

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA ADEQUADA: UM DIREITO RESISTENTE À PANDEMIA

Pablo Riquelme Vázquez¹

Maria Hylma Alcaraz Salgado²

RESUMO

O Parecer emitido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, em decorrência da queixa apresentada por *Mohamed Ben Djazia* e *Naouel Bellini* contra Espanha, constitui o segundo pronunciamento deste órgão sobre o direito à moradia adequada enunciado no artigo 11.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. À luz deste Parecer, se analisam, no presente trabalho, alguns problemas jurídicos emergentes, especialmente os relativos à exigibilidade do direito à moradia adequada, à possibilidade de identificar um núcleo inviolável do direito e a íntima vinculação entre direitos sociais e dignidade humana. A aplicação das disposições normativas do Pacto pelo Comitê e os critérios interpretativos fixados constituem uma referência internacional para a construção dogmática do direito à moradia adequada mesmo em tempos de pandemia. Neste sentido, ressalta a atemporalidade da obrigação que incumbe ao Estado de proteger este direito.

PALAVRAS CHAVE: Direito à moradia adequada. Situações excepcionais. Exigibilidade dos direitos sociais. Núcleo inviolável de um direito. Atemporalidade.

ABSTRACT: *The views adopted by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights with regard to communication No. 5/2015, submitted by Mohamed Ben Djazia and Naouel Bellini, is its second decision on the substance under the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. In the light of these views, this paper focuses on some emerging legal problems such as the enforceability of the right to adequate housing, the possibility of identifying an inviolable core of the right, and the close connection between social rights and public expense. The regulatory provisions of the Pact and the interpretative criteria developed by the Committee constitute an international reference for the dogmatic description of the right to adequate housing same in times of pandemic. In this regard one should highlight the timelessness of the State's obligation to protect this right.*

KEY WORDS: *Right to adequate housing. Exceptional situations. Enforceability. Inviolable core. Timelessness.*

SUMARIO: 1. Introdução. 2. O caso Mohamed Ben Djazia e Naouel Bellini contra Espanha: a construção doutrinária de um direito. 2.1. A legitimação ativa dos titulares do direito. 2.2. As obrigações do destinatário do direito à moradia adequada. 3. Problemas jurídicos derivados da tese sobre a indivisibilidade e interdependência dos direitos. 3.1. Objeções gerais ao Parecer do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 3.2. A problemática desde o ponto de vista do Direito interno. 4. A solução do legislador brasileiro para a contenção dos despejos e remoções forçadas coletivas em tempos

¹ Pós doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela Universidade de Vigo. Professor de Direito constitucional na Universidade de Vigo.

² Doutora em Direito pela Universidade de Vigo. Mestre em Direito das obrigações pela Unesp. Professora de Direito constitucional na Universidade de Vigo.

de pandemia e sua adequação às diretrizes do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

No presente trabalho o objetivo pretendido é realizar um estudo do Parecer emitido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas sobre a comunicação apresentada por Mohamed Ben Djazia e Nouel Bellini, fundada na alegação de vulneração ao direito a uma moradia adequada cometida pelo Estado espanhol, para verificar quais devem ser as atuações dos poderes públicos como destinatários da proteção deste direito e, em vista das diretrizes internacionais, corroborar o acerto do tratamento normativo dado pelo legislador brasileiro aos deslocamentos e remoções forçadas coletivas. Para o desenvolvimento do presente estudo utilizamos o método de estudo de casos, realizando uma análise situacional do caso Mohamed Ben Djazia e Nouel Bellini, por intermédio de uma inquirição empírica que investiga um fenômeno contemporâneo dentro de um contexto da vida real. Por estar centrada em um estudo de caso, a investigação se desenvolve utilizando a técnica de pesquisa qualitativa, heurística e indutiva e se apoia em materiais bibliográficos como instrumentos dialógicos e argumentativos. Como resultado do estudo se espera comprovar a atemporalidade da proteção internacional do direito à moradia adequada e as obrigações encomendadas aos poderes públicos para a adoção de medidas efetivas que garantam a satisfação do direito em exame.

2. O CASO MOHAMED BEN DJAZIA E NAOUEL BELLINI CONTRA ESPANHA: A CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA DE UM DIREITO

Durante anos, os querelantes tinham vivido com seus dois filhos em um quarto de um apartamento situado no centro de Madrid. Os persistentes problemas econômicos da família e o importante risco de exclusão social que gravitava sobre eles levaram a *Mohamed Ben Djazia* a solicitar, em reiteradas ocasiões, uma moradia social ao *Instituto de la Vivienda* de Madrid (IVIMA), mas todas as petições foram indeferidas. Apesar das dificuldades econômicas, os

querelantes conseguiram pagar o aluguel até junho de 2012, momento em que a família deixou de receber o seguro desemprego. Algumas semanas mais tarde, a proprietária do imóvel enviou-lhes notificação consignando sua intenção de não renovar o contrato, cujo vencimento era 31 de agosto deste mesmo ano. Na data do vencimento do contrato os querelantes se negaram a abandonar o imóvel, porque careciam de qualquer tipo de ingresso e de um alojamento alternativo. Em novembro deste mesmo ano, a arrendadora entrou com ação de despejo. Durante os meses que se dilatou o processo judicial, *Mohamed Ben Djazia* solicitou novamente uma moradia social e uma renda mínima de inserção, obtendo êxito somente com a segunda de suas pretensões. Declarado o término do contrato de arrendamento, a decisão judicial ordenou o despejo dos querelantes. Depois de ser prorrogado o cumprimento da ordem de despejo em uma ocasião e suspenso (devido à oposição dos vizinhos e membros de organizações sociais) em outra, os querelantes foram, finalmente, despejados dia 3 de outubro de 2013 com o auxílio da polícia municipal. Neste mesmo dia, o Serviço Municipal de Emergência albergou aos querelantes na Unidade de Estâncias Breves do SAMUR Social-Madrid, onde permaneceram até que, em 13 de outubro do mesmo ano, as autoridades os convidaram a abandonar o recinto. Como consequência disto, os querelantes e seus filhos se viram obrigados a dormir no automóvel familiar durante vários dias, até que um conhecido teve notícias da situação e lhes ofereceu alojamento. Com sua atuação, os poderes públicos espanhóis tinham vulnerado, segundo o CDESC, o direito dos querelantes a uma moradia adequada, conforme enunciado no artigo 11.1 PIDESC.

2.1 A legitimação ativa dos titulares do direito

O CDESC considerou que a queixa dos querelantes estava suficientemente fundamentada, desde o ponto de vista de sua admissibilidade, porque “os fatos aduzidos na queixa permitem avaliar se revelam ou não uma violação do Pacto”³. Dado que em nenhum dos seis números do considerando nº 11 do Parecer se mencionam requisitos ou pressupostos de admissibilidade que devem ser satisfeitos para a apresentação das queixas, se deduz que o interesse dos querelantes seria o elemento principal para fundamentar a petição. Semelhante

³ “The Committee considers (...) that the facts put forward in the communication enable it to assess whether or not there was a violation of the Covenant and that the authors have sufficiently substantiated their claims for purposes of admissibility” (11.3). Salvo indicação em contrário, figurará no corpo do texto o oportuno fragmento da “versão avançada sem editar” da tradução ao espanhol e em nota de pé de página o correspondente extrato da versão oficial em língua inglesa. Entre parêntesis se indicará o número do considerando citado.

enfoque concordaria perfeitamente com a tese segundo a qual o direito à moradia adequada “deve ser garantido a *todos*, qualquer que sejam seus ingressos ou seu acesso a recursos econômicos”⁴ e, conseqüentemente, também a “quem vive em moradias alugadas”⁵. Qualquer pessoa, pois, com independência de sua situação financeira ou sua condição de arrendatária de uma moradia, teria a capacidade de provocar o funcionamento do sistema jurídico em seu próprio favor (Kelsen, 1945, p.84 e ss). Em sua fundamentação, portanto, o CDESC estaria partindo do reconhecimento praticamente incondicional de um direito subjetivo à moradia⁶.

A situação que se acaba de descrever teria resultado de uma paulatina, mas notável, variação de critério por parte do órgão internacional aludido. Originalmente se produziu uma discrepância entre o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷ (PIDCP) e o PIDESC, no que concernia às suas modalidades de interposição: a interposição de uma queixa individual somente tinha sido prevista no protocolo facultativo anexo ao PIDCP, protocolo aprovado no mesmo dia que o Pacto. De acordo com a crença generalizada na ocasião, o recurso individual não servia para a aplicação dos direitos contemplados no segundo Pacto, porque estes direitos pressupunham uma prestação positiva por parte do Estado inalcançável por meio de referido recurso; unicamente as ingerências sobre os direitos de liberdade podiam ser objeto de proteção, sem grandes dificuldades, por intermédio de uma legitimação semelhante. Esta resistência para legitimar ativamente qualquer pessoa para interpor um recurso no CDESC estavam fundadas, pois, no temor dos efeitos eventualmente atrativos de uma via jurídica tão modesta como os pareceres. Com os anos, entretanto, o CDESC foi desenvolvendo uma interpretação mais coerente e suprimindo a diferença entre os direitos do PIDCP e o PIDESC (Tomuschat, 2018, pp. 122-124). Se bem que os defensores da revitalização dos direitos sociais tiveram que esperar 42 anos para ver recompensados seus esforços, o Protocolo Facultativo do PIDESC abriu, finalmente, em seu artigo 2 uma via (denominada “comunicação”) para que os particulares pudessem fazer valer (individual ou coletivamente) seus direitos, denunciando a violação dos mesmos por parte de um Estado membro. Assim, enquanto que em 1966 se podia albergar alguma dúvida sobre o caráter normativo dos direitos contemplados no PIDESC, isto se

⁴ “The right adequate housing should be ensured to all persons irrespective of income or access to economic resources” (13.1)

⁵ “The protection against forced eviction also applies to persons living in rental accommodation” (13.3).

⁶ “The *human* right to adequate housing is a fundamental right *central* to the enjoyment of all economic, social and cultural rights and is *inextricably* linked to other human rights, including those set forth in the International Covenant on Civil and Political Rights (13.1).

⁷ Adotado e aberto à firma, ratificação e adesão pela Assembleia Geral em sua Resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966.

transformou com o novo Protocolo Facultativo em autênticos direitos subjetivos idôneos para fundamentar uma queixa individual.

Sendo um avanço simbólico na atualização dos direitos sociais, o êxito do Protocolo Facultativo aprovado há dez anos ainda se manteria dentro de limites relativamente estreitos: até a data atual, só 24 países – a República Bolivariana da Venezuela em último lugar – o firmaram e ratificaram⁸. Tal como demonstrará o devenir de outros tratados multilaterais, a chave de sua eficácia jurídica estará na práxis do órgão competente para resolver as disputas, uma práxis que deveria resultar muito cautelosa para não suscitar a desconfiança de que o tratado estaria nas mãos dos Estados membros. Sobre esta questão, resulta interessante comprovar como, desde a entrada em vigor do Protocolo Facultativo do PIDESC (5 de maio de 2013), só foram pronunciadas 13 resoluções⁹ (onze delas baseadas em queixas dirigidas contra Espanha e duas contra o Equador) e somente em três dos processos foi analisado o mérito. Se a isso somamos que os pareceres do CDESC concluem com meras “recomendações” aos Estados membros, a impressão de solene recato do Comitê será difícil de dissipar.

Talvez seja o máximo respeito à soberania dos Estados uma parte do motivo por que o CDESC não se ocupou, de maneira excessivamente prolixa, até o momento, dos problemas relacionados com a admissão das comunicações. Como consequência desta falta de atenção, o órgão internacional se veria obrigado a adotar, como ponto de partida de sua argumentação, o reconhecimento praticamente incondicional de um direito subjetivo ao desfrute de uma moradia digna. O que se acaba de dizer se refletiria, por sua vez, na opção do CDESC por uma interpretação tão literal do artigo 4 do Protocolo Facultativo do PIDESC que sua potestade para inadmitir comunicações (que não revelem uma situação de clara desvantagem para o querelante) teria passado a articular-se como uma faculdade autenticamente discricionária. Deste modo – e em sentido contrário ao alegado por Espanha -, o preceito aludido não estabeleceria propriamente um requisito de admissibilidade a ser satisfeito pelas comunicações eventualmente apresentadas, mas que a admissão das comunicações ficaria somente condicionada à discricionariedade do CDESC no momento de orientar seus recursos ao melhor cumprimento de suas funções. Sua faculdade de apreciar se a suposta vítima esteve em

⁸⁸ Alemanha e Dinamarca aparecem como as mais chamativas exceções neste sentido.

⁹ A maioria das comunicações foram interpostas muito tarde e devem ter sido rejeitadas *rationae temporis* (Tomuschat, 2018, p. 124).

uma situação de clara desvantagem não perseguiria, portanto, outra coisa que permitir ao órgão internacional uma mais flexível gestão de seus recursos:

No exercício desta faculdade discricional, o CDESC terá em conta, entre outros fatores, o estado da jurisprudência do Comitê sobre os distintos direitos do Pacto e se a suposta vítima esteve em uma clara situação de desvantagem, considerando as circunstâncias do caso; em particular, a natureza dos direitos supostamente vulnerados, a gravidade das violações alegadas e/ou as eventuais consequências da violação sobre a situação pessoal da suposta vítima¹⁰.

Esta discricionariedade somente se veria limitada diante de uma comunicação que, apesar de não evidenciar uma situação de clara desvantagem para um eventual querelante, pusesse em dúvida uma “questão de grave importância general”¹¹.

2.2. As obrigações do destinatário do direito à moradia adequada

Por relevante que o item precedente possa resultar, a importância fundamental do caso (e, portanto, a possibilidade de construir dogmaticamente um direito ao desfrute de uma moradia adequada) residirá em como se articulem as obrigações do destinatário do direito em questão. Desta construção doutrinal derivariam importantes consequências desde uma perspectiva semântica, uma vez que este labor dogmático poderia facilitar uma melhor delimitação de outros direitos, concretamente o fundamental direito da propriedade. A construção do direito a uma moradia digna poderia chegar a alinhar-se com a corretiva “função social” da propriedade privada, atribuindo-lhe maior relevo jurídico e aumentando a segurança jurídica. A efeitos do caso que está sendo analisado, a problemática que se acaba de esboçar teria sido introduzida ao tratar de determinar se o despejo dos querelantes, sem que as autoridades lhes concedessem uma moradia alternativa, constituiu ou não uma violação do direito a uma moradia adequada conforme enunciado no artigo 11.1 do PIDESC.

¹⁰ “In exercising its discretionary power, the Committee should take into account, among other factors, its jurisprudence on the various rights under the Covenant and whether the alleged victim was at a clear disadvantage on the basis of the circumstances of the case, especially the nature of the rights allegedly violated, the seriousness of the alleged violations and/or the possible effects of the violation on the alleged victim’s personal situation” (11.5).

¹¹ “Under article 4 of the Optional Protocol, the Committee may, if necessary, decline to consider a communication if it does not reveal that the author has suffered a clear disadvantage, unless the Committee considers that the communication raises a serious issue of general importance” (11.5).

Para responder a esta questão central, o CDESC se viu obrigado a desenvolver o conteúdo juridicamente relevante do direito à moradia ou, em outras palavras, o concreto *status* jurídico dos seus titulares (Jellinek, 1919). O leitor recordará que – de acordo com a ideia original de Georg Jellinek (1919, p. 10)¹²- todo direito suporia uma relação de sujeitos jurídicos, pois não seria concebível um sujeito de direitos individualmente considerado. Como parte adversa do sujeito titular do direito se erigiria, por conseguinte, um Estado juridicamente obrigado a proteger o direito em questão¹³. Em um primeiro nível da análise do Parecer do CDESC, portanto, recairia sobre o Estado uma obrigação negativa¹⁴ e outras positivas (ou prestacionais)¹⁵. A primeira delas – um evidente reflexo do *status libertatis* jellinekiano – consistiria na proibição de qualquer ingerência injustificada por parte do Estado no uso legítimo da moradia. Esta obrigação negativa suporia como mínimo a posse de uma moradia e, neste sentido, não representaria uma autêntica novidade com relação ao tradicional desenvolvimento do direito de propriedade¹⁶. Em íntima conexão com esta regulação civil da propriedade e/ou posse, a primeira das obrigações positivas (ou prestacionais) derivadas do direito a uma moradia digna exigiria que o Estado garantisse a “segurança de sua ocupação”. O que não seria, ao final de contas, mais que uma paráfrase da compreensão do uso do aludido direito fundamental à propriedade privada, a obrigação de garantir a segurança jurídica da ocupação teria sido descrita pelo Comitê como a proteção contra o “despejo, a hostilidade ou outras ameaças”¹⁷, a saber, a proteção civil normalmente exigível por qualquer pessoa em posse de um bem (neste caso) imóvel.

O que foi dito até o momento não diferiria, ao final, do habitual elenco de obrigações derivadas de um dos principais “direitos civis e políticos”. A situação juridicamente mais problemática a este respeito se produziria quando a privação da possibilidade de desfrutar da moradia não tivesse origem privada (ou seja, na hipótese de ineficácia horizontal do direito),

¹² “Alles Recht ist Beziehung von Rechtssubjekten. Ein isoliert gedachter Rechtsträger ist eine unvollziehbare Vorstellung. Auch der Staat kann nur Rechte haben, wenn ihm Persönlichkeiten gegenüberstehen”.

¹³ Na Espanha, a problemática das obrigações estatais de proteção foi estudada por Simón Yarza (2012), Doménech Pascual (2007), entre outros. De maneira sintética, na literatura alemã pode ver-se Mayer (2005, p. 51 e ss).

¹⁴ “States parties (...) have the obligation to respect Covenant rights, and, it follows, to refrain from infringing them...” (14.2).

¹⁵ O fragmento precedente continua como segue: “...but They also have the obligation to protect them by adopting measures to prevent the direct or indirect interference of individuals in the enjoyment of these rights” (14.2). Com esta advertência conecta-se a argumentação com a problemática da eficácia horizontal dos direitos.

¹⁶ Vide, como exemplo do que se acaba de afirmar, os artigos 348, 349 ou 446 do Código Civil espanhol.

¹⁷ “All persons should possess a degree of security of tenure which guarantees legal protection against forced eviction, harassment and other threats” (13.2).

mas pública (isto é, em caso de ineficácia vertical do mesmo). Deixando de lado a sinistra hipótese de um aparelho político hostil ou ameaçador, os despejos apareceriam como a mais delicada manifestação da *summa potestas* estatal. Estes despejos – vedado em qualquer caso aos particulares – só poderiam ser realizados pelas autoridades públicas em situações muito específicas. Isto quer dizer que a obrigação de garantir a segurança jurídica da ocupação de uma moradia não excluiria a possibilidade de um despejo justificado decretado por um órgão estatal competente. A importância desta necessidade de justificação, desde a perspectiva de um Estado de Direito, não teria sido desconhecida por um CDESC que, no Parecer aqui comentado, teria se esmerado em estabelecer determinados requisitos a satisfazer pela “intromissão” estatal no direito, tanto antes quanto depois da mesma.

Em primeiro lugar, a regulação dos despejos se encontraria submetida al princípio da legalidade. Como complemento desta exigência formal, a legislação reguladora dos despejos deveria também ser “compatível com o Pacto, incluído o princípio de dignidade humana enunciado em seu preâmbulo” e com os “princípios gerais de razoabilidade e proporcionalidade”¹⁸. O respeito a estes dois princípios se materializaria, especificamente, na exigência – derivada do doutrinariamente denominado “subprincípio da necessidade” – de que a medida se aplique unicamente como último recurso ou, melhor dizendo, sempre que não existam alternativas menos gravosas¹⁹. Sobre estas exigências prévias à ordem de despejo deveria somar-se a obrigação adicional de que o processo que propicia o despejo esteja marcado pelo “respeito das garantias processuais que assegurem entre outras coisas uma autêntica oportunidade de consulta genuína e efetiva às pessoas afetadas”²⁰. Adicionalmente, o despejo só estaria justificado se, ademais, os afetados contassem em todo o momento com um recurso judicial efetivo e apropriado e o despejo, em nenhuma hipótese, constituísse uma “violação de outros direitos do Pacto ou de outros direitos humanos”²¹.

¹⁸ “...the relevant authorities must ensure that it is carried out in accordance with legislation that is compatible with the Covenant, including the principle of human dignity contained in the preamble, in accordance with the general principles of reasonableness and proportionality” (13.4).

¹⁹ “...the eviction is provided for by law and is carried out as a last resort (...). In addition, there must be a real opportunity for genuine prior consultation between the authorities and the persons concerned, *there must no less onerous alternative means or measures available* and the persons concerned must not remain in or be exposed to a situation constituting a violation of other Covenant or human rights” (15.1).

²⁰ “In addition, there must be a real opportunity for genuine prior consultation between the authorities and the persons concerned” (15.1).

²¹ “...the persons concerned must not remain in or be exposed to a situation constituting a violation of other Covenant or human rights” (15.1).

O trajeto até aqui realizado não traria, em qualquer caso, grandes novidades dogmáticas; o direito a uma moradia digna e adequada se identificaria quase por completo com a proteção tradicionalmente outorgada pelo Estado aos possuidores de bens imóveis por meio da legislação civil. Provavelmente seja a esboçada pelo CDESC uma proteção especialmente cuidadosa do legítimo desfrute da posse, mas isso não implicaria em uma autêntica transformação do Ordenamento Jurídico de nosso país. A grande novidade desenvolvida pelo CDESC teria especial relevância diante da eventual vulnerabilidade pessoal a que uma lícita decisão judicial de despejo poderia conduzir. Para o órgão internacional, “os despejos, em nenhuma circunstância, deveriam dar lugar a que os afetados fiquem sem uma moradia”²². Isto suporia uma nova obrigação estatal de adotar todas as medidas necessárias para proporcionar às pessoas afetadas por um despejo “outra moradia, reassentamento ou acesso a terras produtivas, de acordo com o caso concreto”²³. Em um exercício argumentativo de considerável elegância jurídica, o CDESC teria tratado de evitar a imposição categórica e incondicionada de uma nova obrigação de garantir a segurança jurídica da ocupação. Os poderes públicos não teriam, assim, a obrigação de oferecer a todos e a cada um dos cidadãos do Estado membro em questão uma moradia, mas sim recairia sobre os primeiros o dever de garantir a segurança jurídica da ocupação proporcionando às pessoas afetadas pelo despejo uma alternativa habitacional. Este dever de adotar todas as medidas necessárias para proporcionar “outra moradia, reassentamento ou acesso a terras produtivas, de acordo com o caso concreto” se articularia como uma autêntica obrigação jurídica de resultado. Só assim caberia descrever de forma fidedigna a “obrigação de proteção” (Mayer, 2005, p. 20 e ss.) de um Estado que passaria a “ter o dever de adotar medidas razoáveis para prover de moradia alternativa às pessoas que possam ficar sem teto como consequência de um despejo, independentemente de o despejo ocorrer por iniciativa das autoridades do Estado membro ou de particulares”²⁴.

A eleição dos meios para alcançar o objetivo fixado corresponderia por inteiro ao órgão competente de acordo com a respectiva Constituição nacional²⁵. Esta obrigação positiva,

²² “In particular, evictions should not render individuals homeless” (15.2).

²³ “...adequate alternative housing, resettlement or access to productive land, as the case may be” (15.2).

²⁴ “The State party has a duty to take reasonable measures to provide alternative housing to persons who are left homeless as a result of eviction, irrespective of whether the eviction is initiated by its authorities or by an individual” (15.2).

²⁵ Este poderia optar entre uma ampla gama de medidas que iriam desde a manutenção, reabilitação e melhora de velhas edificações até a garantia do bom uso da moradia vazia, passando pela ampliação do parque de moradia acessível ou a melhora na preservação e atenção da emergência habitacional e a exclusão residencial, entre outras.

por conseguinte, perseguiria não limitar a legítima margem de manobra dos representantes eleitos pelos cidadãos, mas lhes impediria evadir sua obrigação de alcançar um resultado de convivência ótimo ou, ao menos, um razoavelmente satisfatório para todos e respeitando os compromissos internacionais contraídos. Conforme o artigo 2, 1, do PIDESC, o novo dever de proteção que recairia sobre os Estados lhes obrigaria a adotar as medidas em questão, “até o máximo de seus recursos disponíveis”²⁶, para satisfazer este direito. A indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos demandariam uma interpretação conjunta e consequente das obrigações de proteção de um Estado, o que, no contexto de um despejo, exigiria garantir ao afetado a mais ampla proteção de todos os seus direitos. Os correspondentes comitês da Organização das Nações Unidas já tinham sublinhado em múltiplas ocasiões que os direitos econômicos, sociais e culturais, por um lado, e os direitos civis e políticos, por outro, se entrecruzam diretamente e devem ser realizados na mesma medida (Tomuschat, 2018, p. 121). Assim, se o despejo de uma pessoa fosse realizado sem que o Estado lhe outorgasse ou garantisse uma moradia alternativa, este deveria demonstrar, para não vulnerar o PIDESC, que considerou as circunstâncias particulares do caso e não pode satisfazer o direito à moradia da pessoa afetada “apesar de ter tomado todas as medidas razoáveis, até o máximo dos recursos disponíveis”²⁷. Este específico dever de utilizar o máximo de recursos disponíveis talvez não resulte, em rigor, tão inovador como poderia parecer: isso é o que, ao final, aconteceu sempre de *maneira natural* com os direitos civis e políticos. Alguém poderia imaginar que um Estado deixasse de proteger algum destes direitos (os de reunião ou associação, por exemplo), por carecer de reservas materiais suficientes para sua garantia? Caberia discutir sobre o grau de cumprimento de cada um dos direitos fundamentais mais tradicionais, mas não sobre uma inércia orçamentária que, por princípio, se traduz na dotação de meios econômicos suficientes para protegê-los (Holmes, Sunstein, 199, p. 13 e ss.). Ao destacar os pressupostos materiais da eficácia das normas de direitos fundamentais, as teses sobre a indivisibilidade e interdependência dos direitos construídas pelo CDESC teriam logrado, ao fim, revelar uma conexão – entre obrigações mais tradicionais com outras mais inovadoras – que suscita diversos problemas que, provavelmente, ultrapassem os limites da dogmática jurídica mais tradicional.

²⁶ “States parties must take all necessary steps, to the maximum of their available resources, to uphold this right” (15.3).

²⁷ “...the State party must demonstrate that it has considered the specific circumstances of the case and that, despite having taken all reasonable measures, *to the maximum of its available resources*, it has been unable to uphold the right to housing of the person concerned” (15.5).

3. PROBLEMAS JURÍDICOS DERIVADOS DA TESE SOBRE A INDIVISIBILIDADE E INTERDEPENDÊNCIA DOS DIREITOS

3.1. Objeções gerais ao Parecer do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

Qualquer aproximação sistemática aos problemas jurídicos apresentados, no contexto do caso analisado, pela tese sobre a indivisibilidade e interdependência dos direitos deveria começar recordando que a função do CDESC ao examinar uma comunicação não seria a de verificar se os processos judiciais e administrativos internos foram ou não desenvolvidos de acordo com o direito interno. O trabalho do Comitê consiste, pelo contrário, em analisar se os fatos provados constituem uma violação por parte do Estado dos direitos econômicos, sociais e culturais enunciados no PIDESC. Este labor, entretanto, encerra alguma outra dificuldade. O teor literal dos artigos do PIDESC revela, em não poucas ocasiões, conceitos de considerável vagueza e/ou essencialmente controvertidos. Por esta razão, tem-se sustentado que a chave da eficácia jurídica dos direitos enunciados no PIDESC se encontrará na práxis do órgão competente no momento de resolver as disputas. Uma práxis pouco cautelosa, no tocante às consequências jurídicas das construções doutrinárias do Comitê em questão, poderia suscitar a impressão de que o domínio do tratado tivesse deixado de estar em mãos dos Estados membros; por isso, como já foi indicado, o temor diante dos efeitos eventualmente excessivos de um meio jurídico tão modesto como os pareceres fosse durante tanto tempo a causa da atitude cautelosa para legitimar ativamente a qualquer pessoa para interpor um recurso ante o CDESC. Este temor e a correlativa possibilidade de reabrir o espinhoso problema da delimitação de suas próprias competências não teriam, contudo, ameaçado o Comitê na resolução comentada, no momento de elaborar doutrinariamente o direito a uma moradia adequada. Em concreto, o CDESC teria incluído entre as obrigações positivas do destinatário do direito algumas que seguramente não concordem com a maneira que, tradicionalmente, costuma operar um órgão de suas características.

Em primeiro lugar, chama a atenção que o CDESC considerasse que a violação do direito a uma moradia digna e adequada dos querelantes se produziu por causa do despejo dos mesmos “sem que existisse uma confirmação da disponibilidade de moradia alternativa”²⁸. Esta

²⁸ “...without assurances that alternative accommodation would be available” (16.6).

última referência poderia induzir a crer que a falta de coordenação entre os órgãos jurisdicionais e administrativos teria sido suficiente para motivar a reprovação do Comitê. Tal hipótese, entretanto, seria errônea na medida em que a exigência de aguardar a resolução administrativa para ditar sentença unicamente perseguiria que o órgão julgador em questão pudesse avaliar melhor as consequências de sua decisão: se, depois de uma resolução administrativa denegatória da solicitude de uma moradia social, o órgão jurisdicional houvesse ordenado, de qualquer modo, o despejo dos querelantes, o direito destes últimos a uma moradia adequada teria sido – de acordo com a lógica que preside o parecer analisado – igualmente vulnerado. Em tal caso (e, deste modo, entramos na segunda das considerações), somente uma justificativa do Estado que demonstrasse “convincentemente que, apesar de ter tomado todas as medidas razoáveis, até o máximo de seus recursos disponíveis, e de ter considerado as particulares circunstâncias dos autores”²⁹, não lhe foi possível garantir o direito a uma moradia digna e adequada, somente uma justificação como esta teria podido evitar a reprovação da atuação dos poderes públicos espanhóis. Em um giro argumental inesperado, portanto, o CDESC estaria fazendo recair sobre o Estado uma carga probatória (aparentemente) bastante difícil de suportar. De que modo poderia demonstrar um Estado que “realizou todos os esforços possíveis, utilizando todos os recursos que estão à sua disposição, com o fim de satisfazer, com caráter prioritário, o direito a uma moradia em favor de pessoas que, como os querelantes, estejam em uma situação de particular necessidade”?

O Estado membro tinha sustentado “*implicitamente* que, ainda que os autores cumpriam os requisitos para ser receptores de moradia pública, esta não lhes foi adjudicada em 2012-2013, quando o despejo era iminente, devido a que os *recursos disponíveis eram limitados*”³⁰. Os poderes públicos nacionais teriam alegado, pois, falta de meios materiais para garantir o direito. O CDESC, entretanto, considerou esta aclaração insuficiente, porque o Estado membro não tinha explicado por quê “a denegação da moradia social aos autores foi necessária em razão da utilização de seus recursos para uma política geral ou um plano de emergência que estivesse sendo executado pelas autoridades com o fim de realizar progressivamente o direito à

²⁹ “...convincingly demonstrates that, despite having taken all reasonable measures, to the maximum of available resources, and having taken into consideration the authors’ personal circumstances” (16.6)

³⁰ “The State party seems to be *implying* that even though the authors met the criteria for receiving public housing, it was not granted to them in 2012 or 2013, when the eviction was imminent, owing to the *limited resources available*” (17.4)

moradia, especialmente daqueles que estejam em uma séria situação de vulnerabilidade”³¹. Este “exemplo” oferecido pelo CDESC sugeriria que a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para proporcionar às pessoas afetadas pelo despejo outra moradia ou o acesso a terras produtivas, “até o máximo dos recursos disponíveis” exigiria priorizar as medidas tendentes a garantir o direito a uma moradia digna e adequada diante de outras encaminhadas a metas diferentes.

Ainda que coerente, não obstante, um enfoque semelhante se encontraria exposto a objeções de diversa índole. Desde o ponto de vista de um internacionalista como Christian Tomuschat, o exame do CDESC não teria sido realizado com a devida circunspeção, uma vez que o único elemento de valoração empregado teria sido o do suposto peso do prejuízo que os afetados tiveram que suportar (Tomuschat, 2018, p. 125). Para este professor de Direito Internacional Público na Humboldt-Universität zu Berlin, no considerando 17.6, por exemplo, se efetuam diversas apreciações sobre como o Estado deveria ajustar seu orçamento em uma situação de crise suscetível de superestimar o valor jurídico dos direitos do PIDESC e de exceder o princípio de subsidiariedade do controle internacional. A pergunta, pois, que emerge de sua análise pode ser formulada do seguinte modo: se encontraria o CDESC facultado para exercer uma influência determinante sobre a política social de um país?³² Na opinião do jurista alemão, uma pretensão semelhante poderia reabrir as velhas feridas e despertar novamente os temores diante dos efeitos excessivos das comunicações e dos pareceres³³. Adicionalmente, Christian Tomuschat também teria expressado suas dúvidas sobre a capacitação técnica dos membros do Comitê: o Comitê estaria em situação de valorar minuciosamente as circunstâncias

³¹ “...the State party did not explain that denying the authors social housing was necessary because it was putting its resources towards a general policy or an emergency plan to be implemented by the authorities with a view to progressively realizing the right to housing, especially for persons in a particularly vulnerable situation” (17.5).

³² Para o CDESC, por exemplo, resultou de especial importância no momento de valorar o caso a circunstância que o IVIMA chegou a vender durante os anos da crise 2.932 moradias a uma sociedade de investimento.

³³ A este respeito é ilustrativa a reação do Estado espanhol depois do Parecer. Em resposta ao mesmo, se limitou a informar que o IVIMA já tinha adjudicado à família afetada uma moradia pública protegida. Aos querelantes – que atualmente habitam na moradia adjudicada – asseguram que nenhuma autoridade do Estado se pôs em contato com eles. Para diversas organizações da sociedade civil, a resposta do Estado espanhol teria sido insuficiente, ente outros motivos, por não esclarecer em sua resposta de uma folha enviada ao CDESC, de que maneira irá estabelecer as garantias de não repetição exigidas ou como irá prevenir vulnerações deste tipo no futuro. Recentemente, o próprio Defensor do Povo teria aberto uma investigação motivada pelo descumprimento das recomendações do CDESC em matéria de moradia. Segundo o Alto Comissariado do Parlamento espanhol para a defesa dos direitos fundamentais e liberdades públicas dos cidadãos, a remissão de uma resposta de uma folha indicaria que as autoridades espanholas não deram a esta questão a importância que este tema merece. Um interessante resumo da problemática social e jurídica concernente al direito à moradia pode ser encontrado no Volume I (2. Crisis económica y desigualdad) do Relatório anual 2017 apresentado pelo Defensor do Povo ao Parlamento espanhol (disponível em: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2018/03/Informe_anual_2017_vol.I.2_Crisis_economica.pdf).

econômicas de um país com tanta diligência para que tal análise de dados procedentes do âmbito econômico-financeiro não ultrapasse suas competências?

A insinuação de que o CDESC poderia ter vulnerado o princípio de subsidiariedade do controle internacional (Tomuschat, 2014, pp. 104 e ss.) desviaria a atenção para considerações funcionais semelhantes às que se efetuam, com frequência, no âmbito do Direito Constitucional. De acordo com o princípio referido, ao CDESC somente lhe corresponderia diante das autoridades nacionais uma função de controle, de tal maneira que teria vedada toda interpretação que conduzisse a uma restrição da devida liberdade conformadora do legislador nacional (ou órgão administrativo ou judicial correspondente). No âmbito do Direito Constitucional, o correlato do que se acaba de explicar se conhece como “princípio de correção funcional” (Hesse, 1992, pp. 33-54). De acordo com o mesmo, o juiz competente deverá interpretar o texto constitucional de tal modo que suas decisões sobre a lei não debilitem o sistema de relações institucionais que, em uma democracia representativa, rege ente Parlamento e Tribunal Constitucional. No fundo, o recurso ao princípio de “correção funcional” não persegue senão evitar “a dificuldade contramajoritária” (Bickel, 1962, pp. 16 e ss.) mercê de um refinamento do princípio democrático. A pergunta que suscita é: em quais condições pode ser legítimo, desde o ponto de vista democrático, o controle judicial da constitucionalidade de uma lei?

Mutatis mutandis, a proposição do CDESC não teria ignorado esta dificuldade, eludindo, deste modo, o perigo de uma vulneração do princípio de subsidiariedade do controle internacional. No que caberia interpretar como uma especificação do último, o CDESC teria sustentado que os “Estados partes gozam de certa margem para dispor de recursos fiscais da forma mais adequada possível”, ainda que tal discricionariedade não teria um caráter incondicional, mas que deveria exercer-se “com o fim de garantir a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Pacto”, já que, do contrário, o PIDESC ficaria desprestigiado juridicamente³⁴. As medidas regressivas, por conseguinte, poderiam justificar-se ao abrigo da proteção de outros direitos do Convenio, mas não de outros bens jurídicos situados fora do mesmo³⁵; este é o motivo por que o CDESC censurasse com tanto rigor o fato de que “o Estado

³⁴ “The Committee considers that States parties have a certain amount of discretion to make the most appropriate use of tax revenue with a view to guaranteeing the full realization of the rights recognized in the Covenant” (17.6).

³⁵ “O Comitê considera que os Estados partes (...), em determinadas circunstâncias, podem adotar medidas regressivas. Entretanto, em estes casos, corresponde ao Estado parte provar que a decisão se baseou no exame

parte tampouco tenha explicado ao Comitê as razões pelas quais as autoridades regionais de Madrid, por exemplo o IVIMA, venderam parte do parque habitacional público à sociedades de investimento, reduzindo a disponibilidade do mesmo, apesar de que o número de moradias públicas disponível anualmente em Madrid era consideravelmente inferior à demanda, nem de que forma esta medida estava devidamente justificada e era a mais adequada para garantir a plena efetividade dos direitos reconhecidos no Pacto. Por exemplo, no ano de 2013 o IVIMA vendeu 2935 casas e outras propriedades a uma entidade privada por 201 milhões de euros, justificando a medida “por motivos de equilíbrio orçamentário”³⁶.

Como se vê, a pesada carga provatória recaída sobre as autoridades nacionais perseguiria conciliar o mencionado princípio de subsidiariedade do controle internacional com a necessidade de dotar de eficácia os direitos do PIDESC, impedindo situações de injustificada vulnerabilidade. O princípio de subsidiariedade enunciado não seria, por isso, o único por meio do qual valorar a atuação do CDESC: ao lado do mesmo também teria um importante papel o de proteção efetiva dos direitos sociais e o de indivisibilidade e dependência dos direitos humanos. Como consequência, deveria reputar-se como reducionista qualquer tentativa de confrontar – como se fossem duas frentes irreconciliáveis – qualquer dos direitos reconhecidos no PIDESC ao supostamente mais democrático princípio de subsidiariedade do controle internacional. Se, como consequência do que se acaba de dizer, renuncia-se a uma prevalência absoluta deste último princípio em benefício da busca de um ponto de equilíbrio entre democracia e direitos (Ferrerres Comella, 2008, p. 50), haverá que indagar, então, quais são os limites a respeitar por um órgão como o CDESC para não distanciar-se deste equilíbrio e em que medida poderia tê-lo feito (ou seja, em que medida poderia ter-se afastado do equilíbrio em questão) ao exigir das autoridades nacionais que demonstrassem ter “realizado todos os esforços possíveis, utilizando todos os recursos que estão à sua disposição, com o fim de satisfazer, com caráter prioritário, o direito à moradia”. Desta encruzilhada derivariam importantes

mais exaustivo possível e que está *devidamente justificada por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto* e no contexto do aproveitamento pleno do máximo de recursos que disponha”. (17.6).

³⁶ “...the State party has not explained to the Committee why the regional authorities in Madrid, such as the Madrid Housing Institute, sold part of the public housing stock to investment companies, thereby reducing the availability of public housing, despite the fact that the number of public housing units available annually in Madrid was significantly fewer than the demand, nor has it explained how this measure was duly justified and was the most suitable for ensuring the full realization of the rights recognized in the Covenant. For instance, in 2013, the Madrid Housing Institute sold 2.935 houses and other properties to a private company for €201 million, justifying the measure by a need to balance the budget” (17.5).

consequências para o Direito interno dos Estados membros; sobre elas vale a pena fazer uma breve reflexão.

3.2 A problemática desde o ponto de vista do Direito interno

Dilucidar se Espanha adotou todas as precauções jurídicas e administrativas necessárias para satisfazer o direito a uma moradia adequada exigirá demorar-se, fugazmente, na explicação de certas peculiaridades do Ordenamento Jurídico espanhol. Como a ninguém passa despercebido, o direito a uma moradia adequada previsto no artigo 11.1 do PIDESC corresponderia ao “direito de desfrutar de uma moradia digna e adequada” enunciado no artigo 47 da Constituição Espanhola³⁷. Este preceito não figura entre os enumerados no artigo 52.2 da Constituição Espanhola, razão por que o direito mencionado não resulta tutelado pelo recurso de amparo³⁸. Como, ademais, o direito a desfrutar de uma moradia digna e adequada só poderá ser alegado na jurisdição ordinária, de acordo com o que disponham as leis (artigo 53.3, CE), sua natureza de direito subjetivo teria sido seriamente questionada em âmbito doutrinário (Ponce Solé, 2016, p. 70 e ss.): tendo em conta a impossibilidade de o interessado colocar diretamente em funcionamento o sistema jurídico em seu próprio benefício, dificilmente será possível alegar um autêntico direito subjetivo. Esta situação suporia, para alguns autores, o produto de uma “ideologia liberal, resistente ainda diante da cláusula de Estado social e democrático de Direito da Constituição Espanhola (Ponce Solé, 2016, p. 75), de tal maneira que a “inércia histórica na doutrina espanhola ainda dominante” impediria aos poderes públicos realizar sua missão de promover uma igualdade e liberdade efetivas.

Com independência de estar ou não de acordo com a afirmação precedente, o artigo 53.3 da Constituição Espanhola não constitui, a rigor, uma barreira absolutamente intransponível no momento de reconhecer uma dimensão subjetiva ao “direito de desfrutar de uma moradia digna e adequada”. Antes, ao contrário, a experiência multissecular no âmbito dos

³⁷ “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos”.

³⁸ Em 10 de setembro de 2013, os querelantes interpuseram um recurso de amparo no Tribunal Constitucional e uma petição de medidas cautelares, solicitando que fosse suspenso o despejo. Vinte dias depois, Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellini apresentaram também um requerimento de medidas provisórias no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Uma vez que o Tribunal de Estrasburgo indeferiu a petição, os querelantes abandonaram a ideia de apresentar uma ação ante este órgão. Em 19 de fevereiro de 2014, finalmente, o Tribunal Constitucional decidiu não admitir o recurso de amparo interposto por entender que não existia expressa violação de um direito fundamental.

direitos ensinaria que só um adequado desenvolvimento legislativo dos mesmos pode conduzir ao resultado protetor desejado. A situação que se acaba de descrever desemboca, portanto, na constatação de que a dimensão subjetiva de qualquer direito pouco vale sem uma coincidente dimensão objetiva, ou seja, sem a garantia oferecida pelo adequado tratamento legislativo (ou – conforme ao modo de expressão da Carta Magna espanhola – a adequada regulação legislativa) do exercício de um direito. Em um minucioso trabalho publicado há alguns anos, Juan Carlos Gavara de Cara (2007, p. 319) sustentou que para poder ampliar sua proteção os direitos requerem normalmente uma organização e procedimentos plasmados em uma concreta configuração legislativa. Tal vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos fundamentais teria significado, de qualquer modo, uma verdadeira superação da proposta tradicional sobre os direitos e o Estado que se manteve durante o século XIX. Entre as ações positivas a empreender pelos poderes públicos com a finalidade de desenvolver referida proteção não só se encontraria a obrigação “de estabelecer regras de organização e procedimento em todos os direitos que precisem de uma aplicação e uma projeção externa de caráter necessário” (Gavara de Cara, 2007, p. 319), mas também a de reconfigurar materialmente os tradicionais institutos de direito privado, a saber, a propriedade, o casamento e a herança (Schmitt, 1958, pp. 110-124) – do mesmo modo que os restantes direitos e os bens de interesse geral previstos pela Constituição – e de resolver eventuais colisões de direitos que pudessem aparecer. Neste cenário, ao legislador só lhe estaria vedado impor condições arbitrárias para o exercício dos direitos fundamentais, pois, ainda que as mesmas tenham por objeto proteger bens constitucionais, não podem ser tão rígidas ou imprevisíveis que na prática tornem impossível o exercício dos restantes direitos.

Esta relevância da necessária configuração legislativa dos direitos fundamentais deveria ter acentuado o caráter prestacional de todos eles e, por conseguinte, sua dependência da conjuntura econômica. Este corolário, entretanto, iria de encontro com o previsto no artigo 53.1 da Constituição Espanhola, que pode ser considerado como a chave de todo o sistema nacional de direitos fundamentais: o dever de respeitar seu “conteúdo essencial”. Esta fórmula – manifestação que reflete o mencionado princípio de correção funcional – unicamente se aplicaria aos direitos e liberdades reconhecidos no Capítulo segundo do Título I da Constituição Espanhola, de tal maneira que só razões jurídicas de muito peso (que agora não cabe ocupar-se) permitiriam justificar uma medida regressiva em relação com alguns deles. Pelo contrário, dado que com a maior parte dos direitos do Capítulo terceiro se perseguiria satisfazer uma

função de “produção, distribuição e melhora das condições vitais”, estes se encontrariam inelutavelmente vinculados a “critérios e fatos objetivos” como a conjuntura econômica ou orçamentária de um Estado. Em outros casos, os direitos aí reconhecidos concerniriam a uma realidade tão mutável que sua formulação constitucional concreta deveria permitir adaptações sem necessidade de uma reforma constitucional. Estes condicionantes de sua “operatividade fática” motivariam um papel mais destacado de critérios de oportunidade política para sua estruturação. “Por este motivo o constituinte costuma estabelecer e redigir fórmulas relativas, que caracteriza os direitos sociais por meio de configurações normativas abertas, sobretudo em relação com prestações conectadas à Seguridade Social e à assistência social, e também com o direito ao meio ambiente” (Gavara de Cara, 2007, p. 315 e ss.).

O “duro mundo dos fatos [der harten Welt der Tatsachen] (Tomuschat, 2018, p. 121) demonstraria, pois, que resulta impossível reconhecer e tutelar um direito se não estão presentes as condições, organizações e procedimentos que a satisfação dos mesmos requer. O artigo 53.3 da Constituição Espanhola não constitui, portanto, uma barreira intransponível no momento de reconhecer uma dimensão subjetiva ao “direito de desfrutar de uma moradia digna e adequada”, o que se evidenciaria diante da hipótese de uma reforma do artigo 53.3 que tivesse como conclusão a possibilidade de alcançar também a tutela dos direitos reconhecidos no Capítulo terceiro diante dos tribunais ordinários por um procedimento baseado nos princípios de preferência e de duração razoável do processo e, quando oportuno, mediante a utilização do recurso de amparo interposto ante o Tribunal Constitucional. Nesta situação, os tribunais ordinários ou o Tribunal Constitucional poderiam estar reconhecendo não só um direito irrealizável na prática por falta de meios materiais para sua concreção, mas também um direito dificilmente conciliável com a tradicional legislação reguladora do conteúdo e exercício do direito de propriedade, entre outros (Arnaiz Ramos, 2016, p. 229 e ss.). Aplicado ao assunto que nos ocupa, isto quer dizer que de nada valeria a abertura de uma via de reclamação de pretensões individuais em ausência dos meios materiais necessários para satisfazer referida pretensão ou de uma delimitação precisa do direito a uma moradia adequada com relação a outros direitos contíguos, especialmente o direito de propriedade. O Parecer do CDESC oferece um bom exemplo e dele derivam as dúvidas expressadas anteriormente: os pareceres, em raras ocasiões, poderão ter efeitos imediatos, pois as medidas de reparação necessitarão um considerável espaço temporal para a adaptação legislativa e a utilização de importantes somas de dinheiro não disponíveis de maneira imediata.

4. A SOLUÇÃO DO LEGISLADOR BRASILEIRO PARA A CONTENÇÃO DOS DESPEJOS E DAS REMOÇÕES FORÇADAS COLETIVAS EM TEMPOS DE PANDEMIA E SUA ADEQUAÇÃO ÀS DIRETRIZES DO COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DA ONU

Em 30 de janeiro de 2020, o Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) reuniu o Comitê de Emergências do Regulamento Sanitário Internacional para tratar sobre o novo coronavírus (2019-n CoV). No momento em que se realizou a reunião os contágios pelo novo coronavírus ainda não tinham recebido a consideração de pandemia, mas o comportamento do vírus e sua alta transmissibilidade já preocupava aos técnicos sanitários. Como resultado desta reunião, o Comitê de Emergências recomendou ao governo chinês que mantivesse a OMS atualizada, diariamente, sobre a propagação do vírus e recomendou, ainda, aos países que até então não tinham sido afetados pelos contágios que tomassem medidas para evitar a transmissão do patógeno, como também adotassem medidas para garantir o desenvolvimento rápido de vacinas, meios diagnósticos, medicações antivíricas e outros tratamentos. A possível epidemia que preocupava o Comitê de Emergências se transformou em uma crise sanitária de proporção mundial com consequências econômicas e sociais de importante magnitude.

Declarada a pandemia pela OMS novas orientações foram dadas pelo organismo internacional com o fim de combater o elevado índice de propagação do vírus, diminuir a pressão hospitalaria e evitar o ascenso da mortalidade pelo novo coronavírus. Em 14 de abril de 2020, a OMS publicou a “Atualização da estratégia frente à Covid-19”³⁹ que recomendava, entre outras medidas, o distanciamento físico e as restrições de movimento (que foram denominadas de várias formas: confinamento, quarentena, lockdown) como estratégia para frenar a transmissão da Covid-19. O confinamento, ou lockdown, foi implantado em vários países, ainda que as formas de aplicação tenham sido díspares. No caso do Brasil, por exemplo, o lockdown não foi decretado em todo o território nacional, pois a sua implantação esteve a cargo das decisões dos governadores dos Estados federados. As restrições impostas à

³⁹ Documento disponível em: http://who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-strategy-update-14april2020_es.pdf?sfvrsn=86c0929d_10.

mobilidade tiveram um profundo impacto por paralisar, quase completamente, a vida social e econômica. O fechamento obrigatório dos estabelecimentos comerciais não essenciais deixou várias pessoas e famílias sem recursos econômicos com a conseqüente impossibilidade de saldar suas obrigações. Sem ingressos econômicos muitos não puderam arcar com os aluguéis contratados, entre outras muitas obrigações que não foram possíveis satisfazer. A falta de pagamento dos aluguéis deu ensejo a um aumento exponencial das ações de despejo, o que gerou uma importante mobilização social para conter os despejos e as remoções forçadas e garantir, deste modo, o direito fundamental a uma moradia.

A resposta institucional para conter os despejos e as remoções forçadas veio em 2021, quando muitas famílias já tinham sido desalojadas e, ironicamente, obrigadas a *ficar em casa* por força do lockdown. Em 18 de maio de 2021, a Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei nº 827/20 proibindo o despejo ou a desocupação de imóveis até o fim de 2021. No mês de junho de 2021, o ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, deferiu parcialmente a medida cautelar em ação ajuizada pelo Psol (ADPF 828)⁴⁰, que solicitava a tutela jurisdicional do direito à moradia e à saúde de pessoas vulneráveis no contexto da pandemia, determinando a suspensão pelo período de seis meses de ordens ou medidas de desocupação de áreas habitadas antes de 20 de março de 2020, quando foi aprovado o estado de calamidade pública em razão da epidemia ocasionada pelo Covid-19. Em 07 de outubro de 2021 foi aprovada Lei nº 14.216 que estabelece medidas excepcionais em razão da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Espin) decorrente da infecção humana pelo coronavírus SARS-CoV-2, para suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias. Para a aprovação da Lei nº 14.216 o Congresso Nacional teve que derrubar o veto total do texto legal apresentado pelo presidente da República. Jair Messias Bolsonaro, presidente da República, justificou seu veto alegando que a suspensão dos despejos e das remoções forçadas “daria um salvo conduto para as ocupações irregulares de imóveis públicos”, pois “os ocupantes frequentemente agem com má fé”. Outro motivo para o veto foi a preocupação do Executivo de que a medida legal pudesse “consolidar ocupações existentes, assim como ensejar danos patrimoniais insuscetíveis de reparação”. Segundo o

⁴⁰ O texto completo da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) pode ser visto na página: stf.jusbrasil.com.br.

presidente Bolsonaro, a proposta apresentada no Projeto de Lei nº 827/20 estava “em descompasso com o direito à propriedade” e conduziria a “quebras de contrato promovidas pelo Estado”.

O legislador, ao estabelecer medidas excepcionais para suspender os efeitos legais que agravariam a situação de vulnerabilidade de indivíduos e famílias, fixou normas gerais para os despejos ordinários e para as desocupações e remoções forçadas coletivas e determinou a suspensão das ações de despejo motivadas em inadimplência nos contratos de arrendamento urbano com valor máximo de R\$ 600,00 (seiscentos reais) nas locações residenciais e R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) para as locações não residenciais. No tocante à previsão da Lei nº 14.216, é digno de especial consideração o tratamento normativo para as desocupações e remoções forçadas coletivas, porque o legislador exige que “a retirada definitiva ou temporária de indivíduos e famílias promovida de forma coletiva e contra a sua vontade” (artigo 3º) respeite o direito a uma moradia adequada. Neste sentido, o legislador brasileiro se alinha às orientações dos organismos internacionais sobre a matéria, notadamente as disposições do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

5. CONCLUSÕES

O estudo realizado teve por objetivos verificar os critérios hermenêuticos utilizados pelo CDESC para determinar o sentido e alcance do artigo 11.1 do PIDESC, que prevê o direito a uma moradia adequada, mediante sua aplicação a um caso concreto e contrastar os resultados com a solução do legislador brasileiro para deter os despejos e as remoções forçadas durante a crise sanitária da Covid-19. A análise situacional dos dados empíricos permitiu identificar as diretrizes estabelecidas pelo organismo internacional para que os poderes públicos dos Estados membros do PIDESC tomem medidas no sentido de dotar de efetividade a norma pactada que consagra o direito a uma moradia digna e adequada.

No caso examinado há uma vulneração do direito à moradia adequada cometida pelo Estado espanhol e comunicada ao CDESC. Os dois primeiros elementos formais que merecem destaque são, a saber: a legitimação ativa para apresentar comunicações ao Comitê e

a força vinculante dos Pareceres emitidos pelo órgão internacional. Com relação à legitimação ativa, os aspectos que permitem garantir a proteção do direito à moradia adequada estão contidos na extensão da titularidade do direito e na possibilidade de atuação direta dos indivíduos vítimas de uma lesão a este direito. Ao consagrar o direito à moradia adequada o PIDESC garante este direito *universalmente*, aplicando-se *a todos* independentemente de seus recursos económicos ou tipo de moradia. O acesso direto do particular a uma instância internacional, sem a intermediação do Estado, representa um reforço da garantia do direito.

O segundo elemento formal se refere à força vinculante dos Pareceres emitidos pelo CDESC. Os Pareceres emitidos por este organismo têm a mesma força que as Recomendações das Nações Unidas, ou seja, não são vinculantes. Não obstante, os Pareceres permitem assentar as bases de interpretação das normas pactadas e, por este motivo, se não produzem os efeitos coercitivos da norma jurídica consolidam a interpretação dos organismos internacionais que deve dirigir a ação dos Estados participantes do tratado. Por outro lado, o Tribunal Supremo do Estado espanhol (STS 1263/2018, de 17 de julho) reconhece que as obrigações que emanam dos tratados sobre direitos humanos nos que Espanha é parte, incluídas as decisões dos comités criados por eles, particularmente quando Espanha aceitou a competência destes comités, fazem parte do Direito interno espanhol, de acordo com o disposto no artigo 96 da Constituição Espanhola, e devem ser utilizados pelos órgãos espanhóis como elementos interpretativos para a aplicação dos direitos e liberdades reconhecidos na Constituição, conforme determina o artigo 10.2 do Texto Magno espanhol. No Brasil, o Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, aprovou os textos do PIDESC e de seus Protocolos Facultativos, incorporando-os ao Ordenamento Jurídico brasileiro, o que permite concluir que o Estado brasileiro está igualmente vinculado às decisões dos organismos que concretam as ações necessárias para a aplicação das normas pactadas, o que inclui – como no caso espanhol – o dever de observar as decisões dos comités técnicos.

No que concerne ao elemento material do caso analisado, o reconhecimento pelo CDESC das obrigações positiva e negativa que recaem sobre o Estado, como destinatário da proteção do direito à moradia adequada, suscitam uma possível colisão entre o direito de propriedade e o direito à moradia digna. A tensão dialética entre estes dois direitos é uma constante, embora não seja correto afirmar que inexista um ponto de equilíbrio na satisfação destes direitos. Em realidade, não se trata de considerar estes direitos como antagônicos, mas compreendê-los dentro de seu comportamento sistêmico, porque dentro desta forma de

entendimento os direitos são interdependentes, ademais de indivisíveis. O veto do presidente brasileiro ao Projeto de Lei que suspende os despejos pela crise sanitária do coronavírus, fundado na proteção do direito de propriedade, ilustra a ausência de percepção sobre este ponto de equilíbrio, como também o desconhecimento sobre as obrigações positivas, ou prestacionais, que têm o Estado como responsável de garantir, por meio de ações concretas dos poderes públicos – incluído o Executivo -, os direitos consagrados na Constituição. Não há dúvida sobre a importância de proteger o direito de propriedade e de garantir a imissão na posse oriunda deste direito por intermédio da tutela jurisdicional. Mas, tão pouco podemos esquecer que a propriedade deve cumprir uma função social. Isso não quer dizer que o Estado deva assumir uma função robinwoodiana destituindo o proprietário do seu legítimo direito, mas destinando recursos públicos para garantir aos seus nacionais uma moradia digna e adequada, como orienta o CDESC em seu Parecer.

O Parecer do CDESC, analisado neste estudo, se refere a um caso concreto de vulneração do direito à moradia cometida pelo Estado espanhol em tempos de normalidade, sem que houvesse um elemento externo agravante para a situação de vulnerabilidade dos reclamantes. Entretanto, a situação de normalidade que definiu a construção doutrinária do CDESC não deve induzir ao erro de crer que os critérios utilizados no Parecer não são aplicáveis em situações de emergência ou crise. Pelo contrário, uma análise atenta dos argumentos do Comitê revelará que o direito a uma moradia adequada se configura como um direito resistente à exceção⁴¹.

Ainda que não tenha sido apresentada nenhuma comunicação ao CDESC por indivíduos brasileiros afetados por despejos em plena pandemia é possível, analogicamente, reconduzir a decisão do Comitê para reforçar a importância que têm os poderes públicos na gestão de medidas protetoras dos direitos fundamentais dos indivíduos que se encontram sob a sua proteção. Neste sentido, a previsão do legislador brasileiro sobre as remoções coletivas responde à orientação do referido organismo internacional, porque exige que os indivíduos e famílias sejam removidos para uma moradia adequada, que conte com infraestrutura e condições de vida digna. Não obstante, as concretas medidas para aplicação dos preceitos normativos dependem das decisões de um órgão Executivo que já sinalizou sua intenção de não proteger o direito fundamental a uma moradia adequada.

⁴¹ A ideia de “direitos resistentes à exceção” se inspira na categoria de “direitos resistentes à ditadura (*diktaturfest*)” utilizada na República de Weimar por Thoma (1925: 191 y ss.; 1929: 30 y ss.).

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARNAIZ RAMOS, R. Las actuaciones legislativas sobre el derecho de propiedad por razón de la protección del derecho a una vivienda digna. En: VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J. y ARNAIZ RAMOS, R. **Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016, p. 197-248.

BICKEL, A. **The Least Dangerous Branch**. New Haven: Yale University Press, 1962.

CREMER, H. J. Fünf Thesen zur subjektiven Rechtsqualität völkerrechtlich gewährleisteter Menschenrechte. En: Hanschel, D. *et al.* (ed.). **Mensch und Recht. Festschrift für Eibe Riedel zum 70 Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 35-50.

DOMÉNECH PASCUAL, G. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos**. Madrid: CEPC, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

FERRERES COMELLA, V. **Justicia constitucional y democracia**. 2ª ed. Madrid: CEPC, 2007.

HART, L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, Second Edition, 1994.

HELLER, H. **Rechtsstaat oder Diktatur?** Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1930.

_____. **Staatslehre**. Leiden: A. W. Sijthoff's Uitgeversmaatschappij N. V., 1934.

HESSE, K. **Escritos de Derechos Constitucional**. Madrid: CEPC, 1992.

HOLMES, S. SUNSTEIN, C. R. **The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JELLINEK, G. **System der subjektiven öffentlichen Rechte**. 2ª ed. revisada y ampliada respecto de la de 1905. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1919.

KELSEN, H. **General Theory of Law and State**. Cambridge: Harvard University Press, 1945.

OECD/IADB, USA. **Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2014 – Innovación en la gestión financiera pública**. OECD Publishing, 2014 (disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264211636-es>).

PISARELLO, G. **Los derechos sociales y sus garantías**. Madrid: Trotta Editorial, 2007.

PONCE SOLÉ, J. El derecho a la vivienda exigible judicialmente. En: VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J. y ARNAIZ RAMOS, R. **Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016, p. 61-196.

SIMÓN YARZA, Fernando. **Medio ambiente y derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2012.

THOMA, R. Grundrechte und Polizeigewalt. En: Triepel, H. (ed.). **Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens des Preußischen Oberverwaltungsgerichts**. Berlin: Heymanns 1925, 1925, p. 183-193.

_____. Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen. En: Nipperdey, H. C. (ed.). **Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Band I: Allgemeine Bedeutung der Grundrechte und die Artikel 102–117**. Berlin: Hobbing, 1929, p. 1-32.

TOMUSCHAT, C. **Human Rights. Between Idealism and Realism**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014.

_____. Wohlfahrtsziele auf Welteben: Das Recht auf Wohnung in der Rechtsprechung. **Europäische Grundrechte-Zeitschrift**, ano 45, n. 5/8, p. 121-125, 2018.

_____. UN-Sozialpakt / Pflicht des Staates zum Schutz der Mieter. **Europäische Grundrechte-Zeitschrift**, ano 45, n. 5/8, p. 135-141, 2018.

SCHMITT, C. **Politische Teologie: Vier Kapitel zum Lehre von der Souveranität**. 3ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. 4ª ed. New York: Harper & Row, 1975.

VAQUER CABALLERÍA, M. Retos y oportunidades para una política cabal de vivienda tras la crisis económica. En: VAQUER CABALLERÍA, M., PONCE SOLÉ, J. y ARNAIZ

RAMOS, R. **Propuestas jurídicas para facilitar el acceso a la vivienda**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2016, p. 13-60.