

## **1 INTRODUÇÃO**

O presente trabalho pretende realizar um breve estudo acerca da positivação e real efetivação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), em especial o direito à moradia, que, mesmo com todo aparato jurídico, continua sofrendo restrições devido ao crescimento populacional sem se verificar uma visível preocupação com o *déficit* habitacional tornando-se uma “bola de neve”.

O problema da escassez de moradia é corolário, principalmente, da ausência de políticas públicas, responsabilidade do Estado, como também, pode-se dizer que a política de governabilidade brasileira quase sempre esteve voltada para os interesses individuais, para só depois voltar-se aos interesses sociais que, atualmente, como se vê, buscam fundamentação em teorias para restringir tais direitos ou para justificar sua ausência, burlando, assim, os tratados internacionais que o Brasil faz parte e os direitos sociais garantidos pela própria Constituição Federal.

Esses pontos influenciaram para que a Constituição se preocupasse com a positivação do princípio da Dignidade Humana como fundamento da República, a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais, assim como a estipulação de salário mínimo capaz de atender à necessidade, entre outras, de moradia. Como também a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais. Mas o questionamento que se faz é se a “pura positivação” está sendo suficiente para a sua efetivação.

## **2 FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DIANTE DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS**

Hodiernamente percebe-se o surgimento de querelas entre doutrinadores a respeito do que seria uma norma programática, assim como a verificação da real eficácia dessas normas constitucionais.

Como sabido, não existe norma constitucional destituída de eficácia, visto que a Constituição possui força normativa imperativa. No entanto, admite-se o que se pode apontar como “graus” de eficácia e aplicabilidade. O STF vem adotando o entendimento do professor José Afonso Silva a respeito da classificação das normas constitucionais quando à eficácia e

aplicabilidade das mesmas. De forma breve, o referido professor divide as normas constitucionais em eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada.

Respectivamente, norma de eficácia plena é aquela que está apta para produzir todos os efeitos desde a sua promulgação, sem ter seu campo reduzido por nenhuma outra norma. Por sua vez, norma de eficácia contida é a que também está apta a produzir todos os efeitos desde a sua promulgação, mas poderá ter seu campo reduzido por outra norma. Por fim, norma de eficácia limitada diz respeito à necessidade de regulamentação infraconstitucional para possa estar apta a produzir seus efeitos.

Com relação às normas de eficácia limitada, o supracitado professor também aponta como uma subespécie as normas de princípios programáticos afirmando que “tais normas estabelecem apenas uma finalidade, um princípio, mas não impõe propriamente ao legislador a tarefa de atuá-la, mas requer uma política pertinente à satisfação dos fins positivos nela indicados.” (2012, p. 79).

Por outro lado, Rui Barbosa afirma que “não há, numa Constituição, cláusulas a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm força imperativa, ditadas pela soberania nacional ou popular a seus órgãos.” (p.489) Dessa forma, a doutrina moderna tem advogado que tais normas devem, ao menos, assegurar o mínimo de existência digna aos indivíduos. Sendo assim, o chamado mínimo existencial deve ser garantido de plano/imediatamente, independentemente de implementação através de políticas públicas. Justamente pelo motivo de que, caso não fosse assegurado o mínimo existencial, essas normas seriam meros programas políticos ou súplicas ao legislador, sem nenhum grau de vinculação jurídica.

### **3 CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, assinala, no seu preâmbulo, o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento dos demais direitos:

*Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. (...) Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos (...).*

Há inúmeros artigos na Constituição Federal que buscam concretizar o que está presente da Declaração supracitada. Exemplo disso, o artigo 1º da CF inclui a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, não é segredo que uma das causas de maior discussão acerca da Constituição diz respeito à concretização dos princípios, assim como também dos próprios direitos elencados como fundamentais, principalmente quando envolvidos os direitos sociais. Importante trazer à baila o §1º do artigo 5º da CF, que trata do rol exemplificativo (visto de os direitos fundamentais estão “espalhados” por toda a Constituição) de direitos fundamentais e sua aplicabilidade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm **aplicação imediata**. [grifo nosso].

Como já estudado no tópico anterior, as normas possuem “graus” de eficácia, por sua vez, o parágrafo §1º do artigo 5º da CF deixa claro que as normas relativas a direitos e garantias fundamentais possuem aplicação **imediata**. Assim como preceitua Vladimir Brega Filho, o direito fundamental “é o mínimo essencial gerador de uma vida digna, conforme os preceitos do princípio da dignidade da pessoa humana.” (2002, p. 66). Tendo isso, pode-se afirmar que os direitos fundamentais estão sustentados pelo Estado de Direito como também pelo princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Em suma, o Estado de Direito diz respeito a poderes limitados do Estado. O então professor José Afonso da Silva defende que o conceito de Estado de Direito engloba a submissão tanto dos governantes quando dos cidadãos ao império da lei, como também a existência de separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais. (2012, p.113).

No que tange ao princípio da Dignidade Humana, trata-se de um princípio aberto que permite o reconhecimento a todas as pessoas humanas como sujeitos que possuem direitos, independente que qualquer classe, etnia, gênero, enfim, qualquer termo, ou seja, é inerente à pessoa humana. Luís Roberto Barroso afirma que:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. (2010, p. 15).

Atualmente, com o avanço dos estudos do Direito Constitucional, entende-se que os direitos fundamentais é o núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e a Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico, na qual os valores mais sagrados dentro de uma sociedade devem estar resguardados, por ser documento jurídico com força vinculativa máxima, objetivando, justamente, a força, eficácia, e o respeito a tais valores.

### 3.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE MORADIA

O direito à moradia é reconhecido como forma de assegurar a dignidade da pessoa humana. Seu reconhecimento data de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, sendo introduzido pela Emenda Constitucional nº 26/2000, especificamente do artigo 6º da CF, que assim preceitua:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, **a moradia**, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [grifo nosso].

A moradia possui, segundo o doutrinador Marcelo Novelino (2011), duas dimensões. A primeira é a **dimensão positiva**, na qual a moradia não é apenas o direito se ser proprietário de um imóvel, visto que, devido à reserva do possível - que irá ser aprofundada no próximo tópico -, o indivíduo não tem esse direito totalmente assegurado. Por outro lado, possui dentro dessa mesma dimensão, um direito que pode ser exigido pelo Estado, qual seja, o de ter um abrigo para que se possa realizar necessidades básicas, como a higiene e para que possa se recolher à noite. A segunda é a **dimensão negativa**, que é a proteção que o direito de propriedade possui contra ingerências de terceiros ou até mesmo do Estado.

É nítida a relação entre o “viver bem” ou “bem-estar social”, o respeito à dignidade que toda pessoa humana possui e o direito subjetivo à moradia, conforme o pensamento doutrinário que segue:

Com efeito, sem um lugar adequado para proteger a si próprio e a sua família contra intempéries, sem um lugar para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar, certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, a depender das circunstâncias, por vezes não terá sequer assegurado o direito a própria existência física, e, portanto, o seu direito a vida. (SARLET, 2008, p.45).

Todavia, infelizmente, mesmo diante de todo esse aparato jurídico, ou além passar dos tempos, do desenvolvimento da sociedade etc, o direito essencial como é o direito à moradia, corolário da dignidade, ainda sofre inúmeros problemas para que possa ser um direito assegurado verdadeiramente pelo Estado; para que possa ser eficazmente um “direito de todos”.

#### **4 A DICOTOMIA ENTRE A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

É imperioso reconhecer que a efetivação dos direitos sociais, bem como dos demais e garantias individuais, depende de disponibilidade econômica, por isso mesmo é que se vê a necessidade da implementação de um planejamento orçamentário sistemático que englobe as prioridades das quais o Estado se presta a promover.

A teoria da reserva do possível, fruto oriundo de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão, em 1972, que ficou conhecida como Numerus Clausu<sup>1</sup>, quando se decidiu pela limitação de vagas de ensino do curso de Medicina nas Universidades de Hamburgo e Baviera, hoje é conhecida por ser um pressuposto utilizado para justificar a inviabilidade econômica de o Estado prestar certos serviços.

A teoria supracitada não pode ser utilizada como artimanha para legitimar a omissão do Estado em relação aos direitos e necessidades dos que dele precisam, principalmente quando considerado as disparidades entre as sociedades alemã e brasileira. O orçamento

---

<sup>1</sup> Trata-se da decisão BVerfGE 2 33, 303, onde foi analisada a constitucionalidade, em controle concreto, de normas de direito estadual que regulamentavam a admissão aos cursos superiores de medicina nas universidades de Hamburgo e da Baviera, na Alemanha, nos anos de 1969 e 1970. Em razão do exaurimento da capacidade de ensino dos cursos de medicina, foram estabelecidas limitações absolutas de admissão, por isso ficou conhecida como numerus clausus.

público precisa assumir a sua função social, para que a atuação estatal consiga promover a tão almejada redução das desigualdades econômicas e sociais.

#### 4.1 A JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS COMO ALTERNATIVA À OMISSÃO ESTATAL E A PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

A inépcia do Estado, em relação às condutas que deveriam ser positivas, tem impulsionado, cada vez mais, o fenômeno da judicialização dos direitos sociais, o que dá às pessoas a possibilidade de exigir em juízo a concretização forçada de prestação de cunho social que não foi cumprida da forma devida.

As decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro têm reconhecido a exigibilidade de condutas positivas do Executivo com relação à direitos tidos como mínimos, a exemplo do direito à moradia, desconsiderando a possível invocação da teoria da reserva do possível, como se pode perceber com a leitura da ementa da decisão de um julgado que segue abaixo, com grifos nossos:

APELAÇÃO CÍVEL. ALUGUEL SOCIAL. MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS. ALUGUEL SOCIAL. Pleito que encontra amparo na Lei municipal nº 2996/11. Concessão de auxílio-moradia às famílias desabrigadas ou desalojadas pelas chuvas de janeiro de 2011. Interdição da casa do autor pela Defesa Civil. Pouco importa a nomenclatura utilizada pelo requerente, se auxílio-moradia ou aluguel social, fato é que sua pretensão encontra respaldo na citada lei municipal. Precedentes. Rejeição às preliminares de ilegitimidade passiva e de falta de interesse de agir. Decretos Estaduais nº 42.406/2010 e 43.091/2011. Programa Morar Seguro. Parceria do Estado com os Municípios para reassentamento, cadastramento e pagamento do Aluguel Social à população que vive em áreas de risco no Estado do Rio de Janeiro. **Inexistência de afronta à Teoria da Reserva do Possível. Matéria afeta à preservação do direito à moradia e à dignidade, tangenciando inclusive o mínimo existencial.** RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO.” (STF - ARE: 935345 RJ - RIO DE JANEIRO, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 24/02/2016, Data de Publicação: DJe-037 29/02/2016)

Ao Estado Social é necessário, antes de tudo, o compromisso e envolvimento, por parte dos governantes e dos parlamentares, para a sua efetivação. Hodiernamente, a exemplo das próprias Leis Orçamentárias Anuais (LOA) e do estabelecimento, por leis de iniciativa do Poder Executivo, conforme prevê o Art. 165 da C.F./88, do Plano Plurianual (PPA) e das Diretrizes Orçamentárias, é possível identificar mecanismos que devem viabilizar a instituição de programas que defendam os interesses sociais da coletividade, não o contrário disso.

O planejamento orçamentário servirá, não para outra coisa, se não para tornar possível e viável a adequada distribuição dos recursos públicos. É certo que a toda distribuição de um recurso finito, como no caso do orçamento, é preciso se eleger prioridades. Defendemos, assim como a parte majoritária da doutrina brasileira, a existência de direitos mínimos existenciais.

A própria teoria do mínimo existencial, citando as palavras de Ricardo Lobo Torres (2013), configura “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”.

Assim, talvez o ponto alto deste breve estudo seja a identificação da existência de um rol de direitos mínimos existenciais que pressupõe o exercício de outros direitos, onde o direito à moradia encontra-se em evidência, apesar de não falarmos aqui em hierarquia, não devendo estar submetido a limitações superáveis, o que torna possível a superação da dicotomia entre as teorias até então discutidas.

Outrossim, ainda nos é possível perceber que a via administrativa, antes do judiciário, se mostra a alternativa mais viável para a efetivação do direito à moradia, através da instituição de políticas públicas que tenham como cerne a concentração do incentivo público necessário para priorizar o que merece ser priorizado: o mínimo. Fábio Konder Comparato, em uma feliz colocação, comunga com o que temos dito, quando diz que os direitos sociais “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente” (2010, p. 77).

Habacuque Wellington Sodré proferiu pensamento comum ao nosso e de contundente pertinência:

As políticas públicas são indispensáveis à efetivação de direitos fundamentais e estão condicionadas às ações de poderes políticos (...). Em síntese, são instrumentos de efetivação de direitos, a serem utilizados após a análise de custos e benefícios na relação entre receitas e despesas, visando distribuir, regular e redistribuir benefícios a fim de minorar as desigualdades e aumentar o padrão de vida médio. (SODRÉ, 2011, p.279.)

Quando o Poder Público assume o seu papel efetivamente, tentando satisfazer na medida do máximo possível as prestações sociais positivas, a dignidade é materializada. Ao contrário, o Estado corre o risco de se desvincular da sua própria razão de ser e existir.

## **5 O DIREITO À MORADIA COMO PRESSUPOSTO DO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE**

Os direitos sociais, obedecendo à classificação dos direitos fundamentais, inicialmente difundida pelo jurista checo-francês Karel Vasak (1979), encontram-se rotulados como direitos de segunda geração, que “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (COMPARATO, 2010, p. 77.)

Apenas com a Emenda Constitucional N° 26/2000, citada anteriormente, que se alterou o Art. 6° da Carta Magna brasileira, incluiu no rol dos direitos sociais o direito à moradia. Não é exagero dizer que alguns reconhecimentos tardaram a acontecer, por parte do legislador brasileiro. O direito reconhecido e positivado pela referida emenda, apenas no ano de 2000, doze anos após a promulgação da Constituição Cidadã, é um exemplo disso.

O Direito à moradia deve ser entendido, não de outra forma, como uma premissa do bem estar social. Trata-se de um direito inerente à própria natureza da existência humana. Quem vive, vive em algum lugar. A positivação dessa constante é apenas uma forma que o Estado encontrou para se alinhar à tendência natural do homem.

O direito à moradia deve ser entendido como integrante do núcleo da dignidade humana, sendo o primeiro um pressuposto indispensável para a promoção do segundo. É imperioso fazer essa relação, tendo em vista a possibilidade da ausência de um servir como prejudicial para o exercício do outro.

A interferência estatal, assim, tem o condão de garantir que todos tenham assegurados os meios viáveis para o acesso a uma moradia digna, tendo em vista que a dignidade é um bem maior a ser tutelado pelo Estado e que para a materialização desta se faz necessária a satisfação de necessidades mínimas para a manutenção da plena existência humana.

## **6 CONCLUSÃO**

Defendemos o direito à moradia como sendo mínimo e ousamos dizer que o mesmo se constitui em parte basilar integrante do núcleo da própria dignidade humana. Falamos, aqui, de um direito ao qual deve se dar interpretação lato sensu, de modo que seja entendido como promotor do bem-estar social, incluindo os acessórios a ele inerentes, a exemplo do acesso a



saneamento básico, meio ambiente equilibrado e das garantias reais da própria propriedade, gerando justiça social.

Todos os meios possíveis devem ser utilizados para que sejam garantidas as condições mínimas inerentes à subsistência humana. A moradia digna é essencial para que outros direitos possam ser exercidos. Evitando a manifestação do judiciário, o quanto for viável, as políticas públicas, bem como os demais meios de incentivos disponíveis, deverão suprir as carências das pessoas que precisam ter as suas cidadanias reafirmadas.

Em tempo, entendemos que o Estado deve cumprir a sua função social e satisfazer, da maneira mais máxima possível, às necessidades de todos, principalmente as de quem dele dependem, através da viabilização do exercício dos direitos que se comprometem e estão intrinsecamente vinculados à promoção da dignidade do homem, materializando a eficácia das normas constitucionais fundamentais e corroborando com a manutenção da vida humana de forma conveniente.

## REFERÊNCIAS

BARBOZA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**, II, São Paulo, 1933, p. 489;

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 fev. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 77.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível**. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. 3. ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

FILHO, Vladimir Brega. **Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.66;

Luís Roberto Barroso, **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010, p. 15-18;

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. Editora Método, 5º edição. São Paulo. 2011;  
ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em 18 fev. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. In: FACHIN, Zulmar (coord.). **20 anos de Constituição cidadã**. São Paulo: Método, 2008. p. 45-50.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. Rev. E atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2013, pp. 288-289.

SILVA, José Afonso; **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**; Ed. Malheiros; 8ª edição; 2012.

**SODRÉ, Habacuque Wellington. As contingências das demandas individuais frente à questão da universalização dos direitos sociais no contexto da judicialização da política.**

In. Revista de Processo (RePro). n. 200, ano 36, São Paulo: RT, 2011.