo do exercício de disposição dos demais seres humanos. De fato, as precariedades econômicas originadas por sistemas que reproduzem as desigualdades e as consideram naturais ou quase-naturais, as crueldades de toda índole e a exploração humana ferem a dignidade, porque impossibilitam a demonstração das potencialidades do ser o reduzindo a coisa, bem adquirível, vendível, negociável.

A dignidade da pessoa humana é o valor precedente de qualquer ordem jurídica, a base dos direitos humanos, da qual eles se desprendem como um leque de amparo nas situações mais diversas e ao longo da sua historicidade ( ALARCÓN, 2011, p.270).

É imprescindível que a legislação local seja adequada para-fornecer a produção de habitação a preço acessível, pelo menos, para grande parte da população, dessa forma, a propriedade deve cumprir sua função social que é considerado como o núcleo basilar da propriedade urbana, deixando de ser um direito absoluto, ilimitado e perpétuo que tinha como base o direito de usar, fruir e abusar da coisa, passando a sofrer restrições para que seu uso favoreça a comunidade na qual se insere e deve ser exercido de forma consciente.

## 2. DIREITO DE PROPRIEDADE

Para Locke<sup>2</sup>, o direito de propriedade foi exaltado como direito fundamental e essencial à natureza humana, posteriormente,

---

<sup>2</sup>LOCKE, J. **Dois Tratados sobre o Governo**, tradução de Julio Fischer, 1. edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 123.



Rousseau<sup>3</sup> o apontava como a razão de ser da criação de uma sociedade civil injusta. Em verdade, o direito de propriedade, classicamente, foi objeto de estudo do direito privado, para, só posteriormente, merecer a atenção, também, dos publicistas<sup>4</sup>.

Henkes diferentemente de Locke estabelece ontologicamente a propriedade como fruto do trabalho, Rousseau a considera como degeneração do gênero humano. Com o contrato social e o estabelecimento das leis, torna-se estável e legítimo o direito de propriedade. Segundo escreve o filósofo, com o contrato social o homem perde a liberdade natural e um direito ilimitado a tudo, mas ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. A liberdade natural é limitada pelas forças do indivíduo, a liberdade civil é limitada pela liberdade geral e a posse, que não é senão o efeito da força ou do direito do primeiro ocupante (BOBBIO, 1995, p.99).

No mundo moderno os iluministas burgueses tinham o direito de propriedade como absoluto, personalíssimo e individualista. Neste sentido, o proprietário poderia fazer o que quisesse com a coisa, ou até não fazer nada, sem que qualquer consequência pudesse decorrer dessa destinação, ou até não-destinação dada ao bem (ALMEIDA, 2002, p. 8).

Essa concepção individualista da propriedade, aliada à concepção de Estado não-interventor, impossibilitava qualquer tipo de interferência do Estado no patrimônio particular, porém, a classe mais baixa, desamparada e explorada na sua força de trabalho, deu origem ao sistema socialista de governo, no qual o direito de propriedade está completamente subordinado à ideia de igualdade na distribuição das riquezas, de modo que não figura

---

<sup>3</sup> ROUSSEAU, Jean Jaques, Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens, trad. De Iracema Gomes Soares e Maria Cristina RoveriNagle, São Paulo: Ática, 1989, p. 39.

<sup>4</sup>ALMEIDA, F.P.L. de. **Abuso do direito de propriedade e a função social da posse**, 2002, p. 42, disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12251>, acesso 01març, 2016

mais como um direito absoluto, como era no regime liberal clássico. Ao contrário, era um direito extremamente limitado.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, dava um caráter absoluto ao direito de propriedade, sendo a propriedade um direito inviolável e sagrado (*Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789. Article 17 – La propriété étant un droit inviolable et sacré*). Isso foi superado pela evolução doutrinária, que implicou também na concepção da propriedade sobre um bem, que é sempre um direito atual, cuja característica é a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa e o direito de reavê-la (Código Civil, art. 1.228). Usar (*ius utendi*) e servir-se dela da maneira como entender mais conveniente. Gozar (*ius fruendi*) e aproveitar economicamente os seus produtos. Dispor (*ius abutendi*), transferir ou aliená-la a outrem a qualquer título. Reaver (*rei vindicatio*) e reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possui ou a detenha (LIMA, 2006, p. 12).

A propriedade não constitui uma instituição única, mas várias em correlação com os diversos tipos de bens e titulares. Assim, a Constituição Federal garante o direito de propriedade em geral (art. 5º, XXII), mas garante a propriedade urbana (art. 182, § 2º) e a propriedade rural (art. 5º, XXVI, e 184 a 186), com seus regimes próprios (LIMA, 2006, p. 13).

A Constituição Federal consagrou o direito de propriedade no art. 5º, caput e mais adiante, em seu inciso XXII, onde reza: “é garantido o direito de propriedade” (JELINEK, 2006, p. 12).

Já em seu art. 5º, inciso XXIII, a Constituição Federal estabelece que a propriedade atenderá a sua função social. Então, o Legislador, com sapiência que lhe é peculiar denotou sua preocupação em assegurar não só o direito de cada cidadão ter uma moradia, mas também de utilizá-la de forma adequada na sociedade, respeitando os direitos dos outros indivíduos, através do uso da coisa, consciente de seus deveres e direitos, harmonizando seus interesses com o do meio ambiente e de toda a sociedade.

Diante disso, os princípios norteadores do direito de propriedade servem de fundamento e manutenção de todos os direitos

e garantias estatuídos no art. 5º, da Constituição Federal, dentre eles, o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Quando se fala de igualdade, trata-se de isonomia perante a lei, ou seja, tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, sem distinção de qualquer natureza, seguindo fielmente o que se preceitua no art. 5º, caput, da Constituição Federal.

O conceito legal da propriedade pode ser extraído do art.1.228, do Código Civil, formulado da seguinte maneira: “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua” (RODRIGUES, 2006, p. 2 ).

Constata-se que o direito de usar compreende o de exigir da coisa todos os serviços que ela pode prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar consiste em fazer frutificar a coisa e auferir-lhe os produtos. O direito de dispor, o mais importante dos três, consiste no poder de consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus e de submetê-la ao serviço de outrem (RODRIGUES, 2006, p. 2 ).

Acredita-se, então, que o direito de propriedade é geral, no sentido de que o proprietário pode tudo sobre a coisa, salvo as exceções supramencionadas. Os outros direitos reais são limitados, não são gerais. Essas limitações significam que elas abrangem, apenas, alguns serviços ou utilidades da coisa, permanecendo os demais com o proprietário.

A Constituição Federal garante o direito de propriedade, desde que este exerça sua função social (GOMES, 2006, p. 4).

O próprio texto constitucional determina a funcionalidade da propriedade, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e determinar como objetivo a justiça social. O princípio da sociabilidade, valor essencial do Código Civil de 2002, também vem dar novo sentido às disposições relativas ao Direito das Coisas, como se dá, por exemplo, com a posse, que, quando acompanhada de trabalho criador, implica em substancial redução do prazo de usucapião, em consonância com a função social da propriedade,

consagrada na Constituição Federal de 1988 (GOMES, 2006, p. 6).

O Código Civil, em sintonia com a nova principiologia constitucional, reestruturou o direito de propriedade.

Nota-se, então, que o aspecto predominante na concepção contemporânea de propriedade é a sua função social, instrumento de concretização do princípio central da dignidade da pessoa humana, reflexo da própria evolução do sistema do direito civil, que mudou de direção, abandonando seu caráter patrimonialista para assumir-se personalista, de acordo com os valores constitucionais.

Observa-se que apesar das mudanças na conceituação e alcance do direito de propriedade, o qual teve seu exercício pleno vinculado ao cumprimento da função social da propriedade, os Códigos Cíveis continuam opondo a posse à propriedade e o Judiciário ao aplicar e interpretar tais dispositivos diante de um caso concreto onde há oposição entre elas e privilegia a propriedade em detrimento da posse.

A segurança da posse é um ponto central do direito à moradia e à terra pois sem ela independentemente se formal ou informal o direito à moradia vai estar em permanente ameaça, e o risco de despejo ou deslocamento forçado será sempre iminente (ALFONSIN; FERNANDES, 2004, p.35).

Observa-se uma forte vinculação entre a propriedade e o direito à moradia, muito embora as mesmas não necessitem coexistam em relação a uma mesma pessoa. Cita-se como exemplo desta citação, é o dos imóveis locados em que o locatário goza do direito à moradia, enquanto o proprietário cumpre com a função social de sua propriedade. Conclui-se que, a moradia diferencia-se da propriedade pelo fato de a mesma representar uma necessidade intrínseca ao ser humano, uma necessidade vital e, neste sentido, não uma escolha ou um direito intencional, enquanto o direito à propriedade privada é um benefício, uma conquista de alguns e, muitas vezes, dispensável, isto é, não vital. Assim, muitas vezes, a

propriedade contrapõe-se à vida com dignidade, que muitas vezes depende do mesmo tempo e do mesmo espaço, onde os primeiros exercem o seu direito de propriedade devendo esta, a vida com dignidade, prevalecer. A aplicação do método da ponderação quando se esta a tratar do conflito entre o direito fundamental à moradia (princípio) e a propriedade privada (princípio) se mostra satisfatória (MATEUS, 2005, p. 4).

### 3. DIREITO À MORADIA E ATIVISMO JUDICIAL

O problema habitacional é enfrentado por uma grande massa de cidadãos que vivem em ocupações irregulares, sob condições precárias de higiene ou salubridade, e, no mais das vezes, colocando a própria vida em permanente risco (AMARAL, 2001, p. 89).

Os direitos fundamentais sociais constituem-se de norma de conteúdo programático, sendo necessárias complementações ou intervenções do Estado, por meio dos poderes Legislativo e Executivo, sendo que o primeiro deve sempre elaborar e aprovar projetos de lei para tal efetivação destes direitos sociais, enquanto que, o segundo tem a função de implantar políticas públicas a fim de garantir aos cidadãos pelo menos o mínimo existencial, ou melhor, o mínimo dos direitos sociais assumidos pela Constituição Federal/1988, para que com isso, possam ter uma vida mais digna (KRELL, 2002, p. 17).

Observa-se um desrespeito aos direitos sociais, visto a existência de omissões dos poderes Legislativo e Executivo, sendo que o primeiro não cria, e não aprova projetos leis que visem concretizar os direitos fundamentais sociais e o segundo, além de implantar poucas ou quase nenhuma política pública que atenda a demanda específica dos cidadãos tais como saúde e moradia, alegando sempre a falta de recursos financeiros para atender os direitos sociais, causando o sofrimento da população, não tem um teto para viver dignamente com a sua família, entre outros fatos sociais (AMARAL, 2001, p. 183).

Espera-se que estas injustiças sejam minimizadas pelo ativismo judicial, ou seja, a eficaz intervenção em tempo razoável e célere por meio de prestações adequadas às políticas públicas sociais, entretanto isso só será eficiente e pronta para atender a demanda social, na medida de melhoria da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXXVIII da CF).

O Ativismo Judicial no Estado Democrático de Direito surge como poder controlador de políticas públicas e atos administrativos por meio de ações coletivas e parcerias entre os poderes. Os limites da intervenção são ditados pelo Conselho Nacional de Justiça e por meio do princípio da razoabilidade na adequação do núcleo mínimo existencial e da reserva do possível orçamentário. O controle da decisão judicial é feita por meio de sanções ao Executivo, ditadas por normas constitucionais e processuais no Estado de Direito. Ainda não se pode defender que o ativismo judicial afronta o princípio democrático por conta dos juízes não serem eleitos para realizarem escolhas políticas, pois essas decisões judiciais pretendem proteger as minorias pois, é por meio da própria Constituição, que o povo as legitima. O Poder Judiciário é poder contra-majoritário (HESS, 2010, p. 34).

O ativismo judicial ocorre quando o Judiciário adentra na política, anulando a legislação que a regulamenta e fazendo a própria política, ainda que o legislador tenha observado o espaço permitido pela Constituição quando da conformação da política. Em não havendo omissão do legislador, tendo ele cumprido com seu dever constitucional de implementar a política, e tendo utilizado a margem que lhe era permitida pela própria Constituição, não pode o Judiciário desfazer a conformação da política pública levada a cabo pelo legislador (ALEXY, 2008, p. 203).

O ativismo judicial veio com o objetivo de substituir o papel do Congresso e isto é ruim independentemente do resultado.

Ele surgiu por conta da inércia do Legislativo, entretanto não se pode simplesmente reconhecer a incompetência legislativa e deixar o Judiciário cumprir missão que não é sua.

O texto constitucional é um limitador objetivo, o STF saiu dos trilhos ao regulamentar temas como fidelidade partidária, demarcação de reserva indígena, direito de greve do servidor e nepotismo. O problema é que pode ser de uma forma atrapalhada própria de adolescente, enfim o ativismo judicial não pode ser visto como uma coisa natural (RAMOS, 2009, p. 02).

Diante disso, verifica-se que o ativismo judicial se configura quando há o desrespeito à discricção do legislador na conformação da política pública, invalidando-se a respectiva legislação regulamentadora, cuja elaboração pautou-se em critérios razoáveis e permitidos pela Constituição, alterando-se, ainda, substancialmente a política através da utilização de critérios que o juiz entende mais adequados e eficazes (HESS, 2010, p. 113).

Verifica-se que apesar dos avanços nas Políticas Públicas no que se trata à moradia, 2/5 da população brasileira vive em moradias precárias. Segundo o estudo desenvolvido pelo IPEA, esse problema afeta mais gravemente a população negra e pobre, detentora de pequena capacidade financeira para arcar com os custos da casa própria e dos serviços urbanos essenciais (MORAIS; DA GUIA; DE PAULA, 2006: p. 236-237).

Tal situação exige grandes esforços dos três níveis de governo para alocar recursos públicos destinados a reverter os índices de exclusão a tão importante direito fundamental.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O direito à moradia deveria ser a ação mais importante para o Governo, entretanto essa estratégia exige medidas como geração de empregos e renda, transferência monetária para as famílias carentes, créditos hipotecários subsidiados, economia solidária, entre outros investimentos sociais.

O modelo constitucional brasileiro inspira-se no Estado do Bem-Estar Social, cujos princípios fundamentais são a

universalidade, seguridade e proteção à cidadania. Embora os direitos sociais beneficiem a todos indistintamente, a atual conjuntura política exige que os programas sociais focalizem as camadas mais carentes da população.

Como amoradia depende da efetividade do direito à cidade, o Estado deve combater a crise urbana com fortes investimentos em pavimentação, transportes coletivos, saneamento básico, fornecimento d'água e coleta de lixo.

Acredita-se que Instituições como o Ministério Público e os Tribunais de Contas têm o dever institucional de exercer o controle externo das políticas habitacionais, com o objetivo de prevenir e reprimir os atos de improbidade administrativa e a gestão perdulária dos recursos públicos destinados ao setor.

Por outro lado, a população deve contribuir denunciando os abusos e participando ativamente das decisões governamentais que afetem sua qualidade de vida, pois o exercício da cidadania é essencial para os avanços e as transformações sociais, sobretudo para a criação de políticas que redistribuam as renda pelo Estado. Enfim, o direito à moradia adequada só será efetivado de forma satisfatória, priorizando-se os setores mais carentes da população brasileira na fruição dos benefícios trazidos pela execução das políticas públicas. As omissões administrativas devem ser mediadas pelo Judiciário, a quem cabe fortalecer cada vez mais o discurso jurídico concretizador dos direitos fundamentais.

Conclui-se que o ativismo e a judicialização da política provocam intensas discussões, no que concerne ao posicionamento do judiciário quando se dedica a julgar questões que extrapolam o seu universo *stricto sensu*. O interesse pelo assunto está diretamente relacionado ao alcance e às consequências dessa atitude institucional, particularmente quando analisada sob o critério da harmonia entre os poderes constituídos.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público*. Verbatim, 2011, p.270.



ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5 edição alemã Theorie der Grundrechte publicada pela SuhrkampVerlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 203.

ALFONSIN, Betânia e FERNANDES, Edésio (organizadores e co-autores). Direito à moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.35.

ALMEIDA, F.P.L. de .Abuso do direito de propriedade e função social da posse, 2002, p. 42, disponível no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12251>, acesso 01 març, 2016

AMARAL, Gustavo. Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, N. Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant. 3. ed. Brasília: UNB, 1995.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. Direitos Sociais –Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988. Curitiba: Juruá, 2008, p. 71.

COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 227

GALLO, Gabriela Neves .Direito à moradia, Direito Humano Fundamental, p. 1547. Disponível em: [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gabriela\\_neves\\_gallo.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gabriela_neves_gallo.pdf). Acesso em 01 març, 2016

GOMES, Marília Passos Apoliano. Da possibilidade de efetivação do direito fundamental à moradia por meio das Zonas Especiais de

Interesse Social. Agosto/2010, p.2. Disponível em:  
<http://jus.com.br/artigos/17112/da-possibilidade-de-efetivacao-do-direito-fundamental-a-moradia-por-meio-das-zonas-especiais-de-interesse-social#ixzz2jnx0BKsq>. Acesso em 01 març,2016

HESS, Heliana Maria Coutinho . O Ativismo Judicial no Controle de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito .2010, p. 34. Disponível em:[http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=1510&Itemid=350](http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=1510&Itemid=350). Acesso em: 20 fev, 2016.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 17.

JELINEK, R. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil, Porto Alegre, 2006, disponível no site <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>, acesso em 01 març, 2016.

LIMA, M. S. Direitodepropriedade . Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1278, 31 dez. 2006, p. 13. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9342>. Acesso em: 01 març, 2016

LOCKE,J. Dois Tratados sobre o Governo, tradução de Julio Fischer, 1. edição, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MATEUS, Cibele Gralha. DIREITO À MORADIA X DIREITO À PROPRIEDADE. 01/06/2005, p. 4. Disponível em: <http://www.sedep.com.br/?idcanal=24319>. Acesso em 20 fev, 2016

MEDA, Ana Paula. Intervenção do poder judiciário na efetividade do direito fundamental à moradia, 2010, p.16. Disponível no site: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/artigos/7.pdf>. Acesso em 01 març, 2016.

MORAIS, Maria da Piedade; DA GUIA, George Alex, DE PAULA, Rubem. Monitorando o Direito de Moradia no Brasil (1992-2004).In Políticas Sociais –Acompanhamento e Análise, v. 12. 2006: IPEA, p. 236-237.

NOLASCO, LoreciGottschalk.Direito fundamental à moradia. São Paulo: Pillares, 2008, p 8.

RAMOS, Elival da Silva – O ativismo judicial é ruim independente do resultado – entrevista ao Consultor Jurídico – 2009. Disponível <http://www.conjur.bom.br>.2009. Acesso em: 29 jan, 2016

RODRIGUES, S. Direito CivilVolume 5 – Direito das Coisas. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5

ROUSSEAU, Jean Jaques, Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens, trad. De Iracema Gomes Soares e Maria Cristina RoveriNagle, São Paulo: Ática, 1989, p. 76.