
A TENSÃO ENTRE JUDICIÁRIO E EXECUTIVO A PARTIR DO DIREITO À MORADIA

THE TENSION BETWEEN THE JUDICIARY AND ADMINISTRATION IN HOUSING DEMANDS

Maria Laura de Souza Coutinho

Mestre pela Escola de Direito de São Paulo – Fundação Getúlio Vargas e Registradora de Imóveis na Comarca de Cubatão.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Expansão o Poder Judicial; 1.1 Os problemas da expansão do poder judicial; 2 O Direito à moradia; 3 A Seleção dos Tribunais e das decisões analisados; 3.1 A seleção dos tribunais; 3.2 A seleção das decisões no STF; 3.3 A seleção das decisões no TJ/SP; 4 O Direito á Moradia No Tribunais; 5 Conclusão; Referências

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 inovou ao constitucionalizar um amplo rol de direitos sociais. Além disto, adotou um complexo sistema de controle de constitucionalidade para evitar que o texto constitucional se transformasse em mera declaração de intenções. Como consequência, houve um aumento da participação do Judiciário na decisão de questões antes incluídas na esfera de discricionariedade da Administração, levando ao aumento da tensão entre os três ramos do poder estatal. Pretendo investigar neste artigo como tem se dado a relação entre Judiciário, Executivo e Legislativo em demandas que envolvem o Direito à Moradia. Este direito foi escolhido porque grande parte das pesquisas está focada no Direito à Saúde, de forma que não há um quadro completo sobre a atuação judicial no que diz respeito a concretização de direitos sociais. Para tanto, foram analisadas decisões proferidas pelo STF e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em demandas envolvendo o Direito à Moradia. Pode-se afirmar, a partir da análise destas decisões, que o Judiciário adota uma posição deferente ao Executivo quando se trata do Direito à Moradia e que é necessário o aprofundamento dos estudos para uma melhor compreensão da relação do Judiciário com os demais poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Direitos Sociais. Direito à Moradia. Separação de Poderes.- Ativismo Judicial

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution has innovated when it constitutionalized a long list of Social Rights. Besides that, it has adopted a complex system of Judicial Review to prevent the Constitutional text from becoming just a declaration of intents. As a result, the Judiciary started to decide questions that before were included in the sphere of discretion of the Executive or Legislative branches. This has caused increasing tension among the three branches. In this article I will investigate how the Executive, the Legislative and Judiciary relates in demands involving the Right to Housing. The Right to Housing was chosen because most studies focus on the Right to Health and there is not a complete picture of how the Judiciary acts in order to implement social rights. I analyzed decisions of the Supremo Tribunal Federal and of the Tribunal de Justiça de São Paulo. My conclusion is that the Judiciary defers to the Executive when deciding demands involving the Right to Housing. Finally, I argue that we need more studies to better understand the relation of the Judiciary with other branches.

KEYWORDS: Federal Constitution. Social Rights. Right to Housing. Separation of Power. Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

A inclusão de um rol de direitos sociais no texto constitucional de 1988 e a adoção de um complexo sistema de controle de constitucionalidade permitiu que minorias e grupos fragilizados verbalizassem uma série de demandas, tradicionalmente veiculadas pelos canais políticos, em linguagem jurídica. Como resultado, têm-se observado uma crescente intromissão do Judiciário no processo decisório de questões antes incluídas na esfera de discricionariedade do Executivo e/ou Legislativo. Tal fenômeno é fonte de atritos entre os três ramos do poder estatal e tem levado a reflexões teóricas quanto à legitimidade do Judiciário para realizar tal tarefa em virtude, primeiro, da noção clássica de repartição de poderes como proposta por Montesquieu e, segundo, em razão dos possíveis efeitos negativos da interferência judicial na solução de questões administrativas. Este trabalho tem como objetivo estudar como o Judiciário tem enfrentado a questão da autonomia do Executivo em demandas voltadas à concretização do Direito à Moradia.

Há duas justificativas para a escolha do Direito à Moradia para orientar este estudo. A primeira delas é a relevância em si deste direito. A segunda está relacionada à necessidade de conhecimento mais amplo da atuação judicial em demandas envolvendo direitos sociais. A grande maioria das pesquisas foca a atuação do Judiciário em ações envolvendo o Direito à Saúde. É preciso verificar, no entanto, se o padrão que se observa nas ações envolvendo este direito se repete em demandas envolvendo outros direitos sociais. A minha hipótese é a de que o Judiciário mantém uma postura deferente às decisões do Executivo quando ele decide ações fundamentadas no Direito à Moradia.

De acordo com o diagnóstico do Ministério da Cidade, a partir de relatório elaborado pela Fundação João Pinheiro, são necessárias mais de 05 milhões de novas unidades habitacionais apenas para dar conta da demanda por habitação já existente¹. A falta de moradia é, portanto, uma das questões sociais mais sérias enfrentadas pelo Brasil, pois além dos óbvios problemas que a falta de abrigo acarreta, ela é fator que condiciona o sucesso de políticas de saúde e de educação.

Em que pese tal fato, o que se observa na prática é a falta de comprometimento dos governos em enfrentar o problema. É revelador que o Direito à Moradia só tenha sido expressa e formalmente incluído no texto constitucional em 2000, ou seja, quase doze anos após a

1 De acordo com o relatório produzido pela Fundação João Pinheiro, são necessárias 5,546 milhões de unidades habitacionais para atender a demanda por moradia já existente no Brasil. Só no Estado de São Paulo, há um déficit de 1,060 milhões de unidades habitacionais.

promulgação do texto original da Constituição. Além disto, só muito recentemente começou a se observar uma preocupação com a elaboração de políticas nacionais. Nas últimas décadas, o que tem se observado é uma falta de concatenação das políticas existentes nos três níveis de poder, o que leva ao desperdício de recursos.

Seria de se imaginar, em virtude deste quadro, que houvesse uma profusão de demandas envolvendo o Direito à Moradia. Não é isto, porém, o que ocorre. Apenas para ilustrar, verifica-se que no primeiro semestre de 2011 foram localizados 255² recursos no Tribunal de Justiça de São Paulo utilizando-se como parâmetro de busca a expressão “direito à moradia”, enquanto, no mesmo período, utilizando-se como parâmetro a expressão “direito à saúde” foram localizadas 4.339 decisões.

A observação de tal fato dá margem a várias especulações. Porque pouco se procura o Judiciário quando o que está em jogo é o Direito à Moradia? Estaria tal fato ligado a ainda recente constitucionalização de tal direito ou estaria ele relacionado com a postura que o Judiciário adota quando julga pedidos fundados no Direito à Moradia? Esta pesquisa pretende contribuir para a elaboração de possíveis respostas a estas questões, o que nos levará a uma melhor compreensão das relações entre Judiciário e Executivo.

Na primeira parte do artigo, situarei a questão no universo teórico, tratando das principais objeções e possíveis vantagens da intromissão do Judiciário em questões envolvendo políticas públicas. Na sequência, apresentarei algumas questões relevantes para a compreensão dos problemas envolvendo o Direito à Moradia. No quarto capítulo, analisarei decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em processos fundados no Direito à moradia em que a questão dos limites da atuação judicial aparece. Os critérios utilizados para a seleção serão detalhados na parte inicial do capítulo. No sexto capítulo, apresentarei minhas conclusões.

1 A EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL

Neste capítulo inicial, irei tratar da expansão do poder judicial de uma perspectiva teórica. Pretendo, primeiro, fazer uma breve explanação sobre o processo que levou ao seu aparecimento e depois, mapear os argumentos contrários a esta maior participação do Judiciário.

A deterioração do ambiente democrático e as inúmeras violações aos Direitos Humanos que ocorreram na Europa no período que antecedeu a Segunda Guerra Mundial fizeram renascer a preocupação, um tanto

² Acesso em: 21 out. 2011 às 14.08 horas.

esquecida durante o século XIX, com a existência de mecanismos de contenção do poder estatal.

Por esta razão, ao final da guerra, nota-se uma tendência à positivação de Cartas de Direitos nas Constituições dos países afetados pelo conflito que se reorganizavam politicamente. Para evitar que as Constituições se tornassem declarações vazias, a adoção de Cartas de Direito foi combinada com a adoção de alguma forma de controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Judiciário, muitas vezes combinando elementos do *judicial review* americano e do modelo de Corte Constitucional Kelseniano.

Alec Stone Sweet³ resume tal movimento:

Na Europa pré II Guerra, constituições democráticas podem ser normalmente revisadas pelo Legislativo, de acordo com sua discricção; elas proibiam a revisão da legalidade de leis pelo Judiciário; e elas não continham mecanismos de contenção substantivos, como Direitos, para a autoridade legislativa. A regra da supremacia do Legislativo significava que em conflitos entre a lei e a norma constitucional deveriam ser ignorados pelos juízes ou resolvidos em favor da primeira. A partir do final da II Guerra Mundial, um *novo constitucionalismo* emergiu e foi largamente difundido (Shapiro e Stone, 1994 b). Direitos Humanos foram codificados e colocados em local privilegiado nas leis constitucionais; e órgãos *quasi judiciais* chamados de cortes constitucionais receberam o encargo de garantir a superioridade normativa da Constituição. Estas cortes foram estabelecidas na Austria (1945), Itália (1948), Alemanha (1949), França (1958), Portugal (1976), Espanha (1978), Bélgica (1985) e, depois de 1989, e nos antigo países Comunistas República Tcheca, Hungria, Romênia, Rússia, Eslováquia, Balcãs e em muitos estados da antiga Iugoslávia.

Simultaneamente, ocorria uma lenta evolução da ideia do que seria a Democracia. A noção de *one man, one vote*, foi substituída por uma concepção mais substantiva, segundo a qual a democracia exige mais do que igualdade formal. Para os que defendem tal concepção, os governos devem atuar para garantir que todos os seus cidadãos tenham condições mínimas para desenvolver suas capacidades. Nasce, assim, uma nova geração de Direitos, os Direitos Fundamentais

3 SWETT. Alec Stone. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford Press, p. 103.

Sociais, e um novo modelo de Estado, ou seja, o Estado do Bem Estar Social⁴.

Tal movimento iniciou-se na Europa, mas durante a segunda metade do século XX espalhou-se pelos países periféricos, afetando não só aqueles que haviam recém conquistado a independência, como Índia e África do Sul, como também aqueles que lutavam para consolidar as suas frágeis democracias, como a grande maioria das antigas colônias espanholas na América do Sul e o próprio Brasil.

A Constituição brasileira promulgada em 1988 está inserida, portanto, em um contexto internacional de valorização do Direito e, por via de consequência, do Judiciário. Fatores internos, porém, foram decisivos para o desenho institucional adotado pelo Constituinte. O país saía de (mais) um longo período de ditadura e a situação econômica era grave. Como nota Boris Fausto, a população acreditava que a Constituição poderia “consertar” todos os problemas da nação.

Os efeitos desta crença são perceptíveis no texto final da Constituição que trata dos mais diversos temas, tentando regular todo e cada aspecto da vida do país⁵. Temos, assim, a positivação de Direitos Fundamentais de Primeira, Segunda e Terceira Geração.

Ao mesmo tempo, a Constituição dotou o Judiciário de um importante poder de controle sobre o Executivo e o Legislativo. Além da clássica declaração de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão deixará de ser apreciada pelo Judiciário, ela prevê que os Direitos Fundamentais tem eficácia imediata (art. 5º, ° 1º) e cria a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que permite ao Judiciário intervir quando o Executivo e/ou o Legislativo falharem em dar concretude ao texto constitucional.

Por esta razão, uma série de demandas que tradicionalmente deveriam ser feitas através dos canais políticos por estarem inseridas na esfera de discricionariedade da Administração, passaram a ser verbalizadas em linguagem jurídica.

A maior interferência do Judiciário na decisão destas questões tem sido fonte de frequentes conflitos. É certo que como ressalta Diego

4 Esta é, obviamente, uma descrição muito simplificada do processo que levou ao aparecimento do Estado de Bem Estar Social. Muitos foram os fatores, como a Grande Depressão, a necessidade de reconstrução ao final da Segunda Guerra e mesmo o tempo do avanço do Comunismo, que influenciaram seu desenvolvimento.

5 Esta afirmação não significa que eu esteja endossando uma crítica bastante popular e difundida segundo a qual o excesso da Constituição brasileira é, por definição, negativo. Tal crítica parte da ideia de que o modelo “ideal” de Constituição seria o americano, ou seja, um modelo que entende a Constituição como um documento de organização política e de limitação do poder, somente. A meu ver, a ambição do Constituinte brasileiro pode trazer problemas, mas não decorre daí que nossa Constituição seja ruim.

Arguelhes⁶ esta maior interferência resulta não só de uma maior disposição do Judiciário em intervir. Em muitos casos, o que se vê é a omissão deliberada do Executivo e do Legislativo que temendo prováveis desdobramentos negativos, preferem não decidir questões polêmicas.

Para Neil Tate, há várias condições políticas que colaboram para a expansão do poder judicial. Temos, segundo ele, primeiramente, a percepção por grupos marginalizados de que suas demandas terão maior acolhida em ambientes, como o Judiciário, que funcionam sem pressões políticas de outros grupos mais poderosos. Depois, temos a utilização do Judiciário pelos partidos opositores do governo que buscam derrotar as iniciativas governamentais que não conseguiram no processo majoritário e, por fim, temos a desvalorização dos Poderes Executivo e Legislativo que, muitas vezes, são avaliados negativamente pela população que os percebe como corruptos ou centrados nos próprios interesses.

Há, em resumo, uma explicação dúplice para a expansão do poder judicial. De um lado, temos a estrutura constitucional que confere ao Judiciário papel importante na condução da vida econômica e política do país. De outro, temos uma desconfiança em relação aos canais políticos.

Se, no que toca às liberdades civis e aos Direitos Fundamentais de Primeira Geração, de uma maneira geral, a maior intromissão do Judiciário é, muitas vezes, percebida não só como adequada, mas também como necessária, nos casos que envolvem o respeito a Direitos Econômicos e Sociais e, portanto, o desenho e a implantação de políticas públicas, os argumentos contrários à intromissão do Judiciário ganham força. Na sequência, passo a análise de tais argumentos.

1.1 OS PROBLEMAS DA EXPANSÃO DO PODER JUDICIAL

O principal argumento contrário à expansão do Judiciário é, utilizando-se a nomenclatura proposta por Jeremy Waldron, o argumento da Democracia. Sustentam alguns autores, entre eles o próprio Waldron, que determinadas questões devem ser decididas pelo voto, seja diretamente, seja pelo processo representativo.. Quando um juiz ou grupo de juízes decide tais questões, falta legitimidade a esta decisão, na medida em que está havendo a usurpação da função de outro poder. Além disto, para Waldron, não há razões para supor que o Judiciário estaria mais apto ou melhor preparado para decidir questões controversas do que outros cidadãos.

6 ARGUELHES, Diego Werneck. O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 05-12, jan./abr. 2009.

Ele desenvolve seu argumento atacando o *judicial review* da seguinte forma⁷:

Neste trabalho, eu irei sustentar que o *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ao contrário do que é frequentemente alegado, ele não fornece um meio para a sociedade focar claramente as questões que estão em jogo quando cidadãos não concordam sobre Direitos; pelo contrário, ele distrai os cidadãos com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretações. Além disso, ela é politicamente ilegítimo, quando se consideram os valores democráticos: ao privilegiar uma maioria votante dentro de um pequeno grupo de juízes não eleitos e não responsáveis, ela desprotege os cidadãos comuns e varre os princípios da representação e igualdade política na resolução final de questões envolvendo direitos.

Em questões envolvendo a concretização de direitos sociais, que como Ingo Sarlet afirma exigem uma “prestação de natureza fática”⁸, este argumento ganha outros elementos. Quando o Judiciário determina que o Executivo forneça remédios ou disponibilize vagas em escolas públicas, por exemplo, o cumprimento da decisão exige que a Administração realoque recursos e com isto, muitas vezes, o atingimento de outras metas e objetivos ficam comprometidos. Esta é uma crítica recorrente à atuação do Judiciário nas questões envolvendo direitos sociais.

Octávio Mota Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira afirmam ainda que o Judiciário tema a falta de compromisso da Administração com a implantação dos direitos sociais, alegando seu caráter programático, não é possível “descartar-se o problema da escassez de recursos comosecundário ou ilusório”⁹ Danielle da Costa Leite Borges e Maria Alicia Dominguez Uga resumem o problema :

Todavia, a solução individualizada de uma situação, que deveria ser tratada de forma coletiva - alocação de recursos e fornecimento de medicamentos - e pelos órgãos competentes, acaba por realizar

7 WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review*. The Yale Law Journal, 2006, p. 1353.

8 Como notam Ingo Sarlet e Daniel Wei Liang Wang, não há direitos sem custos. Wang afirma, por exemplo, que de acordo com dados do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social a despesa dos Municípios brasileiros com a manutenção do Poder Legislativo foi de 2 bilhões de Reais, o que equivale a um quarto do montante global de seu gasto com saúde e saneamento básico (WANG, 2008: p. 539-568).

9 FERRAZ, Luiz Octavio Motta; SULPINO, Fabíola Vieira. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. In DADOS – *Revista de Ciências Sociais*, v. 52, n. 01, Março/2009, p. 223-251, Universidade Candido Mendes

justiça para o caso concreto (microjustiça), desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça)¹⁰.

Este tipo de crítica depende, no entanto, de validação empírica. Se, na prática, não se comprovar que a atuação jurídica compromete o desenvolvimento e aplicação de políticas públicas, ela perderá o sentido.

A meu ver, ainda faltam evidências para sustentar este tipo de crítica no Brasil. A maior parte da produção acadêmica se concentra na análise da atuação judicial na área da saúde. É preciso verificar, porém, se o padrão encontrado na saúde se repete em outras áreas. Uma pesquisa simples de jurisprudência nos sites dos principais tribunais do país parece demonstrar que os outros direitos sociais, e aqui estou me referindo à educação e moradia, sequer são muito judicializados.

Obviamente, compreender porque isto ocorre, se é que de fato tal afirmação se confirmará após a realização de estudos mais profundos e sistemáticos, também demandará outras pesquisas. Nas páginas seguintes pretendo contribuir para este debate, analisando acórdãos, ainda que em número bastante reduzido, proferidos pelo Judiciário brasileiro em demandas fundamentadas no Direito à Moradia e que apontam que nesta área o Judiciário guarda uma posição bastante deferente ao Executivo.

2 O DIREITO À MORADIA

O objetivo deste capítulo é o de discutir alguns temas que considero centrais para a compreensão das questões envolvendo o direito à moradia e as políticas públicas habitacionais. Acredito, também, que o estudo destes temas pode contribuir para a construção de uma explicação da postura judicial frente às demandas envolvendo o direito à moradia.

O primeiro ponto a destacar é o de que, apesar da gravidade do problema habitacional no Brasil, o direito à moradia não foi expressamente incluído no rol dos direitos sociais garantidos na Constituição em sua redação original. Tal fato mostra-se ainda mais surpreendente se considerarmos que os movimentos pró-moradia são os pioneiros na luta pela implementação de direitos sociais no Brasil.

10 BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. *As ações individuais para fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial*. p. 02

Ainda que a proteção à moradia pudesse ser extraída de uma interpretação sistemática de diversos dispositivos espalhados pelo texto constitucional (por exemplo, art. 7º, inc. IV, art. 23, inc. IX e art. 182) e também de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário¹¹, é certo que a falta de constitucionalização expressa impactou negativamente a concretização deste direito. Para tanto, basta ver que após 2000, quando houve a inserção de tal direito no rol do art. 6º da Constituição Federal, houve um significativo aumento no número de demandas envolvendo o direito à moradia¹².

Assim, em um certo sentido, podemos dizer que a judicialização do direito à moradia encontra-se em um estágio anterior, quando comparada à judicialização do direito à saúde e do direito à educação.

É importante notar, também, que ainda que o Direito à Moradia tenha sido após 2000 expressamente previsto na Constituição Federal, não houve o avanço na positivação de princípios ou nortes para a implementação da política habitacional. Não há, por exemplo, a fixação de metas e a vinculação de verbas orçamentárias. Em resumo, apesar da positivação, o conteúdo do Direito à Moradia ainda permanece extremamente vago.

Um terceiro ponto a destacar é a falta de uma definição clara de uma política habitacional, seja no nível federal, seja nos níveis estadual e municipal. Como destaca Nelson Saule Junior no Relatório da Missão Conjunta da Relatoria Nacional e da ONU, a questão habitacional só começou a receber atenção dos governos brasileiros na década de 60 e mesmo assim como medida incentivada pelos Estados Unidos para conter o avanço do comunismo na América Latina. Além disto, as políticas até hoje adotadas, inclusive o recente Programa Minha Casa, Minha Vida¹³, estão baseadas no financiamento para a

11 O Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Convenção Americana de Direitos Humanos, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e da Declaração sobre os Assentamentos Humanos de Vancouver, que tratam expressamente do Direito à Moradia.

12 Para ilustrar, de acordo com levantamento realizado no site do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 1998, tivemos tivemos a decisão de 06 recursos nos quais a expressão “direito à moradia” aparecia; em 1999 este número foi de 9 recursos. Em 2000, após a promulgação da Emenda n.º 26, forma 17 recursos. Este número subiu para 26 e assim numa sucessão crescente até chegar a um pico de 494 de recursos em 2006. A partir de 2006, o número de recursos permanece estável. (Acesso em 06/10/2011).

13 Como ressaltam Mariana Fux e Pedro Fiori Arantes no artigo “Como o governo Lula pretende resolver o problema da habitação” (ARANTES, FUX: 2008), o programa Minha Casa, Minha Vida foi criado com o intuito de incentivar a produção de novas unidades habitacionais para conter o avanço da crise econômica de 2008 e não, necessariamente, como medida para reduzir o déficit habitacional.

aquisição da “casa própria” e pouco auxiliam a população que de fato sofre com a falta de moradia¹⁴.

O quarto e último ponto está diretamente relacionado aos anteriores e se caracteriza pela falta de atenção que o Direito à Moradia recebe também na doutrina brasileira. De acordo com levantamento realizado por Thiago Acca o número de obras dedicadas ao estudo do Direito à Moradia no período em que realizada a pesquisa, ou seja, entre 1964 e 2006, foi o menor quando comparado ao número de obras dedicadas ao estudo do Direito à Saúde e o Direito à Educação, que ocupam o primeiro e o segundo lugar na lista, respectivamente. O mesmo autor conclui, ainda, que só uma pequena parte dos autores avança além de definições abstratas sobre o que este direito significa¹⁵.

A soma destes fatores explica, a meu ver, ao menos parcialmente, a dificuldade do Judiciário em lidar com as demandas envolvendo o Direito à Moradia. Não há na legislação constitucional ou infraconstitucional diretrizes muito claras de qual seria o conteúdo do Direito à Moradia. Algo parecido se observa na doutrina. Desta forma, o trabalho do Judiciário ao decidir demandas fundadas no Direito à Moradia é diferente e mais complexo do que quando ele decide demandas fundadas em direitos sociais como a saúde e a educação.

3 A SELEÇÃO DOS TRIBUNAIS E DAS DECISÕES ANALISADOS

Dentro da proposta deste trabalho, não há espaço para a análise minuciosa de um grande número de decisões. Por esta razão, alguma forma de seleção se faz necessária. O critério mais óbvio seria o da relevância. Ocorre que entendo que este critério está sujeito a um alto grau de subjetividade. A tendência natural do pesquisador é dar maior atenção às decisões que parecem confirmar sua hipótese de pesquisa. Para escapar deste perigo, decidi utilizar critérios mais objetivos, ainda que correndo o risco de construir uma amostra muito limitada. Tais critérios serão explicitados na sequência.

14 Segundo dados expostos por Saule, somente 11% dos recursos disponíveis no Sistema Financeiro da Habitação foram utilizados para o financiamento de moradia para a população que percebe de 0 a 03 salários mínimos e que é a que mais sofre com o déficit habitacional.

15 ACCA, Thiago dos Santos. *Uma análise da doutrina brasileira dos Direitos Sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 a 2006* Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de São Paulo em 2009, p. 57.

3.1 A SELEÇÃO DOS TRIBUNAIS

A pesquisa foi realizada nos seguintes tribunais: Supremo Tribunal Federal (STF) e Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ/SP). Em uma pesquisa fundada em direito social garantido pela Constituição é indispensável a análise da jurisprudência da Corte Constitucional. O TJ/SP foi escolhido, por sua vez, porque São Paulo é a cidade onde se concentra a maior demanda por habitação.

3.2 A SELEÇÃO DAS DECISÕES NO STF

Há um número muito pequeno de ações baseadas no Direito à Moradia julgadas no STF. Utilizando a expressão “direito à moradia” como parâmetro de busca, foram obtidos, apenas, sete decisões. Destas sete, três tratam da desocupação de imóveis funcionais após a demissão do servidor, tema estranho ao objeto deste estudo. As outras quatro tratam da penhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação. Nestas últimas, a questão da política habitacional é expressamente enfrentada.

Além destas decisões que são colegiadas, há uma decisão monocrática proferida pela então Presidente do Tribunal, Ministra Ellen Gracie, em uma Suspensão de Liminar oriunda do Estado de São Paulo em que a questão também é enfrentada. A decisão nesta Suspensão de Liminar tem orientado a atuação do tribunal paulista em casos envolvendo o Direito à Moradia e por esta razão ela também será estudada. Assim, no todo, serão estudadas quatro decisões do STF, muito embora três tenham conteúdo praticamente idêntico.

3.3 A SELEÇÃO DAS DECISÕES NO TJ/SP

A seleção das decisões a serem estudadas no TJ/SP foi mais difícil. Devido ao grande número de decisões, foi necessário estabelecer outros critérios para a escolha dos acórdãos a serem efetivamente analisados. Considerei, primeiro, o estabelecimento de marcos temporais. Entendi, no entanto, que este critério poderia deixar de fora decisões importantes. Decidi, então, utilizar os resultados obtidos durante a pesquisa que resultou em minha dissertação de mestrado para selecionar as decisões a serem estudadas. De acordo com estes resultados, as demandas em que a tensão entre Executivo e Judiciário aparece mais clara são as ações civis públicas movidas pela Defensoria Pública de São Paulo, por intermédio do Núcleo de Habitação e Urbanismo, objetivando a

concessão de moradia a famílias que moram em área de risco ou que estavam em risco iminente de serem desalojadas pelas mais diversas razões. Além disto, é interessante notar que a Suspensão de Liminar n.º 148 foi proferida, justamente, em uma ação civil pública com estas características.

4 O DIREITO À MORADIA NO TRIBUNAIS

Como já mencionado, o STF tratou do Direito à Moradia em Recurso Extraordinário em que se questionava a constitucionalidade da exceção da impenhorabilidade ao bem de família do fiador em contratos de locação.

O Ministro Cezar Peluso, relator do recurso, defendeu a tese que saiu vencedora, segundo a qual os direitos sociais criam o dever de prestação do Estado, que, no entanto, continua a ter discricionariedade na forma de como fazê-lo.

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com *direito à propriedade imobiliária* ou *direito de ser proprietário de imóvel* – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão do reforço das garantias contratuais dos locadores¹⁶.

Percebe-se, assim, que no entender do Ministro, a constitucionalização do direito traz a obrigação de criar uma política pública, mas determinar qual será tal política é tarefa única do Executivo. A posição do STF fica mais clara na Suspensão de Liminar n.º 148 em que se pedia a revogação da ordem do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia determinado à Prefeitura Municipal de São Paulo que fornecesse moradia, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00, aos ocupantes de um cortiço destruído em um incêndio. Lê-se na mencionada decisão:

Nesse sentido, transcrevo excerto do parecer do PGR, da lavra do Procurador Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza: *assim, apesar da extrema relevância dos argumentos expostos na inicial desta ação civil pública, nota-se que a decisão impugnada, [...] desconsiderando as atitudes tomadas pelo Município de São Paulo, no sentido de abrigar as famílias envolvidas no desabamento, incursionou em*

16 RE 407.688-SP

seara exclusiva da administração, interferindo na implementação de políticas públicas habitacionais. Afetou, portanto, a ordem pública. Evidencia-se, de outro lado, a potencialidade de lesão à economia pública, uma vez que a imposição ao Estado de locação de inúmeros imóveis, sem a devida previsão orçamentária comprometeria a programação estatal, gerando grave impacto nas finanças públicas.” Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de inúmeras pessoas em situação potencialmente idêntica àquela descrita nos autos.

Por fim, acredito que o fato de não haver um número significativo de processos no STF tratando do Direito à Moradia já é, por si só, um indicativo importante de que questões envolvendo o direito à moradia ainda se encontram em um patamar inferior aos das demandas envolvendo o direito à saúde e, até mesmo, o direito à educação.

Como relatei anteriormente, no TJ/SP foram analisadas, somente, as decisões proferidas em ações civis públicas movidas pelo Núcleo de Habitação e Urbanismo da Defensoria Pública de São Paulo. Tais ações são propostas, via de regra, para beneficiar um grupo de famílias que está prestes de ser desalojado. Dois são os tipos de pedidos mais comuns¹⁷: a suspensão da retirada das famílias sem que antes seja providenciado novo lugar de moradia e a inscrição preferencial destas famílias em programas habitacionais.

A transcrição de um trecho da decisão proferida na Apelação Cível n.º 990.10.252542-2 (Processo n.º 053.07.107354-2) na qual se pedia a inscrição de famílias a serem retiradas em um prédio na Rua Barra do Caeté, na Capital de São Paulo, demonstra bem a forma de pensar a questão adotada pelo TJ/SP.

Primeiro, o relator transcreve trecho que ele mesmo declara usualmente citar em questões semelhantes. Pela relevância que o próprio Desembargador dá à citação, transcrevo-a na sequência:

Assim, apesar da extrema relevância dos argumentos expostos na inicial da ação civil, nota-se que a decisão impugnada [...] desconsiderando as atitudes tomadas pelo Município de São Paulo, no sentido de abrigar as famílias envolvidas no , desabamento, incursionou em seara exclusiva da administração, interferindo na

¹⁷ Há, na realidade, um conjunto de pedidos que incluindo transporte para alojamentos, lugar para depósito dos bens até que as famílias providenciem outras casas, atendimento de assistentes sociais, etc.

implementação de políticas públicas habitacionais. Afetou, portanto, a ordem pública. 14. Evidencia-se, de outro lado, a potencialidade de lesão à economia pública, uma vez que a imposição ao Estado de locação de inúmeros imóveis, sem a devida previsão orçamentária comprometeria a programação estatal, gerando grave impacto nas finanças públicas [...]. Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836/AG/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de inúmeras pessoas em situação potencialmente idêntica àquela descrita nos autos.

É interessante notar, ainda, que no mesmo acórdão, o Desembargador relator considerou estar havendo intromissão indevida não só na esfera de discricionariedade do Executivo, mas também dos próprios cidadãos afetados, que seriam obrigados a ir para o local determinado pela Administração.

É preocupante a expansão do chamado *nanny state*, em que o poder público avança cada vez mais na esfera de disponibilidade do cidadão de modo a lhe indicar (e impor) o caminho que considera correto. O desrespeito à vontade, à liberdade que a pessoa capaz tem de decidir sobre seus próprios rumos, o presumir irresponsável ou incosequente o cidadão, representa o solário do totalitarismo

Além disto, as decisões consideram que a inscrição preferencial em programas habitacionais violaria o Princípio da Igualdade, uma vez que seria dado primazia aos interesses de um grupo, em detrimento de outros inscritos nos mesmos programas.

Geralmente, as decisões entendem que havendo uma política desenvolvida pelo ente público, seja a concessão de bolsa-aluguel, seja o chamado cheque-despejo, benefícios temporários concedidos aos desalojados, ou mesmo o simples alojamento por um período determinado, há observância do Direito à Moradia.

Em suma, a análise destas decisões demonstra que para o Judiciário paulista o direito à moradia tal como posto na Constituição não cria o direito a uma prestação substantiva. Há, é certo, o direito a uma política pública, mas para o Judiciário, cabe integralmente ao Executivo planejar e executar tal política. Neste sentido, o que se percebe é que nestes casos o conflito entre Executivo e Judiciário não ocorre.

5 CONCLUSÃO

Uma primeira conclusão a que podemos chegar com esta pesquisa é a de que o Direito à Moradia ainda é muito pouco judicializado. Considerando que já temos dez anos da promulgação da Emenda Constitucional n.º 26, seria de se imaginar que há houvesse um maior número de demandas fundadas neste direito. Explicar porque isto ocorre exigirá outras pesquisas e foge dos objetivos deste artigo.

É importante notar, também, que só um número muito reduzido de demandas envolvendo o Direito à Moradia que chegam aos tribunais buscam prestações positivas da Administração, como, por exemplo, a concessão de casas ou mesmo a realização de obras de infraestrutura urbana. A imensa maioria das demandas utiliza o Direito à Moradia apenas como defesa, em regra em processos de execução, seja no caso de impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, seja em execuções em geral.

Dito isto, parece-me claro que, ao menos no caso da moradia, não há uma excessiva intromissão do Judiciário na esfera de discricionariedade do Executivo, seja na implementação, seja na definição das políticas habitacionais. Na verdade, a observação das decisões aponta no sentido oposto, ou seja, aponta para um Judiciário bastante preocupado com os possíveis efeitos no orçamento público de decisões que concedam moradia, mesmo que para um grupo pequeno de moradores afetados por alguma tragédia ou situação peculiar, em virtude da existência de milhões de pessoas em situação idêntica ou similar.

Desta forma, acredito que a formulação das críticas ao ativismo do Judiciário brasileiro precisa ser repensada. É certo que em alguns casos, como no da saúde, observamos tribunais e juízes bastante ativistas. A preocupação com o comprometimento das políticas públicas neste caso não é, portanto, exagerada. Isto não quer dizer, porém, que estejamos diante de um Judiciário completamente alheio às dificuldades do Executivo. A minha impressão é a de que um maior controle judicial no caso da moradia poderia ser até benéfico.

Minha conclusão final é a de que ainda precisamos conhecer melhor a atuação judicial, preocupação que já domina o meio acadêmico como podemos ver pelo aumento considerável no número de pesquisas empíricas e que sem este conhecimento não é possível compreender como se dá a interação Executivo e Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACCA, Thiago dos Santos. *Uma análise da doutrina brasileira dos Direitos Sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 a 2006*. Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade de São Paulo em 2009.

ALFONSIN, Jacques Távora. *A função social da cidade e da propriedade privada urbana como propriedade de funções*. Em ALFONSIN, Betania e FERNANDES, EDESIO. *Direito à moradia e segurança da posse no Estatuto da Cidade*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo na política: a construção da supremacia judicial no Brasil*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo n.º 250, Janeiro/Abril 2009.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGA, Maria Alicia Dominguez. *As ações individuais para fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1814/1279>>.

CAPPELLETTI, Mauro. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Oxford University Press, 1989.

CAVALCANTI, Clóvis. *Escolhas autocráticas e vida de horrores: o caso da política habitacional*. In FALCAO, Joaquim (org.) *Invasões urbanas – conflitos de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

DE SOTO, Hernando. *The other path*. New York: Basic Books: 1989.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FALCÃO, Joaquim. *Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife*. In FALCAO, Joaquim (org.) *Invasões urbanas – conflitos de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

FAUSTO, Boris. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2008.

FERRAZ, Luiz Octavio Motta; SULPINO, Fabíola Vieira. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. In *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, vol. 52, n. 01, mar. 2009, p. 223-251, Universidade Candido Mendes.

FISS, Owen. *Um novo processo civil. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Fundação João Pinheiro. *Centro de estatísticas e informações. Déficit habitacional no Brasil 2007*. Belo Horizonte, 2009.

GARGARELLA, Roberto *et alii*. *Courts and social transformation in new democracies*.

GLOPPEN, Siri. *Courts and social transformation: an analytical framework*. IN *Courts and social transformation in new democracies*.

GONDINHO, Alexandre. *Função social da propriedade*. In TEPEDINO, Gustavo (org.) *Temas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy. The origins and consequences of the New Constitutionalism*.

HOLMES, Stephen. *Precommitment and the paradox of democracy*. In *Passions and constraints*. {s.l.:s.n.}

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

PESSOA, Alvaro. *O uso do solo em conflito: a visão institucional*. In FALCAO, Joaquim (org.) *Invasões urbanas – conflitos de direito de propriedade*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos in SUR – *Revista Internacional de direitos humanos*. Ano 01, N. 01, 1º semestr – 2004.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

SABEL, Charles F. SIMON, Wiliaam H. Destabilization rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, 1015. February, 2004.

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

SAULE, Nelson; OSÓRIO, Leticia Marques. *Direito à moradia no Brasil*. Projeto Relatores Nacionais em DhESC – Plataforma Brasileira dos DhESC

ROLNIK, Raquel. *A cidade e a lei*. São Paulo: Studio Nobel/FAPESP, 1997.

SHAPIRO, Martin. *Courts. A comparative and political analyses*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford Press.

TATE, Neal. *Why the expansion of judicial Power*. Em TATE, Neal e VALINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial Power*. {s.l.:s.n.}

TAYLOR, Matthew M. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. DADOS – Revista de ciências sociais. Rio de Janeiro, v. 50, n.º 02, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. SCHREIBER, Anderson. A garantia da propriedade no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n. 06, junho de 2005.

VALLINDER, Torbjorn. *When the courts go marching in* em TATE, Neal e VALINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial Power*. {s.l.:s.n.}

WALDRON, Jeremy. *The core case against judicial review*. The Yale Law Journal 115: 1346, 2006.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988 vinte anos depois: a Suprema Corte e o ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV* n. 08, ju./dez. 2008, p. 407-440.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça. Um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV n. 8, Julho/Dezembro, 2008.

