

5

PUBLICUM

.....

**Em busca do teto perdido: a Constituição Econômica Brasileira,
o direito fundamental à moradia de indivíduos em situação de
vulnerabilidade social e a contribuição sul-africana no caso
*Grootboom***

Hugo Moreira Lima Sauaia

Advogado e professor universitário, Mestre em Direito Constitucional pelo IDP e Doutorando em Direito do Estado, com foco em Direito Constitucional, pela Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, Brasil. E-mail: hugosauaia@gmail.com.

.....

Resumo

Este artigo pretende discutir em que medida é permitido ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo medidas que visem a efetividade do direito fundamental à moradia para indivíduos socialmente vulneráveis. Explora-se, assim, referido direito à luz da constituição econômica brasileira e de precedente da Corte Constitucional Sul-Africana, denominado de caso *Grootboom*.

Palavras-chave

Poder Judiciário; Corte Constitucional da África do Sul; Constituição Econômica; Caso *Grootboom*.

***In search of the lost shelter: the Brazilian Economic
Constitution, the fundamental right to housing for socially
vulnerable individuals and the contribution of the South
African Grootboom case***

Abstract

This article intends to discuss how it's allowed to the Judicial Power determine to the Executive Power the implementation of measures to guarantee the efficiency of the fundamental right to housing for social vulnerable individuals. The mentined right is explored under the light of the brazilian economic constitution and of the Grootboom case, precedent from the South African Constitutional Court.

Keywords

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 4, Edição Comemorativa, p. 110-123.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2018.37178

Judicial Power; South African Constitutional Court; Economic Constitution; Grootboom case.

Sumário

Introdução e delimitação do problema; 1. O déficit de moradia no Brasil: um breve olhar sobre a realidade empírica; 2. O direito fundamental à moradia: a experiência sul-africana como referência em direito constitucional econômico comparado e a constituição brasileira; 3. Os limites à intervenção judicial sobre o poder executivo quanto à implementação de medidas para a solução de vulnerabilidades crônicas ou episódicas de moradia; Conclusão; Referências.

Introdução e delimitação do problema

O presente artigo tem por objetivo discutir o problema da efetividade do Direito Constitucional à Moradia, como estabelecido pela Constituição Federal de 1988, por meio da emenda 26, de 14 de fevereiro de 2000¹, que inseriu a moradia no rol de direitos fundamentais em seu art.6º. Mais especificamente, pretende-se responder à indagação de em que medida referida disposição, aliada à constituição econômica brasileira, permitiria a juízes e Cortes, no exercício da jurisdição constitucional, exigir, do Poder Executivo, a tomada de medidas que visem solucionar o problema da ausência de moradia de cidadãos em situação de risco, à luz de precedente da Corte Constitucional Sul-Africana denominado de *Grootboom*. Por hipótese, que se pretende corroborar, ou não, com a análise de dados e argumentos, tem-se que o judiciário, no exercício da *judicial review*, tem o poder-dever constitucional de interferir na tomada de providências pelo Executivo, nas três esferas, privilegiando o implemento de políticas públicas já existentes, determinando a elaboração de planejamento para a implantação de políticas públicas urgentes, ou, quando necessário, diante de acontecimentos pontuais, ocasionais, providenciando, ele próprio, medidas estruturantes que visem evitar lesões irreparáveis ou de improvável reparação.

Destaca-se que, por constituição econômica brasileira, compreende-se aquela parcela da constituição diretamente relacionada ao fenômeno econômico do Estado Constitucional Brasileiro, a qual, simultaneamente invasiva e expansiva, enquanto representa a incorporação

¹Art. 1º O art. 6º 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." (NR). BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 dez. 2017.

pela constituição de normas de direito econômico, igualmente influencia as demais determinações constitucionais e infraconstitucionais, não sendo “ilha normativa apartada da Constituição” na feliz expressão de Raul Machado Horta, mas parte integrante, compreendida como projeção do ideal de alcance da dignidade da pessoa humana, no que significa a busca por resguardarem-se a todos as condições materiais mínimas de subsistência²⁻³

Por indivíduo em situação de vulnerabilidade social adota-se a denominação do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, enquanto aquele desprovido de infraestrutura urbana, capital humano, renda ou trabalho, de tal forma que o coloque em situação de bem-estar abaixo das condições mínimas admissíveis para o resguardo à sua dignidade.⁴ Acrescenta-se, que este sujeito deve, para o objeto deste estudo, ser diferenciado, em duas categorias, a primeira daquele sujeito em condição crônica de vulnerabilidade, oriunda de circunstâncias como a condição de desabrigado permanente ou sem-teto, ou criança de rua; e de outro lado, aqueles sujeitos em condição de vulnerabilidade por evento casuístico, e temporário, como falta de acesso à moradia em razão de inundações, desmoronamentos, cerco policial a favelas urbanas ou a desocupação oriunda de invasões por grupos oriundos do crime organizado, bem como em razão de circunstâncias de violência doméstica. O que diferencia as duas categorias, portanto, novamente, para o fim deste estudo, é a condição de reversibilidade da situação em razão do decurso do tempo aliado a um grau mínimo de auxílio, ou, no caso da primeira categoria, uma situação crônica que requer maior auxílio e, provavelmente, maior uso de tempo e recursos, para a aquisição ou locação de moradia ao sem-teto, e a sua colocação em condição social capaz de permitir sua sustentabilidade.

1. O déficit de moradia no Brasil: um breve olhar sobre a realidade empírica

² HORTA, Raul Machado. **Constituição e ordem econômica e financeira**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 28, n. 111, p. 5-20, jul./set. 1991 *apud* TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011, p.22.

³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011, p.21.

⁴ “Nesse sentido, a leitura desses processos, resultante desta “nova” conceituação, pode dialogar e produzir efeitos sobre as propostas e os desenhos das políticas públicas, alargando seu escopo e colocando em evidência as responsabilidades do Estado, em todos os seus níveis administrativos, na promoção do bem-estar dos cidadãos. O IVS aqui apresentado tem a pretensão de sinalizar o acesso, a ausência ou a insuficiência de alguns “ativos” em áreas do território brasileiro, os quais deveriam, a princípio, estar à disposição de todo cidadão, por força da ação do Estado. Os três subíndices que o compõem: i) Infraestrutura Urbana; ii) Capital Humano; e iii) Renda e Trabalho representam três grandes conjuntos de ativos, cuja posse ou privação determina as condições de bem-estar das populações nas sociedades contemporâneas.” Disponível em: <www. <http://ivs.ipea.gov.br/index.php/pt/sobre>>. Acesso em: 2 dez. de 2017.

Ampla estudo conduzido em significativa parcela do território nacional, englobando 23 capitais (excluindo aquelas que contavam com levantamentos semelhantes – São Paulo, Belo Horizonte, Recife e Porto Alegre) e 48 outras cidades com população superior a 300 mil habitantes, demonstrou, primeiramente, que há graves entraves a pesquisas empíricas que visem diagnosticar o contingente de pessoas em situação de rua, ou seja, sem moradia adequada⁵.

De início, há dificuldade da dimensão ética de se abordar pessoas já expostas a condições desumanas, fragilizadas e frequentemente socialmente estigmatizadas, sendo necessário o desenvolvimento de estratégias específicas que dificultam significativamente a coleta de dados. Segundo, a própria dificuldade de ter acesso a essas pessoas, que não têm uma localização específica e não são facilmente identificáveis, agrava a dificuldade da coleta, enquanto abordagens noturnas, que facilitam a localização dessas pessoas em concentração, forçam os entrevistadores a interferirem em seu sono, e frequentemente acabam por gerar perturbação. Há ainda a dificuldade quanto ao conteúdo das perguntas, uma vez que existe pouco conhecimento sistematizado sobre a diversidade deste segmento da população. Por último, os próprios censos normalmente conduzidos, como os do IBGE, se baseiam em coletas domiciliares de dados, o que, portanto, exclui tais cidadãos.

Apesar dos óbices, foram identificadas 31.922 pessoas maiores de 18 anos em situação de rua nas cidades pesquisadas. Este contingente equivale a 0,061% da população dessas cidades. Os principais motivos para a situação de deslocamento dessas pessoas para a rua foram: alcoolismo e drogas (35,5%); desemprego (29,8%); desavenças com pais, mães ou irmãos (29,1%). Dos entrevistados, pelo menos 71,3% citaram pelo menos um desses três motivos, muitas vezes de forma correlacionada, ou indicando uma relação causal entre eles. Ao contrário do que seria intuitivo, 70,9% dos entrevistados afirmam exercer alguma atividade remunerada, e 58,6% afirmaram ter alguma profissão, porém informal, uma vez que 47,7% afirmaram nunca ter tido a CTPS assinada. Por fim, como dado relevante, entre 13,9% e 31,8% dos entrevistados afirmaram que a condição de morador de rua os impede de ter acesso a outros serviços públicos, como atendimento na rede de saúde, transporte coletivo, órgãos públicos, inclusive para a emissão de documentos pessoais, assim como o acesso a bancos ou estabelecimentos comerciais.⁶ Constata-se assim, que a situação de carência de moradia é comprometedora do acesso a outros direitos fundamentais, ou catalizadora da sua ineficiência.

⁵ Cf. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Rua: aprendendo a contar: pesquisa nacional sobre a população de rua**. Brasília, DF: MDS: Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2009. Foram identificadas 31.922 pessoas maiores de 18 anos em situação de rua nas cidades pesquisadas. Este contingente equivale a 0,061% da população dessas cidades, índice semelhante a outros realizados em estudos semelhantes.

⁶ BRASIL, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Op.cit., 2009.

É aterrador notar-se ainda, que estudiosos das ciências sociais apontam a ordem jurídica brasileira como um dos fatores que contribuem para a segregação urbana, e de longe, não conseguem perceber qualquer contribuição do Judiciário para o alívio desta tensão, uma vez que suas características de tradicionalismo, hierarquia social e preconceito, impediriam o acesso ou a obtenção de benefícios ou direitos, nesta seara, pela população economicamente desalentada:

A ordem jurídica brasileira e sua relação com nossa sociedade em suas dimensões de tradicionalismo, hierarquia social e preconceito: '[...] a segregação e a pobreza urbana são produzidas e reproduzidas pela lei e sua aplicação'.⁷

Além de fatores objetivos e subjetivos, são citados fatores estruturais que colaboram para a situação da ausência de moradia, sendo destacados a carência de políticas públicas específicas, uma vez que as políticas existentes são construídas de forma homogênea, mas devem atender a um público extremamente heterogêneo. Ainda, a carência de políticas públicas de prevenção, como aquelas voltadas ao acompanhamento de dependentes químicos e portadores de transtornos de saúde mental, circunstâncias essas que poderão resultar em entraves familiares e posterior condição de abandono ou ruptura e saída do lar.

Preliminarmente, já se pode verificar, que apesar da resistência – ocasionada pelas características corriqueiramente apontadas como típicas ao Poder Judiciário, de caráter patrimonialista e distanciadoras da população hipossuficiente no sentido deste trabalho – há espaço, sim, para sua atuação, contribuindo para a individualização dessas circunstâncias, quando seja possível alguma medida específica, de inclusão em programas públicos ou de adequação. Ou ainda, como espaço de mediação. Resta saber, porém, a dimensão deste direito fundamental à moradia, nos moldes da constituição econômica brasileira, assim como a adequação de métodos e recursos para as intervenções necessárias.

2. O direito fundamental à moradia: a experiência sul-africana como referência em direito constitucional econômico comparado e a constituição brasileira

Parece não haver dúvidas na literatura nacional, especialmente com o advento da emenda 26 à Constituição Federal de 1988, que o direito à moradia é direito fundamental, social, na modalidade de direito expresso no texto constitucional por obra do poder constituinte derivado.

⁷ MEDEIROS, Alessandra. **Pessoas em situação de rua: a saída para a saída**. 2010. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 42, 2010.

Todavia, já havia previsões anteriores, como a do art.7º, inciso IV (à manutenção do salário mínimo digno, fixado em lei, nacionalmente unificado de modo a atender às necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia – *e aqui nítida relação com a constituição econômica*); art.23, inciso IX (ao determinar a competência comum e não legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios); e ao reconhecimento da usucapião nos arts. 183 e 191⁸. Na lição de José Afonso da Silva:

(...) direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento, etc. para nele habitar. No ‘morar’ encontramos a idéia básica da habitabilidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanente.⁹

Destaca-se, que o direito à moradia guarda intrínseca relação com outros aspectos da constituição econômica, podendo-se citar, desde logo, a dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento da ordem constitucional, assim como os objetivos, no art.3º, incisos I e III, de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução de desigualdades sociais e regionais. A existência de habitação digna, como fora apontado pelo estudo empírico anteriormente exposto, tem conexão direta com a melhoria desses fatores.

A fundamentalidade do direito, pela sua origem constitucional, deverá inspirar, assim, qualquer conduta do Estado, o que implica em obrigação negativa voltada aos Poderes Públicos. Estes se encontram proibidos de agir no sentido da imposição de limitações não autorizadas pela norma constitucional, ou de produzir ato normativo que viole o seu âmbito de validade. Há ainda um viés positivo, o qual os obriga a atuar em conformidade com essas normas constitucionais, inclusive no sentido de aperfeiçoar e regulamentar a sua plena aplicação:

Assim, num sentido negativo (ou proibitivo), já se referiu à proibição de edição de atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais, que, sob este ângulo, atuam como normas de competência negativa. Na sua acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais e, neste sentido, também um dever de realização destes, salientando-se, ademais, que, no âmbito de sua faceta jurídico-objetiva, os direitos fundamentais também assumem a função de princípios informadores de toda a ordem jurídica.¹⁰

A vinculação abrange os poderes públicos e os poderes constituídos, próximos aos primeiros, por exercerem uma função igualmente de natureza pública. Segundo Canotilho, pode-

⁸ SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 95.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 313.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 431.

se afirmar que as entidades públicas estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias. As formas de atuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os atos normativos típicos (leis, regulamentos), às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções no mundo fenomênico: nenhum ato das entidades públicas é livre dos direitos fundamentais.¹¹

Não é distinto o exemplo da África do Sul, e sua utilização neste trabalho pode ser justificada exatamente na adoção, pela Corte Constitucional, de um modelo de interferência que tem sido elogiado como um referencial adequado à implementação de tal direito fundamental social em países em desenvolvimento, ao permitir contribuição sólida e sóbria do Judiciário, sobre as políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, sem interferir exageradamente na separação de poderes, após a formação de grande *déficit* de habitação, fruto da política segregacionista do *Apartheid*:

A causa para o grave déficit de moradia reside no Apartheid. Uma questão central daquela política era o sistema de controle de influxo que objetivava limitar a ocupação Africana de áreas urbanas. O controle do influxo foi rigorosamente posto em prática na região do Cabo Ocidental, onde a política governamental favorecia a exclusão do povo Africano em razão de estabelecer a preferência para as “pessoas de cor” (*coloured community*): uma política adotada em 1954 e denominada *coloured labour preference policy*.¹²

O caso paradigmático é o denominado *Grootboom*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul em 2000, e envolvia as condições deploráveis de moradia da região de Wallacedene, no município de Oostenberg, ao leste da região metropolitana da Cidade do Cabo. Metade da população eram crianças, não havia água encanada, sistema de esgoto ou coleta de lixo. Diante desta situação, diversas famílias resolveram sair do local e ocuparam um lugar que denominaram de *New Dust*, o qual sabiam, era destinado à construção de moradias de baixo custo, mas cujo programa de desapropriação e construção não havia ainda se iniciado. O proprietário ingressou então com ação judicial, visando à desocupação da área, e obteve decisão favorável da Corte de Magistrados. Os moradores, recalcitrantes, veem suas moradias já precárias, onde viviam crianças e suas famílias, serem retiradas, em 18 de maio de 1999. Tais moradores, porém, foram alojados no Campo de Esportes de Wallacedene, enquanto aguardavam suas residências temporárias ou definitivas, determinação que fora emitida contra a municipalidade pela mesma Corte, na decisão que ordenou a desocupação.¹³

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. No mesmo sentido: NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

¹² SUNSTEIN, Cass. **Social and economic rights? Lessons from South Africa**. John M. Olin Law & Economics Working Paper, Chicago, n. 124, 2001.

¹³ SUNSTEIN, Op. Cit., 2001.

A Sra. Irene Grootboom e cerca de 900 pessoas, dentre elas 510 crianças, ajuizaram ação uma semana após alojadas no Campo de Esportes, exigindo providências quanto a seu direito à habitação, diante das deploráveis condições da “habitação” temporária fornecida. O município contestou afirmando que estava fornecendo moradia e alimentos enquanto negociava com o governo nacional a solução do problema. O pedido fora embasado nas determinações da Constituição sul-africana que afirmavam a obrigação do Estado de implementar ações razoáveis para assegurar a realização progressiva do direito de habitação a crianças e adultos. O Tribunal Superior acolheu o pedido e determinou o fornecimento de barracas, latrinas portáteis e suprimento regular de água. Em via de recurso constitucional, o processo chegou à Suprema Corte, sob relatoria do *Justice Yacoob J.*, em decisão unânime.

Em seu voto, após destacar a justiciabilidade ou exigibilidade desses direitos fundamentais, afirmou, porém, a impossibilidade de um olhar isolado. Sem, todavia, negar que um programa de moradia adequado, na medida da razoabilidade dos recursos estatais, e por todas as esferas do Poder Público, deveria ser implementado, em virtude da exigência constitucional e da situação desesperadora pela qual vinham passando aqueles cidadãos:

Mesmo reconhecendo o dever do Estado em adimplir o mínimo existencial (*minimum core*), o Tribunal rejeitou a possibilidade de fazê-lo incidir na hipótese em razão das poucas informações coligidas sobre as realidades individuais dos demandantes. Com efeito, segundo o Tribunal, enquanto alguns precisariam apenas de apoio financeiro, outros necessitariam de terrenos para a construção, sendo impossível avaliar cada caso na demanda. Ademais – e aqui está o ponto relevante –, a redação das Seções 26 e 28 da Constituição deveriam ser lidas em conjunto, e elas *a priori* não garantem direitos subjetivos em face do Estado, mas tão somente o direito a que existam políticas públicas razoáveis destinadas a realizar aqueles fins. Sendo assim, a Corte assentou que os poderes públicos têm a obrigação constitucional de efetuar programas destinados à habitação das classes mais baixas, inclusive daqueles que perderam seus lares e estão em ‘desesperada necessidade’, exatamente o caso dos demandantes (que foram expulsos de onde residiam). Sendo assim, o Tribunal concluiu que o programa até então existente sofria de inconstitucionalidade por omitir-se quanto à situação destes, que deveriam ter algum tipo de remédio.¹⁴

Cass Sunstein, professor de Harvard, faz nítidos elogios à determinação da Corte, especificando *três pontos* que estão no núcleo da fórmula a qual fora utilizada para a solução do problema: i. embora não haja um direito subjetivo (*on demand*) à habitação, enquanto direito social que demanda recursos e planejamento, especialmente para países em desenvolvimento; ii. a constituição assegura um direito à habitação que deverá ser implementado pelo Estado, em todos os seus níveis; iii. tal programa, sob pena de inconstitucionalidade, deverá ser razoável e

¹⁴ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 291.

progressivo, e prever solução para situação de imediata e desesperadora necessidade, como os habitantes de *New Dust*:

In *Grootboom*, the Constitutional Court of South Africa was confronted, for the first time, with the question of how, exactly, courts should protect socio-economic rights. The Court's approach suggests, also for the first time, the possibility of providing that protection in a way that is respectful of democratic prerogatives and the simple fact of limited budgets. In making clear that the socio-economic rights are not given to individuals as such, the Court was at pains to say that the right to housing is not absolute. [Shouldn't it be "even children's right to housing"? with regards to adults, the constitution is explicit that these rights are not absolute. -- stet] This suggestion underlies the narrow interpretation of the provision involving children and also the Court's unambiguous suggestion that the state need not provide housing for everyone who needs it. What the constitutional right requires is not housing on demand, but a reasonable program for ensuring access to housing for poor people, including some kind of program for ensuring emergency relief. This approach ensures respect for sensible priority-setting, and close attention to particular needs, without displacing democratic judgments about how to set priorities. This is now the prevailing approach to the constitutional law of socio-economic rights in South Africa.¹⁵

Verifica-se assim, que a ideia é a de se encontrar um meio de conciliar, como em toda luta por direitos sociais, o problema da escassez de recursos públicos ou o alocamento equivocado dos excedentes, com a exigência constitucional de sua implementação. A decisão tomada pela Corte tem o mérito de reconhecer a inconstitucionalidade e firmar alguns postulados básicos para a implementação progressiva desses direitos, em especial à moradia, permitindo a atuação estratégica e o planejamento em conjunto pelos governos. Ao mesmo tempo permite ao Judiciário participar, enquanto mediador, da construção da solução para o grave e complexo problema, reconhecendo a situação inconstitucional, ou a inadequação da medida adotada, assim como demandando a tomada urgente de providências, sem deixar de reconhecer que planos contingenciais precisam ser desenvolvidos, diante das particularidades dos casos individuais, em especial para atenção mais célere, e se possível imediata, àqueles em situação de deplorável urgência.

3. Os limites à intervenção judicial sobre o poder executivo quanto à implementação de medidas para a solução de vulnerabilidades crônicas ou episódicas de moradia

Alcançado o momento do tópico final deste trabalho, é imprescindível o cotejo das ideias apresentadas, com o fim de se verificar a confirmação ou não da hipótese. Antes, porém,

¹⁵ SUNSTEIN, Cass. Op. Cit., p.16.

importante se destacar, mesmo que brevemente, a compreensão que se tem das Cortes Constitucionais, e, em geral, da própria jurisdição constitucional, especialmente ao se defrontar com problemas de larga complexidade, como o da implementação de um direito social sustentável de habitação no Brasil aos socialmente vulneráveis.

Entende-se por pertinente, a visão do Professor Conrado Hubner Mendes¹⁶, da Universidade de São Paulo, para quem as Cortes constitucionais ocupam: um ponto singular da arquitetura política, encontram-se em uma linha tênue que separa interpretação constitucional e discricionariedade, em razão da insuficiência de critérios ou consensos hermenêuticos para a solução dos dilemas que se apresentam para deliberação em uma comunidade política.

As Cortes parecem assumir, assim, um papel inegável de catalizadores deste debate com a opinião pública e demais instituições representativas, onde a formação do significado constitucional é o resultado de um extenso diálogo entre poderes e a sociedade civil. Elas operariam como válvulas de segurança, declarando inaceitáveis provisões oriundas do processo representativo, e insistindo na busca por outra alternativa. Nem se imporiam ao demais poderes, ou protegeriam a sociedade contra a pura vontade majoritária. Pelo contrário, deveriam usar sua autoridade para permitir que os legisladores e administradores enfrentassem suas próprias contradições, forçando-os a rever ou aprofundar o debate sobre suas posições¹⁷⁻¹⁸:

Em adição à constante tensão, existe também um diálogo constante entre o judiciário e a legislatura. Esse diálogo não acontece em reuniões entre juízes e legisladores; ocorre quando cada braço desenvolve sua atribuição constitucional. O papel principal da legislatura é criar situações jurídicas. Essas situações estão sujeitas ao controle de sua constitucionalidade e interpretação judicial de seu significado. Se o judiciário estabelecer que uma determinada situação é inconstitucional, o assunto retorna ao legislativo. Em muitos desses casos, a legislatura pode produzir um novo estatuto que alcança o mesmo propósito fundamental que o estatuto declarado inválido, porém, adotando meio mais adequado [...] Criar um novo estatuto é direito e poder do legislativo. Não constitui, assim, desrespeito ao judiciário. Ao contrário, é uma “prática saudável” que adequadamente

¹⁶ MENDES, C. H. **Constitutional Courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 102.

¹⁷ SHAPIRO, I. **The State of democracy theory**. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 66-67; MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

¹⁸ Alguns autores tentam sintetizar esse papel múltiplo das Cortes afirmando que: “Nessa natureza material de última instância, podemos arrolar atuações como: (a) renovar, continuamente, o consenso político que sustenta a ordem democrática instituída na Constituição; (b) atualizar, incessantemente, o poder constituinte originário, tanto na concreção dos valores supremos do ordenamento, quanto na necessária evolução diante das novas exigências da história e da consciência da civilização; (c) arbitrar, quando envolvida questão constitucional, conflitos entre poderes, tanto na distribuição funcional, quanto na distribuição territorial; e (d) proteger os direitos fundamentais da pessoa, frente ao poder público e à sociedade em geral.” (SOUZA JUNIOR, C. S.; REVERBEL, C. E. D. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 133-134).

expressa o diálogo entre os braços que são parceiros nos empreendimentos legislativos. (Tradução e grifo nossos)¹⁹.

Estabelecida tal premissa, acredita-se ser possível prosseguir para a reflexão final. Ou seja, em que medida o direito constitucional à moradia, como assegurado na Constituição de 1988, em compreensão não isolada de toda a Constituição Econômica, permitiria a juízes e Cortes, no exercício da jurisdição constitucional, exigir, do Poder Executivo, a tomada de medidas que visem solucionar o problema da ausência de moradia de cidadãos? A resposta parece extremamente coerente com a decisão do *Grootboom case* e com o papel da própria jurisdição constitucional, em especial quando lidando com direitos sociais, que dependem, nitidamente, para sua satisfatória implementação, do alocamento de recursos, e da solução de complexos dilemas, assim como na análise de perspectivas individuais.

Como se percebeu da análise dos dados empíricos, além do problema ter grandes proporções em centros urbanos, e depender de fatores objetivos e subjetivos, de tal forma que a solução não é possível, no Brasil, de forma tópica e rápida, são citados fatores estruturais que colaboram para a situação da ausência de moradia, sendo destacados a carência de políticas públicas específicas, uma vez que as políticas existentes são construídas de forma homogênea, mas devem atender a um público extremamente heterogêneo. A situação é coerente com a impossibilidade de simplesmente se reconhecer um direito subjetivo ao pleito por moradias. Indivíduos com diferentes problemas sociais dependem de soluções diversas, de mais ou menos recursos, do auxílio de diferentes profissionais, por curto, médio ou longo prazo. O Judiciário, em geral, será incapaz de oferecer saída para tais situações tão heterogêneas e dependentes de recursos públicos que são geridos pelo Executivo.

Acredita-se, que a interpretação constitucionalmente mais adequada, também no Brasil, e extraída a partir da CF88, bem como da compreensão do problema da gestão da escassez de recursos, e do papel do Judiciário e do Executivo, seja a de se admitir que o Judiciário: i. reconheça a necessidade da tomada urgente de medidas que impliquem na retirada de grupos vulneráveis de situação de risco episódico, como, *v.g.*, na circunstância de inundações e incêndios, providenciando até mesmo medidas diretas e temporárias, mas que, ii. a determinação de pretensões de longo prazo, de verdadeira habitação e residência, no sentido de um local permanente para a colocação de famílias ou cidadãos individualmente considerados, depende da implementação pelo Executivo, e eventualmente o Legislativo por meio de Lei, de planos estratégicos de atuação e colaboração das autoridades públicas, o que somente pode ser feito mediante a participação do Poder Executivo, a seu tempo e modo, desde que dentro dos

¹⁹ BARAK, A. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 238.

limites constitucionalmente estabelecidos pela própria constituição econômica, ou seja, programa voltado ao alcance da dignidade humana, com a erradicação da pobreza, o fim da marginalização e a redução de desigualdades.

Tais parâmetros permitem ao Judiciário interferir nessas políticas, como uma espécie de árbitro constitucional, pontuando a necessidade de alterações, e urgindo mudanças, mas nunca estabelecendo por si só planos amplos e sem base no primado da Lei, que impliquem em providências complexas, ou simplesmente na alocação de recursos que não estavam previstos em orçamento, sem discussão e planejamento específicos.

Conclusão

O presente trabalho concluiu afirmativamente pela assertiva de que a constituição econômica brasileira lida em conjunto com o direito fundamental à habitação, embora assegure a plena validade deste direito, não autorizam ao Poder Judiciário intervir diretamente no problema complexo do *déficit* de moradias no Brasil. Apesar de serem possíveis intervenções tópicas, especialmente para a solução emergencial de sujeitos em situação de vulnerabilidade, a implementação do direito à habitação, a longo prazo, depende da atuação conjunta dos Poderes. O Judiciário, isoladamente, não tem o condão e a capacidade de interferir em gestão pública, orçamento, alocação de recursos e planejamento de gastos, questões essas, todas, inerentes à implementação do direito social em exame. Tem sim o poder-dever constitucional, de quando questionado, fulminar de inconstitucional, seja a omissão ou a demora na elaboração e implementação de planos que visem assegurar o direito à moradia, atentando para os fatores subjetivos, objetivos e estruturantes que estão ligados diretamente ao problema.

Referências

BARAK, A. **The judge in a democracy**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Rua: aprendendo a contar: pesquisa nacional sobre a população de rua**. Brasília, DF: MDS: Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação, Secretaria Nacional de Assistência Social, 2009.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível

em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 dez. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HORTA, Raul Machado. **Constituição e ordem econômica e financeira**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 28, n. 111, p. 5-20, jul./set.1991 *apud* TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011.

IPEA. Disponível em: <<http://ivs.ipea.gov.br/index.php/pt/sobre>>. Acesso em 2 dez. de 2017.

MEDEIROS, Alessandra. **Pessoas em situação de rua: a saída para a saída**. 2010. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2010.

MENDES, C. H. **Constitutional Courts and deliberative democracy**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, C. H. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. 2008. 219 f. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 10. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SHAPIRO, I. **The State of democracy theory**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA JUNIOR, C. S.; REVERBEL, C. E. D. **O tribunal constitucional como poder: uma nova visão dos poderes políticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SUNSTEIN, Cass. **Social and economic rights? Lessons from South Africa**. John M. Olin Law & Economics Working Paper, Chicago, n. 124, 2001.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Editora Método, 2011.

Enviado em: 10.09.2018

Aprovado em: 30.10.2018