

O EXERCÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL A MORADIA¹

THE EXERCISE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HAVE A HOME

Gabriel Lima Marques²

Renata Rogar³

RESUMO

O Direito fundamental em ter uma moradia adequada vem desafiando cada vez mais, governos e autoridades públicas, na medida em que passa a exigir destes, políticas que visem solucionar e corrigir o problema do déficit habitacional e da moradia precária em áreas de risco. Tal direito social exige para o seu cumprimento uma atitude volitiva por parte do Estado, através de políticas públicas que visem solucionar o problema da escassez de moradias dignas. Contudo, em virtude das políticas para corrigir a referida deficiência serem insuficientes, cada vez mais o poder judiciário vem sendo chamado a solucionar contendas envolvendo o direito de moradia, e transformando-se assim em um importante ator na concretização de tal direito. Esta atitude expansiva, pode ser justificada sob a ótica neoconstitucionalista que ao defender a superioridade e a auto-aplicabilidade dos textos constitucionais, bem como da supremacia da dignidade da pessoa humana como valor interpretativo a ser observado por todo o ordenamento, relega ao judiciário a função de ser o órgão responsável pela concretização das promessas positivadas na lei fundamental. Entretanto, em razão de existirem pessoas que não possuem a condição de se socorrerem do judiciário para o exercício do direito fundamental a moradia, deve ser tida como legítima a ocupação e resistência à desocupação compulsória de prédios públicos inutilizados e propriedades privadas que não cumprem sua função social, se estas forem realizadas para o estabelecimento de moradia, e se não for apresentada pelo Estado qualquer contrapartida para

¹ Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Niterói – RJ entre os dias 31 de outubro de 03 de novembro de 2012.

² Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e pela UNIRIO. Pesquisador-bolsista do Projeto CNJ/CAPES, equipe UFRJ. E-mail: gabriel-marques@hotmail.com.

³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). E-mail: renatarogar@yahoo.com.br.

solucionar o problema. Desta forma, longe de pacificar o assunto o presente *paper* tem por objetivo apresentar a discussão de forma panorâmica e somar argumentos ao debate.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental; Moradia; Neoconstitucionalismo; Resistência

ABSTRACT

The fundamental right to have an adequate home is increasingly challenging, governments and public authorities, to the extent that now requires of them policies that aim solve and fix the problem of housing shortage and poor housing in risky areas. Such social right requires for its fulfillment volitional attitude by the state, through public policies to designed to solve the problem of shortage of decent housing. However, by virtue of policies to correct such deficiency are insufficient, more and more, the judiciary has been called to resolve disputes involving the right of property, and thus becoming an important actor in the realization of this right. This expansive approach may be justified from the perspective neoconstitutionalist that defending the superiority and self-applicability of constitutional texts, as well as the supremacy of human dignity as interpretative value to be observed throughout the ordering, relegates the judiciary to be the agency responsible for implementation of the promises placed in fundamental law. However, because there are people who do not have the condition to be rescued by the judiciary to exercise the fundamental right to have a home, shall be taken as legitimate the occupation and the resistance to compulsory eviction of unused public buildings and private properties, if there were any consideration by the state to solve the problem. Thus, far from pacifying the subject, this paper aims to present the discussion in a pan and add arguments to the debate.

KEYWORDS: Fundamental Right; Home; Neoconstitutionalism; Resistance

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o direito fundamental em ter uma moradia adequada vem cada vez mais tomando corpo em discussões tanto no campo jurídico, quanto no campo da ciência política ou da sociologia. Muitos são os exemplos que nos auxiliam a corroborar tal afirmação. A título ilustrativo pode-se citar a catástrofe climática ocorrida na serra fluminense no início de 2011, as desocupações compulsórias em virtude dos grandes eventos esportivos e a grande dificuldade de organização urbanística em razão do terreno onde se constitui a própria cidade, como no caso do município do Rio de Janeiro, onde tal dificuldade pode ser facilmente percebida através de construções realizadas em locais inadequados, que geram transtornos aos seus ocupantes e à cidade como um todo, colocando em xeque aspectos tanto ambientais como também de segurança dos próprios cidadãos. Além desses, casos como o que ocorreu no início deste ano na localidade denominada de Pinheirinho, no município de São José dos Campos, no estado de São Paulo, desafiam de igual modo as autoridades e conseqüentemente os especialistas, a encontrarem soluções que visem solucionar um dos mais cristalinos efeitos da exclusão social e do desnível de renda entre as famílias brasileiras: o déficit habitacional e a moradia precária em áreas de risco.

Neste sentido, o presente trabalho parte do pressuposto de que para a concretização do direito fundamental a moradia, as instituições e a sociedade civil devem ser estruturadas com o objetivo de não apenas respeitá-lo, como também – e, principalmente – o de promovê-lo o que perpassa necessariamente por atitudes positivas do Estado, seja por intermédio da administração pública, seja por decisões do poder judiciário. Tais atitudes são esperadas atualmente, em virtude de vivenciarmos um novo período do direito constitucional, convencionalmente denominado de neoconstitucionalismo. Em linhas gerais, tal movimento emergido do pós-guerra e que busca reconstruir as bases sob as quais deita o direito constitucional, pode ser caracterizado como defensor do princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a orientar a interpretação e a produção legislativa de todo o ordenamento jurídico de um país.⁴

⁴ BARCELLOS. A. P. de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: ><http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf><. Acesso em 20/08/2012. p.06.

Com isso, aqui já podemos delimitar o fulcro do presente trabalho: demonstrar como a ótica neoconstitucionalista influenciou o exercício e a tutela do direito de moradia ao exigir cada vez mais uma atitude prestacional por parte dos poderes públicos, como também postular com base nos ensinamentos de Roberto GARGARELLA, que se tal direito não for respeitado pode ser defendido por pessoas que se encontram em carência extrema, ou seja, sem opções de conquistar por seus próprios meios uma moradia digna, através de um dos direitos mais básicos do constitucionalismo, e olvidado durante os anos de seu desenvolvimento, o direito de resistência.⁵

Para alcançar tal objetivo, este *paper* encontra-se dividido em três partes. Em um primeiro momento, conceituaremos em linhas gerais o movimento denominado de neoconstitucionalismo que além de tomar a constituição como fundamento de validade formal das demais normas, utiliza o seu texto como vetor axiológico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico. À luz de tal contextualização, na segunda parte do presente artigo trabalharemos como o direito fundamental a moradia é tratado no âmbito da constituição brasileira, bem como realizaremos uma análise de alguns casos que demonstram o papel desempenhado pelo poder judiciário para a efetivação de tal direito, evitando assim um desrespeito aos ditames da carta política e a tão conhecida síndrome da inefetividade⁶ das normas constitucionais. E por fim estudaremos baseados no trabalho realizado por GARGARELLA, quão legítimo é o exercício do direito de resistência quando o poder público exige a retirada compulsória de cidadãos que ocupam prédios públicos inutilizados ou propriedades privadas que não observam a função social, e não oferece qualquer contrapartida para a solução do problema da carência de “teto”.

2. BREVES APONTAMENTOS SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

A expressão neoconstitucionalismo, utilizada pela primeira vez por autores italianos e espanhóis, vem sendo aplicada para se designar o estado do constitucionalismo

⁵ GARGARELLA. R. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In GARGARELLA R. (Org). *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávilla, 2005. p 41.

⁶ conforme SARMENTO. D. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. In: *Revista de Direito do Estado*, v.2, 2006.

contemporâneo.⁷ Desta forma, várias são as expressões utilizadas por diferentes juristas para determinar este novo movimento jurídico, como por exemplo, “constitucionalismo de direitos”⁸ ou ainda “constitucionalismo às secas”.⁹ Cada um destes termos nada mais faz do que se referir a uma teoria que tem por objetivo se contrapor aos modelos de direito, Estado e constituição anteriores ao período da segunda grande guerra.

Neste sentido, em importante artigo sobre o tema, Humberto ÁVILA,¹⁰ nos informa que é inviável plasmar um único conceito sobre neconstitucionalismo, em razão de *existirem inúmeros autores, concepções, elementos e perspectivas* diferentes sobre o movimento em tela. Em razão disso, é que se costuma afirmar, que na verdade não há apenas um neoconstitucionalismo, mas sim vários neoconstitucionalismos. Contudo, segundo o jurista, ainda assim podem ser apontadas algumas características fundamentais, que por ele são resumidas da seguinte forma:

princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); poder judiciário em vez dos poderes legislativo ou executivo (ou mais poder judiciário e menos poderes legislativo ou executivo); constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da constituição em vez da lei).¹¹

Dessa forma percebe-se que as teorias neoconstitucionalistas procuram construir novos arcabouços teóricos que visam à substituição daqueles empregados pelo positivismo tradicional, por serem considerados como incompatíveis com a nova realidade. Assim, ao invés de se insistir na subsunção e no silogismo do positivismo formalista, o neoconstitucionalismo passa a valorizar a razão prática¹² no âmbito jurídico. Ou seja, para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas o que pode ser comprovado de forma experimental, de acordo com a lógica das ciências exatas, mas também pode ser racional a

⁷ SANCHÍS. L. P. *Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial*. In: CARBONELL. M (Org). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003. p. 123.

⁸ SANCHÍS. L. P. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.p. 101

⁹ ARIZA. S. S. *La Ciência Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003. p. 239.

¹⁰ ÁVILA. H. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador: n° 17, 2009. p. 02.

¹¹ Idem. Ibidem.

¹² Conforme, ALEXY. R. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

argumentação empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar.¹³

Outra característica acerca do neoconstitucionalismo que deve ser considerada é a positivação dos direitos fundamentais em seu texto¹⁴, de onde decorre o seu conteúdo normativo. Este aspecto dos direitos fundamentais contribui, em muito, para o desenvolvimento da democracia. Isto porque a promoção dos ditos direitos tem por consequência uma situação de maior igualdade entre os indivíduos no âmbito dos direitos humanos,¹⁵ ampliando, portanto, este valor, que é considerado como fundamento da democracia e consequentemente a exigência pela sua promoção. Logo, a atuação de quaisquer dos poderes instituídos que ampliem os direitos fundamentais permite o reforço da estruturas democráticas de um sociedade.¹⁶

Em razão disso, cumpre-nos destacar que, essa carga valorativa inerente ao atual texto constitucional, desencadeou o desenvolvimento do fenômeno denominado de constitucionalização do Direito, que pode ser conceituado como a positivação, nas normas infraconstitucionais, dos valores previstos na constituição, o que permite concluir que os valores presentes no texto da carta constitucional devem ser observados tanto pelo poder legislativo, no momento da elaboração das leis, quanto pelo poder judiciário, quando da aplicação das leis ao caso concreto.

O neoconstitucionalismo, assim, vai além da teoria acerca da força normativa da constituição, elaborada por Konrad HESSE, na medida em que acrescenta algumas

¹³ SARMENTO. D. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 20/08/2012. p. 02.

¹⁴ É a partir desta característica que permite atribuir ao Tribunal Constitucional tanto a função de guardião dos direitos fundamentais, quanto à função de guardião da própria democracia, na medida em que resguarda a observância dos direitos fundamentais, conforme esclarece BINENBOJM. G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Renovar, Rio de Janeiro, 2010. pp. 54/55.

¹⁵ Sobre o assunto BUCCI esclarece que *o desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço da sua população*. BUCCI. M. P. D. *Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 10.

¹⁶ Este argumento de ampliação dos direitos fundamentais como reforço da democracia tem por finalidade afastar o questionamento acerca do risco democrático previsto na atuação das Cortes Constitucionais, por serem formadas por membros não eleitos, conforme esclarece novamente BINENBOJM. G. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Renovar, Rio de Janeiro, 2010. p. 92. Outrossim, BOBBIO destaca que *a liberdade e a igualdade são os valores que servem de fundamento à democracia*. BOBBIO. N. *Igualdade e Liberdade*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro. 1997. p. 41. Isto permite concluir que a atuação que amplie um direito fundamental não poderá ser vista como anti-democrática.

considerações à demonstração da superioridade da norma sobre as circunstâncias fáticas. Em outras palavras, a nova teoria revela a superioridade constitucional, de onde decorre a sua capacidade de alterar as circunstâncias fáticas existentes, com a finalidade precípua de efetivar os ditames nela previstos, devendo ser aplicada de forma direta e imediata aos casos concretos. Na linha deste raciocínio, importante doutrina nos ensina que:

Quanto ao novo papel representado pela Constituição, oportuna a lição de Lenio Streck: 'no moderno constitucionalismo, uma das conquistas reside exatamente na nova configuração da relação entre os poderes do Estado. A renovada supremacia da constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX, outro aspecto assume lugar cimeiro: trata-se da circunstância de as Constituições serem erigidas à condição de norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que assegura a realização dos valores constitucionais (direitos sociais, direito à educação, à subsistência, à segurança, ao trabalho, etc.). A nova concepção de constitucionalidade une precisamente a idéia de Constituição como norma diretiva fundamental.' Assim, reconhece-se uma mudança de natureza no papel desempenhado por certas constituições em determinados sistemas jurídicos avançados.¹⁷

Para atingir tal objetivo, o neoconstitucionalismo, *no lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, endossa teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitam a sua fiscalização por juízes não eleitos.*¹⁸ Com isso pode-se concluir que no âmbito deste movimento, em detrimento de uma visão estanque da separação dos poderes, surge uma visão que favorece um ativismo judicial na busca pela defesa da constituição, uma vez que esta passa a ser a figura central do ordenamento.

É por isso que pode-se asseverar que *o grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz,*¹⁹ uma vez que este passa a ser considerado como aquele que irá desempenhar o papel de guardião das promessas civilizatórias insculpidas nos textos constitucionais. E neste sentido, o legislativo e o executivo passam a ter seus papéis desconsiderados, ou apequenados, frente ao poder judicial, que sob a ótica do movimento em

¹⁷ QUARESMA. R. Et al. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. P. 15.

¹⁸ SARMENTO. D. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 20/08/2012. p. 04.

¹⁹ Idem; Ibidem. p. 05.

tela será o responsável pela tarefa precípua de cumprir ou determinar que se cumpra a lei fundamental de um país.

3. O DIREITO DE MORADIA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E O SEU EXERCÍCIO POR INTERMÉDIO DO JUDICIÁRIO

Por se referir a um valor mínimo para o desenvolvimento da vida digna, na medida em que proporciona ao indivíduo a construção da sua própria identidade no entorno de sua família, o direito a moradia pode ser caracterizado como um direito de subsistência, indissociável a dignidade da pessoa humana, uma vez que o seu exercício proporciona o direito de ocupar um lugar no espaço, assim como às condições que tornam este espaço um lugar de moradia, já que morar relaciona-se ao direito inato de viver.²⁰ Atento a essa especificidade, o direito à moradia no Brasil passou a ter assento constitucional de forma expressa por obra do constituinte derivado, a partir da alteração realizada pela emenda constitucional nº 26 no ano de 2000, conferindo assim a este direito, natureza de direito social.

Cumpre destacar, que embora a primeira vista o direito fundamental a moradia se confunda com o direito de propriedade, com este último não se confunde uma vez que embora também a propriedade sirva como moradia, *o direito de moradia é objeto autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios* e por vezes, por disposição expressa do texto constitucional ou legal, acaba sendo requisito para a aquisição da propriedade, como no caso da usucapião especial constitucional.²¹ Dessa forma, tão importante direito opera-se como um *lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries*, independentemente do título ou da forma como se opera tal direito já que *sem um lugar para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade*, não

²⁰ LOPES. J. R. de L. *Cidadania e Propriedade: Perspectiva histórica do Direito a moradia*. Revista de Direito Administrativo, 1993, p. 121.

²¹ SARLET. I. *O Direito fundamental a moradia na constituição*: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado nº 20, 2010. p. 17.

terá uma vida com qualidade, ou muitas vezes não *terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e portanto, o seu direito a vida.*²²

Neste sentido, partindo do pressuposto de que os direitos sociais relacionam-se intrinsecamente com a dignidade da pessoa humana, possuindo, portanto, natureza também de direito fundamental, estes também possuem a característica da auto-aplicabilidade, ou seja, aplicam-se de plano, não necessitando de qualquer norma infra-legal para que sejam concretizados. Sendo assim, em razão de a constituição assegurar a realização dos valores nela previstos – dentre eles, a possibilidade de se garantir a todos o direito à moradia – a partir de sua condição de direito fundamental, este direito deverá ser examinado sob dois prismas: positivo e negativo. Este último diz respeito aos mecanismos de defesa que o cidadão poderá se valer, tanto em face do Estado, quanto em face de um terceiro particular. Já o aspecto positivo diante do vetor axiológico que emana da constituição, de priorizar o ser humano, significa o dever do Estado de instituir políticas públicas a fim de efetivá-lo, com a criação de órgãos próprios para o seu tratamento e adotando medidas concretas e fáticas na sua consecução.

Contudo, malgrado seja dever do Estado proporcionar o bem-estar aos seus cidadãos, através da materialização dos direitos sociais, e em especial do direito de moradia, por meio de políticas públicas que sejam viáveis e eficazes para a redução das desigualdades sociais que se operam resta à dúvida de como tais direitos serão exigidos ou pleiteados quando não forem respeitados. Se os direitos individuais possuem remédios específicos para a sua defesa, como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança, o mesmo não se pode afirmar em relação aos direitos sociais, que não possuem tais ações para serem utilizadas quando não forem realizadas políticas públicas necessárias para a sua concretização, ou quando forem frontalmente desrespeitados.

É neste sentido que, baseado nos ensinamentos neoconstitucionalistas surge à figura do juiz que diante de um caso concreto, poderá decidir pela prevalência da posse, leia-se da moradia mansa e pacífica em detrimento da propriedade, desde que àquela esteja atendendo aos ditames constitucionais de finalidade social, uma vez que cabe a ele impedir que pela simples omissão do Estado, os direitos fundamentais previstos na constituição sejam

²² SARLET. I. *O Direito fundamental a moradia na constituição*: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n° 20, 2010. p. 15.

desrespeitados. Como exemplo de um caso onde tal atuação seria exigida, pode-se citar o que ocorreu no município de Campos dos Goytacazes, estado do Rio de Janeiro.²³ Segundo informações contidas no processo, foi realizado um contrato de comodato verbal em relação a determinado imóvel, para que ali se instaurasse a moradia de uma família. Os anos foram passando e os antigos proprietários jamais reclamaram o bem de volta. Até que, após mais de trinta anos daquela família exercendo a sua moradia no imóvel, os proprietários promoveram ação judicial, com o intento de reaver a posse do bem, sob o argumento de serem os titulares do domínio. No caso em tela, segundo o defendido pelo presente *paper*, a decisão mais acertada a ser tomada pelo magistrado em um caso como este, seria aquela que permitisse a aplicação direta dos termos constitucionais, ou seja, seria no sentido de conceder o direito de permanência àquela família no imóvel, em virtude de serem os efetivos possuidores e ali exercerem o seu direito de moradia.

Outro caso a ser mencionado também ocorreu no estado do Rio de Janeiro, sendo que desta vez no município de Nova Friburgo, onde diversas famílias tiveram suas casas destruídas em razão de um evento catastrófico ocasionado por fortes chuvas em 2011. Diante da grave questão que se instaurou na localidade, o poder legislativo tratou de editar medidas legislativas que previram a concessão de aluguel social e auxílio novo lar para os cidadãos atingidos por tal evento.²⁴ O aluguel social consiste em pagamento de valor mensal, a fim de contribuir para o gasto da família que perdeu sua moradia em decorrência das enchentes, já o auxílio novo lar é um benefício de assistência social que garante um valor fixo no auxílio as famílias para a aquisição de um novo imóvel. Diversas ações individuais²⁵ foram propostas perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para que tais benefícios previstos em lei fossem cumpridos pelo poder público que se negava a fazê-lo, prejudicando assim o exercício do direito de moradia por essas pessoas que perderam praticamente tudo e necessitam recomeçar toda uma vida do zero. Atento mais uma vez aos comandos

²³ Este caso concreto ora mencionado tramita perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Campos dos Goytacazes, sob o número: 2006.014.010981-0, e pode ser consultado junto ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

²⁴ Cumpre asseverar que os ditos benefícios de caráter assistencialista efetivam o direito à moradia uma vez que reconhecem que as pessoas que residiam nas localidades atingidas pelas catástrofes climáticas eram proprietárias do terreno, mesmo quando edificados em área irregular. Tal caráter é facilmente identificado a partir do auxílio novo lar, por ser valor fixo para a aquisição de nova moradia (Lei do Município de Nova Friburgo nº 3894/11).

²⁵ Tais casos também ocorreram mediante a propositura de demanda individual e tiveram por característica minimizar os danos já sofridos em decorrência de grande enchente, ou seja, catástrofe climática. Há dois julgados que podem ser consultados perante o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. São eles: agravo de instrumento nº 0037457-47.2012.8.19.0000 e agravo de instrumento nº 0039479-15.2011.8.19.0000.

constitucionais, o tribunal deferiu em razão da situação de urgência desses indivíduos, o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado nas respectivas exordiais quanto aos dois benefícios.

Tais casos servem para percebermos como o juiz é necessário atualmente, segundo a ótica neoconstitucionalista, para a materialização dos direitos fundamentais, especialmente os prestacionais, e especificamente o direito de moradia. Contudo, nem sempre o poder judiciário consegue solucionar todos os casos, já que em razão da situação ainda vivenciada pelo nosso país de miséria e exclusão, muitos são os cidadãos que por falta de conhecimento não conseguem nem mesmo serem ouvidos em um tribunal. Desta forma, invisíveis aos olhos do poder público e da justiça, acabam por conta própria solucionando o problema da escassez de moradia digna, invadindo e estabelecendo morada em prédios públicos inutilizados e em propriedades sem destinação social. Em tais casos, muitas das vezes são expulsos destes locais, até mesmo com a utilização de força policial, como no caso Pinheirinho no município de São José dos Campos, na grande São Paulo, sem que o Estado lhes conceda qualquer contrapartida assistencial com o objetivo de solucionar tal falha. É por isso que em tais casos, ausentes todas as formas de o direito de moradia ser promovido, é que defenderemos no próximo capítulo o exercício do direito de resistência como o único capaz de solucioná-lo.

4. O DIREITO DE RESISTIR A DESOCUPAÇÕES FORÇADAS

Em importante trabalho desempenhado sobre o direito de resistência, GARGARELLA afirma textualmente que o direito de resistir foi considerado no passado, *como um dos direitos centrais do direito*, embora tenha ao longo dos anos, perdido esta centralidade.²⁶ Tal direito surgiu como contraponto as idéias pregadas durante o período medieval que baseadas nos ensinamentos de Santo Agostinho e de São Paulo doutrinavam os indivíduos a uma atitude de aceitação, de passividade e de obediência extrema frente às autoridades públicas que deveriam ser respeitadas como se representantes de Deus fossem. Esta realidade perdurou até que no fim do século XVIII, por meio dos estudos de John LOCKE, o direito de resistir surge como um dos pilares do constitucionalismo moderno, na

²⁶ GARGARELLA. R. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In GARGARELLA R. (Org). *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávilla, 2005. p 16.

medida em que passa a se fundamentar na tese de que era tarefa do governo a proteção dos direitos inalienáveis das pessoas, e que quando o mesmo não o fizesse, ou os desrespeitasse, abriria-se a possibilidade dos cidadãos se rebelarem contra tal atitude e resistirem legitimamente, derrubando se necessário o governo e instaurando um novo.²⁷

Com base em tais fundamentos, e para marcar claramente as diferenças entre o novo regime que surgiu e o antigo que era rechaçado, as declarações de independência americana de 1776²⁸ e do homem e do cidadão na França de 1789²⁹ procuraram positivar claramente que os governos eram estabelecidos com o intuito de que fossem assegurados a todos certos direitos inalienáveis, como o direito a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e o direito de resistir a opressões, quando o governo fosse incapaz de assegurar o bem estar social e os direitos fundamentais. Assim, caberia ao povo opor resistência ao governo, quando este se utiliza-se do poder de forma caprichosa e tirânica, como também em casos onde promete-se uma coisa e fizesse outra, se utilizasse de artimanhas para evitar o cumprimento da lei, ou ainda quando agisse contrariamente ao bem estar do povo por meio de ações arbitrárias sucessivas.³⁰

Contudo, o que se vê atualmente é um quase esquecimento de tal direito. Com base em tal afirmação, GARGARELLA nos aponta alguns dos motivos que nos levaram a tal estágio. Assim, segundo o autor o primeiro deles seria o fato de que hodiernamente o poder encontra-se demasiadamente descentralizado, embora com isso não se queira afirmar que atualmente não há opressão. Na verdade ela existe, porém as forças de dominação encontram-se tão dispersas que acabam por dificultar a resistência em termos práticos. Em razão disso, diferentemente do passado onde as pessoas conseguiam reconhecer em uma pessoa que concentrava todo o poder, o causador de suas mazelas, hoje não se sabe a quem culpar pelas situações de injustiça, se o presidente, se a polícia, se os empregadores, se os juízes ou se todos eles.³¹

²⁷ LOCKE. J. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988. p. 405.

²⁸ Para os americanos em contraposição ao antigo regime inglês, o Direito era tido como de opressão e não de como de liberdade, assim uma das marcas características da declaração americana era a resistência ao poder político e legal britânico.

²⁹ O objetivo principal era criar uma declaração que tivesse como objetivo se diferenciar do regime anterior, concentrado nos desmandos e opressões realizadas pelo Rei.

³⁰ GARGARELLA. R. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In GARGARELLA R. (Org). *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávilla, 2005. p 21.

³¹ Idem. *Ibidem*. p. 25

Outro fato que contribuiu para o quase desaparecimento do direito de resistência segundo o jurista argentino, passa pela fragmentação social que acaba por reproduzir a fragmentação política existente nas sociedades contemporâneas. Tal realidade contribui para tornar o direito de resistência menos concebível, em razão de hoje não serem todos, ou quase todos, os grupos que sofrem com graves opressões. Neste sentido, aqueles que não possuem seus direitos violados se esforçarão por meio de todas as formas para impedir a desordem e conseqüentemente se manterem inatingíveis, já que a realidade os favorece. Tal fato não ocorria no passado, em virtude da profundidade e da extensão das ações de opressão atingirem um número expressivo de cidadãos o que ocasionava uma manifestação de rebeldia generalizada.

Além dos fatos acima citados, GARGARELLA ainda identifica que a primeira vista, se somarmos a estes, as inovações cruciais introduzidas pelos sistemas democráticos modernos, tais aperfeiçoamentos deveriam nos levar a descartar para sempre qualquer proposta de resistir um governo. Ou seja, a existência, por exemplo, de um sistema institucional de organização e divisão dos poderes por meio dos chamados “freios e contrapesos” reduzem imensamente o risco do direito se converter em um instrumento de opressão social. Soma-se a isso o fato de que a existência de eleições periódicas, também contribui para a diminuição da possibilidade da concentração de poder nas mãos de uma só pessoa por longo período de tempo, bem como da não necessidade de empunhar armas, quando se tem o instrumento do voto para modificar os governantes. Entretanto, apesar dessas novidades tornarem entendível o porquê do desaparecimento do direito de resistência, estas não excluem instrumentos como a desobediência civil para serem utilizadas atualmente como mecanismo de desafio e de questionamento do Direito que possui a pretensão de ser justo.³²

Segundo GARGARELLA,³³ não há dúvidas de que na atualidade existem determinados segmentos da sociedade que possuem sérias dificuldades de satisfazer suas necessidades mais básicas, para depois conseguirem com que seus pontos de vista sejam conhecidos pelos demais membros da sociedade, e para que possam demandar, por exemplo, mudanças no Direito, ou reprovar ações tomadas por seus representantes. Em virtude da existência desses excluídos socialmente, como, por exemplo, os sem-teto, aqueles que não

³² GARGARELLA. R. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In GARGARELLA R. (Org). *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005. p 26.

³³ Idem. *Ibidem*.

possuem moradia, é que GARGARELLA valendo-se dos ensinamentos de John RAWLS³⁴ irá defender que as pessoas possuem o direito de resistir, de desobedecer civilmente comandos realizados por instituições que sejam manifestamente injustos frente à situação em que se encontram.

Desta forma, para o jurista argentino se o direito se encontra em uma situação causal que lhe gere sofrimento, ao invés de conferir a proteção as suas liberdades mais básicas, algumas formas de resistir a esse direito deveriam existir e serem defendidas, ao menos como moralmente permissíveis, é por isso que defenderá o direito dos cidadãos que se encontram em situação de carência extrema, de resistir os atos do governo por meio da desobediência civil, seja por meio de uma desobediência passiva, ou não-cooperação, seja através de uma desobediência ativa ou confrontação. Os oprimidos, portanto, devem se considerar como moralmente livres para desobedecer às ordens que fortalecem ou que causam opressão, dentre elas a de desocupação forçada, em virtude de invasão, sem qualquer compensação social que vise solucionar o problema da ausência de moradia digna para todos.³⁵

Portanto, no tocante ao objeto do nosso estudo, o exercício do direito de moradia, seria perfeitamente admissível com base no que nos ensina GARGARELLA, para a satisfação de tal direito, a invasão de propriedades privadas e prédios públicos inutilizados que não satisfaçam a função social, bem como a conseqüente recusa e resistência a desocupações forçadas sem qualquer contrapartida do Estado, por pessoas que se encontram em situações de carência extrema e conseqüente dificuldade de exercerem seu direito à uma moradia digna, bem como de se socorrer do poder judiciário para concretizar tal direito. Tais invasões servem para satisfazer a necessidade de exteriorizar este direito que vem sendo negado pelo Estado, na medida em que é insuficiente em solucionar o problema por meio da construção de moradias populares para os menos afortunados, por exemplo. Neste sentido, quando locais abandonados, sem qualquer destinação, são utilizados como moradia pelos menos favorecidos para o exercício de seus direitos mais básicos, como o direito a uma vida digna, este deve ser respeitado pois talvez seja a única forma destes cidadãos se fazerem ouvidos pelas autoridades.

³⁴ RAWLS. J. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. pp. 367-368

³⁵ GARGARELLA. R. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In GARGARELLA R. (Org). *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávila, 2005. p 27.

Entretanto, afirmar que em dadas situações os marginalizados não possuem o dever de obediência, não quer dizer que estes possuem uma carta em branco para fazerem tudo quanto desejarem contra as autoridades públicas e contra os particulares. Em razão disso, GARGARELLA³⁶ apresenta quatro objeções para o exercício dessa resistência. A primeira é que há uma presunção de que o Estado poderá provar que já possui um programa para estas pessoas, que serão imediatamente enviadas para ocuparem moradias populares em outra localidade, ou que a elas será pago um aluguel social, não podendo o Estado retirá-las sem qualquer contrapartida social. Em segundo lugar, tal desobediência deve ser realizada por um ideal de mutuo respeito, onde deveres naturais, como respeito à vida do outro devem ser respeitados. Já uma terceira objeção seria o fato de que tais resistências devem possuir vínculo ou nexos com a situação em que os cidadãos se encontram, não podendo ser utilizada desmedidamente sem qualquer relação com o direito que postulam. E por último, tais ações devem estar amparadas pelo princípio da proporcionalidade, desta forma, a desgraça que se opera nos mais necessitados, não pode levá-los a imporem sacrifícios desnecessários ao restante da comunidade onde se encontram.

Com isso, resta patente que para o jurista argentino, é um direito moral dos menos afortunados, dentre eles, aqueles que não possuem um local para o exercício do seu direito fundamental de possuir uma moradia digna, resistir os intentos do governo de lhes retirarem forçosamente sem qualquer vantagem social. Desta forma, pode-se concluir que é legítimo que os cidadãos que se encontrem em carência extrema, e que para terem onde morar necessitam ocupar uma repartição ou prédio público não utilizado, ou uma propriedade privada que não respeite a função social, podem ali permanecer e resistirem às tentativas de retirada, desobedecendo civilmente as autoridades públicas, até que o direito a oprimir ceda ao direito de proteção as liberdades mais básicas.

³⁶ GARGARELLA. R. *El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema*. In GARGARELLA R. (Org). *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávilla, 2005. pp. 28-29.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo apresentar algumas considerações a respeito dos problemas em torno do exercício do direito fundamental à moradia. Com isso, o que se quis demonstrar primariamente foi que o atual estágio do constitucionalismo, denominado de neoconstitucionalismo - a partir da positivação dos direitos fundamentais em seu texto, dentre eles, podendo-se destacar o direito à moradia - impõe ao Estado tanto o dever de respeitar o exercício do direito à moradia dos indivíduos, como também o dever de promover, por meio de atuações positivas, o que implica na instituição de políticas públicas para o seu desenvolvimento.

Ocorre que, como tais políticas, sempre são falhas, o direito a moradia digna positivado em nossa carta política, por vezes necessita ser concretizado pela atuação do poder judiciário. Isto porque, na medida em que os direitos fundamentais possuem auto-aplicabilidade, o que significa não ser necessário editar norma infraconstitucional para a sua regulamentação e concretude, cabe ao poder judiciário quando as políticas públicas são ineficazes tomar decisões em que a moradia seja privilegiada, em detrimento de outros direitos de menor importância no caso concreto, como, por exemplo, a propriedade que não atenda à sua função social.

De todo o exposto, pode-se concluir que o movimento neoconstitucionalista permite aos indivíduos exigirem dos poderes públicos prestações quanto ao direito à moradia, seja através da atuação da administração pública, seja quando esta falha, pelo poder judiciário. Contudo, quando tais prestações são inatingíveis por todas as formas, cabe aos cidadãos exercerem seu direito fundamental a moradia, ainda que para isso necessitem invadir e se estabelecerem com o objetivo de adquirir a tão sonhada morada em prédios públicos inutilizados ou propriedades que não atentem sua função social. Assim, em casos como este, caso não sejam apresentadas pelo Estado projetos para que tal direito prestacional seja concretizado, exigindo-se apenas a retirada compulsória dos invasores, valendo-se da doutrina de Roberto GARGARELLA, podemos afirmar que a partir de então, instaura-se o direito de resistência para que estes cidadãos que se encontram em situação de carência extrema, tenham meios para exigirem do poder público mecanismos que possam garantir a eles, a materialização do direito a uma moradia digna.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY. Robert. *Derecho y Razón Práctica*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

ARIZA. Santiago Sastre. *La Ciência Jurídica ante el Neoconstitucionalismo*. In: CARBONELL. Miguel (Coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ÁVILA. Humberto. *Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador: n° 17, 2009.

BARCELLOS. Ana Paula Pereira de. *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas*. In: ><http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf><. Acesso em 20/08/2012.

BINENBOJM. Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BOBBIO. Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BUCCI. Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva. 2006.

GARGARELLA. R. *El derecho de resistência en situaciones de carencia extrema*. In GARGARELLA. R. (Org). *El Derecho a resistir el Derecho*. Buenos Aires: Miño e Dávilla, 2005.

LOCKE. John. *Two Treatises of Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

LOPES. José Reinaldo de Lima. *Cidadania e Propriedade: Perspectiva histórica do Direito a moradia*. Revista de Direito Administrativo, 1993.

QUARESMA. Regina et al. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET. I. *O Direito fundamental a moradia na constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado n° 20, 2010.

SARMENTO. Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 20/08/2012.

_____. *Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda*. In: Revista de Direito do Estado, v.2, 2006.

SANCHÍS. Luís Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. *Neoconstitucionalismo y ponderacion judicial*. In: CARBONELL. M (Org). Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trotta, 2003.