

1 Introdução

O direito à moradia foi previsto de forma expressa através da edição da Emenda Constitucional nº 26, em 14 de fevereiro de 2000. Essa Emenda Constitucional consagrou no artigo 6º, da Constituição Federal, o direito humano fundamental à moradia, como um direito social fundamental do cidadão.

Salienta-se, desde já, que mesmo antes de ser tido como direito social, o direito à moradia já estava previsto em decorrência da tutela de outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida digna e à propriedade. O direito à moradia baseava-se no princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à moradia também encontrava espeque constitucional, desde a sua promulgação, no disposto no artigo 23, inciso IX, que determina que todos os entes federativos têm competência administrativa para “promover programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.

O direito à moradia será analisado neste estudo, como um direito humano fundamental e social, uma cláusula pétrea, visto que está presente no título segundo da Constituição Federal “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” não podendo ocorrer alterações por parte do Poder Constituinte derivado.

Diante dessa breve exposição, merece ser questionada a eficácia e aplicabilidade da norma Constitucional à luz da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Em remate, deve-se dizer que o presente estudo tem uma natureza bibliográfica, embasado na documentação indireta. O seu método de abordagem é o hipotético-dedutivo, fundamentado no estudo da doutrina e da jurisprudência.

2 Direito humano fundamental à moradia

A primeira questão a ser respondida diz respeito a qual termo é o mais adequado para se referir ao direito à moradia digna, objeto desse artigo: Direitos do homem? Direitos humanos? Direitos fundamentais? Direitos humanos fundamentais? O título do artigo já traz a resposta quanto à opção terminológica realizada. Resta, então, justificá-la.

Para uma melhor compreensão do tema, é necessário fazer a diferenciação entre direitos do homem, direitos do cidadão, direitos humanos e direitos fundamentais, bem como

apontar as consequências práticas dessa distinção. A expressão direitos do homem é utilizada pela doutrina predominante no sentido de direitos naturais não positivados, ou ainda não positivados.

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 30)

A expressão direitos do homem teve como documento propagador, a Declaração francesa de 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Note-se que o contraste entre "direitos do homem" e "direitos do cidadão" mostra um viés jusnaturalista, a indicar que os direitos do homem seriam direitos naturais, inalienáveis, pré-estatais, enquanto que os direitos do cidadão dizem respeito ao sujeito que faz parte da sociedade política; direitos positivados e garantidos pelo ordenamento jurídico. (SERRANO, 2011, p. 11).

A expressão direitos humanos é usada no sentido de direitos positivados na esfera internacional, por meio de documentos de direito internacional, eis que a expressão “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir a posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, sendo independentes de uma vinculação com determinada ordem constitucional e portanto aspiram uma validade universal, para todos os povos e tempos, manifestando um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2015, p. 29).

Em sentido diverso GORCZEVSKI defende que direitos humanos são valores superiores, naturais ou pré-estatais, que independem do Estado para concretizá-los.

[...] para nós direitos humanos, são unicamente aqueles pré-estatais, ou naturais, direitos que não dependem de nenhuma sociedade política para concretizá-los, devendo o Estado apenas protegê-los; estamos, pois, num mundo de valores superiores, não de direito propriamente dito – o que mais vamos denominar de direitos de primeira geração. Já uma segunda geração de direitos, aqueles denominados de prestacionais, que foram concedidos (ou conquistados) de uma sociedade política e são garantidos e exercidos nos limites de um determinado

Estado e que necessitam de uma ação pública para concretizá-los, denominamos direitos de cidadania; são mais restritos e somente existem no âmbito interno de um Estado, ao contrário dos direitos humanos que são universais. (2009, p. 15).

A expressão “direitos fundamentais” é utilizada para os direitos humanos que foram reconhecidos, positivados e protegidos pelo direito constitucional de um determinado Estado, em seu âmbito interno.

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2015, p. 29).

Apesar da distinção apontada, verifica-se que não existem incompatibilidades entre ambas as categorias (direitos humanos e fundamentais), devido à incorporação ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. O direito à moradia é justamente uma prova inquestionável desse processo, já que se cuida, simultaneamente de direito humano, eis que reconhecido e protegido na esfera internacional, e fundamental, já que constitucionalmente assegurado. No entanto, como nem todos os direitos fundamentais dizem respeito à tutela da pessoa, na qualidade de ser humano, optou-se neste artigo pelo uso da expressão "direitos humanos fundamentais". O uso de tal expressão também deixa claro que se trata de um direito inerente ao ser humano e não de pessoa jurídica.

Do reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental, eis que reconhecido e protegido constitucionalmente, decorre uma dupla fundamentalidade, material e formal. Sobre a fundamentalidade em seu aspecto formal:

No caso da Constituição Brasileira, a fundamentalidade formal, desdobra-se em três elementos, já largamente reconhecidos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à moradia) situam-se no ápice

do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) ainda na condição de normas fundamentais insculpidas no corpo da Constituição, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado para a modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim designadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares (SARLET, 2010, p. 3).

A fundamentalidade no sentido material decorre da circunstância de os direitos fundamentais serem elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da Sociedade. A noção de fundamentalidade material permite a abertura da constituição a outros direitos fundamentais não constantes do seu texto, ou seja, apenas, materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do seu catálogo, mas integrantes da Constituição formal. (SARLET, 2015, p. 76)

De outra banda, deve-se dizer que este estudo adota como denominação a expressão “dimensões dos direitos fundamentais” e não “gerações dos direitos fundamentais”. Essa escolha terminológica parte da ideia de que o reconhecimento progressivo dos direitos fundamentais possui um caráter de complementaridade e não de exclusão.

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina (SARLET, 2015, p. 45).

3 Das dimensões dos direitos fundamentais

São chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão os direitos e garantias individuais e políticos clássicos. São considerados direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte do Estado. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. São exemplos desses os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade e, ainda, os direitos políticos como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos em geral de cunho positivo que exigem do Estado um comportamento

ativo na realização da justiça social. São exemplos desses os direitos à saúde, à assistência social, à educação ao trabalho e etc.

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns mais representativos”. (SARLET, 2015, p. 48).

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são também chamados de direitos de solidariedade e fraternidade e se caracterizam como direitos de titularidade coletiva ou difusa. São exemplos desses os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, à comunicação, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural.

Alguns doutrinadores, no âmbito do direito pátrio, entre eles Paulo Bonavides, se posicionam a favor do reconhecimento de uma quarta dimensão, sustentando que essa é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, em sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. Essa dimensão é composta pelos direitos à democracia direta, à informação, assim como o direito ao pluralismo. Veja-se o seguinte ensinamento:

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. [...] Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. [...] A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infraestruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia. (BONAVIDES, 2015, p. 585).

No sentido oposto se posiciona GORCZEVSKI pela existência de somente três dimensões de direitos:

De nossa parte seguimos com Perez-Luño, Cortina, Pinilla, Fernández-Largo, e tantos outros, e identificamos, ao menos por ora, unicamente três gerações de direitos. O que se apresenta como direitos de quarta geração são, na verdade, procedimentos decorrentes dos avanços científicos, que tornam o homem semideus, capaz de criar vida, modifica-la, alterá-la e extingui-la; questões, portanto, de fundo absolutamente ético. Todos esses procedimentos estão diretamente ligados aos direitos de primeira geração, ora em complemento ora em confronto. Não se trata, portanto, de uma nova geração de direitos. Poderíamos admitir, no máximo, uma subdivisão da primeira geração. Já os direitos de quinta geração, parece-nos ainda algo absolutamente indefinido. Da forma que são apresentados, poderíamos enquadrá-los, na mesma situação à qual nos referíamos à quarta geração: um complemento ou um afronto, neste caso a direitos de terceira geração, em especial à informação e ao desenvolvimento. (2009, p. 144).

Feitas essas considerações, deve-se dizer que o direito à moradia se classifica como um direito de segunda dimensão, eis que exige por parte do Estado uma prestação positiva. No entanto, devemos atentar para o fato que o direito à moradia também possui uma dimensão de cunho negativo, uma vez que dirigido a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares.

4 Da evolução do direito à moradia

Feitas essas considerações sobre as dimensões dos direitos fundamentais, passa-se a expor o conceito jurídico de direito à moradia. Doutrinariamente, a moradia é conceituada como o lugar ocupado para residir, conforme se infere da seguinte lição:

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica de habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo Morar, do latim “morare”, que significa demorar, ficar. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia. (SILVA, 2011, p. 315).

O direito à moradia surgiu primeiramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde, pela primeira vez, restou consignado o reconhecimento dos

assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia. O artigo 25, item 1, da Declaração, assim determina:

Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.¹

No âmbito do direito internacional convencional, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, que vieram a ser ratificados e incorporados ao direito interno brasileiro. Entre eles merece ser destacado o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966², que em seu artigo 11, item 1, que assim dispõe:

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.³

Sobre a temática, destaca, entre outros instrumentos internacionais:

[...] a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969), cujo art. 5º assegura, sem discriminação por motivos de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, entre outros direitos, o direito à moradia. Em termos

¹ ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acessado em 08/04/2015.

² O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. O Congresso Nacional aprovou o texto do referido diploma internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. A Carta de Adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi depositada em 24 de janeiro de 1992. O pacto ora promulgado entrou em vigor, para o Brasil, em 24 de abril de 1992, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º. Em 06 de julho de 1992 foi promulgado o decreto executivo nº 591, determinando o seu cumprimento.

³ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm, acessado em 28/04/2015.

semelhantes, também as Convenções Internacionais sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (1989), bem como a Convenção sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes (1990), contém dispositivos reconhecendo um direito à moradia, com alguma variação no que diz com dimensões específicas deste direito. (SARLET, 2010, p. 10).

O autor, antes citado, ainda no plano internacional, destaca:

[...] pela sua relevância especial para o reconhecimento e proteção do direito à moradia, inclusive pela sua influência no que diz com a fundamentação de uma inserção deste direito na nossa própria ordem jurídica, na condição de direito fundamental social, cumpre citar os documentos oriundos de duas grandes conferências promovidas pela ONU sobre a problemática dos assentamentos humanos, respectivamente em 1976 (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I) e em 1996, em Istambul, Turquia, da qual resultou a assim designada Agenda Habitat II, tido como o mais completo documento na matéria, do qual também o Brasil é signatário. Já por ocasião da Declaração de Vancouver (1976) restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmado o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, com remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização, que voltarão a ser objeto de referência. (SARLET, 2010, p. 10).

Feita essa breve exposição sobre o reconhecimento do direito à moradia e a sua proteção na esfera do direito internacional geral e convencional, e ressaltando que se deixa de examinar os aspectos ligados à sua eficácia, efetividade e força vinculante, por extrapolarem os limites deste estudo, passa-se a analisá-lo no âmbito interno.

O direito à moradia foi incluído de forma expressa no ordenamento constitucional pátrio, através da edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. No entanto, o referido direito fundamental já se encontrava previsto de forma implícita no nosso ordenamento. Nesse sentido, destaca-se a prestigiosa lição:

No direito constitucional pátrio, em que pese ter sido o direito à moradia incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social expresso - apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, constata-se que, consoante já referido no voto da Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos,

com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional. (SARLET, 2010, p.12).

O direito humano fundamental à moradia é reconhecido como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, já que esta demanda a satisfação das necessidades básicas do cidadão.

Tendo em conta que no caso do direito à moradia a íntima e indissociável vinculação com a dignidade da pessoa humana resulta inequívoca, pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna, parece-nos dispensável, dadas as proporções deste estudo, avançar ainda mais na sua fundamentação. Aliás, provavelmente é ao direito à moradia - bem mais do que ao direito de propriedade - que melhor se ajusta a conhecida frase de Hegel, ao sustentar - numa tradução livre - que a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (Sphäre ihrer Freiheit). Com efeito, sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local 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, por vezes não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. (SARLET, 2010, p. 15).

O direito humano fundamental à moradia, por ser reconhecido como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, legitima interpretações que visem a garantir uma maior efetividade do referido preceito constitucional.

[...] impõe, ao Estado, dispensar tutela efetiva às pessoas, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes a proteção do patrimônio mínimo, fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa – enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) – valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional, apto a legitimar interpretações que objetivem destacar o necessário respeito ao indivíduo, superando-se, desse modo, em prol da subsistência digna das pessoas, restrições que eventualmente possam frustrar a eficácia de um direito tão essencial como o da intangibilidade do espaço doméstico em que o ser humano vive com a sua família⁴. (MELLO, 2010, p.1).

⁴ Trecho da decisão Monocrática. AI 799803 / RJ - RIO DE JANEIRO, AGRAVO DE INSTRUMENTO, relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/05/2010. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%20ESCLA%2E+E+799803%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=base Monocraticas&url=http://tinyurl.com/cqpkjeb](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%20ESCLA%2E+E+799803%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=base%20Monocraticas&url=http://tinyurl.com/cqpkjeb)>. Acessado em 30/10/2015.

5 Da eficácia e da efetividade na sua dupla perspectiva: defensiva e prestacional

Antes de se analisar a eficácia e efetividade do direito fundamental à moradia, é preciso esclarecer que o disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, aplica-se inteiramente a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, independentemente de estarem ou não previstos no artigo 5º da Constituição.

[...] entendemos que há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da nossa Carta Magna. (SARLET, 2010, p. 25)

Feitas essas considerações sobre a fundamentação do direito à moradia passa-se à análise da sua eficácia e efetividade, considerando preliminarmente a tormentosa questão do significado do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, para as diversas categorias de direitos fundamentais. Para uma melhor compreensão do tema, devem-se ressaltar os seguintes ensinamentos:

[...] Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta [...]. (SILVA, 2010, p.180)

Assim, torna-se imperioso reconhecer que, mesmo no âmbito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, existem normas de eficácia limitada, as quais não têm condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do legislador ordinário.

Destaca-se que os direitos fundamentais, em nossa ordem constitucional, podem ser divididos em duas categorias ou dimensões distintas. A primeira categoria é a dos chamados direitos de defesa. A segunda categoria é a dos chamados direitos sociais de cunho prestacional.

A diferença entre eles é que os direitos a prestações necessitam de normas para a sua concreção, enquanto os chamados direitos de defesa não necessitam de normas para a sua concreção. Note-se que as duas categorias de direitos podem ser conexas e não são necessariamente excludentes, podendo um direito fundamental pertencer reciprocamente às duas categorias.

O direito fundamental à moradia pertence simultaneamente às duas categorias, exigindo por parte do Estado uma condição negativa (defensiva) e uma outra positiva de caráter prestacional.

Em outras palavras, sustentaremos aqui o ponto de vista de que o direito à moradia exerce simultaneamente a função de direito de defesa e direito a prestações, incluindo tanto prestações de cunho normativo, quanto material (fático) e, nesta dupla perspectiva, vincula as entidades estatais e, em princípio, também os particulares, na condição de destinatários deste direito, muito embora se possa controverter a respeito do modo e intensidade desta vinculação e das consequências jurídicas possíveis de serem extraídas a partir de cada manifestação do direito à moradia [...] (SARLET, 2010, p. 21).

Dentro da chamada dimensão negativa, também denominada de função defensiva dos direitos fundamentais, verifica-se que a moradia se encontra, em princípio, devidamente protegida contra toda e qualquer sorte de agressões, seja por parte do Estado, seja por parte de particulares. Ambos têm a obrigação jurídica de respeitar a moradia das pessoas. Toda e qualquer medida que viole o direito de moradia das pessoas é passível de ser combatida em juízo, seja na esfera do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, seja na esfera do controle difuso e incidental, ou por meio dos instrumentos processuais específicos disponibilizados pelo nosso ordenamento jurídico.

Quando analisada a dimensão defensiva (negativa) dos direitos fundamentais, inexiste qualquer dúvida sobre a plenitude eficaz e a imediata aplicabilidade, isto em decorrência do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Note-se que aqui não se exige por parte do Estado a realização de prestações fáticas ou normativas, mas, sim, um comportamento em geral omissivo, exigindo o respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal. Frisa-se que a aplicabilidade imediata e a plena eficácia desses direitos encontram explicação no fato de que o constituinte concedeu normatividade suficiente e por isso independem de concretização legislativa.

Salienta-se, mesmo diante do exposto, que o direito à moradia somente pode ser considerado um direito absoluto no sentido de ser oponível *erga omnes* e não no sentido de predomínio sobre os outros direitos em abstrato. (SOUZA, 2013, p. 113).

Tal aspecto assume especial relevância quando se verifica, por exemplo (tomando por referência ingerências oriundas dos órgãos estatais), a necessidade de o poder público promover desapropriações, ainda que com inequívoca finalidade social e coletiva, que acabam gerando, além da perda do domínio para os expropriados, o desapossamento e perda da moradia, neste caso, passível de compensação quando efetivamente assegurada a justa e necessária indenização prevista na Constituição. Também a desocupação de área de proteção ambiental, estribada portanto, em outro valor constitucional fundamental, poderá levar a desapossamentos e afetar o direito à moradia não apenas de uma pessoa ou família, mas de uma coletividade inteira, sem que tais objetivos possam ser alcançados de modo arbitrário e de tal sorte a impor um sacrifício do direito à moradia dos atingidos pelas medidas. É também por esta razão que a normativa internacional (de modo especial a Agenda Habitat) e as diretrizes fixadas pelos organismos de controle, impõe aos Estados a garantia de uma segurança jurídica efetiva da posse utilizada para moradia, seja pela edição de legislação regulamentando os desapossamentos, seja pela observância do devido processo legal e assegurando uma proteção adequada contra medidas arbitrárias, entre outros aspectos a serem considerados. (SARLET, 2010, p. 31).

O fato de se reconhecer o direito à moradia como um direito humano fundamental não significa que se esteja diante de um direito absoluto, completamente imune a restrições. O direito à moradia, assim como os demais direitos fundamentais não são absolutos, no sentido de ter imunidade à restrição. As restrições fazem parte da dinâmica existência dos direitos fundamentais, porque estes convivem dentro de um ordenamento jurídico complexo, devendo-se harmonizar com outros direitos, valores, interesses ou bens juridicamente protegidos. (SERRANO, 2011, P. 14).

Com relação ao caráter não absoluto do direito à moradia, no sentido de não predominância sobre outros direitos, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, julgou que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República⁵. Em

⁵ EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de

apertada síntese, pode-se dizer que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado de forma arbitrária da moradia.

De outra banda, mas ainda no contexto do direito à moradia como um direito de defesa, impõe-se analisar a proibição do retrocesso, isto é, contra uma supressão ou esvaziamento por parte do legislador. O direito à moradia, por se tratar de cláusula pétrea, não pode ser abolido da Constituição Federal, isso com espeque legal no disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Magna Carta. Nesse sentido:

Tomando o assim denominado princípio da proibição de retrocesso (que, em princípio, não tem o condão de afastar necessárias e legítimas restrições e adaptações no âmbito da indispensável liberdade de conformação da qual dispõe o legislador numa ordem democrática) num sentido mais amplo do que o convencional, poder-se-á sustentar (embora se cuide de aspecto reconhecidamente controverso) que o direito à moradia (notadamente pela sua estreita vinculação com o direito à vida e a dignidade da pessoa) não mais poderá ser suprimido do texto da Constituição por meio de emenda constitucional, passando a integrar o elenco dos limites materiais (ainda que na condição de limite implícito) da nossa Constituição, nem ser objeto de restrição – igualmente no bojo de uma reforma constitucional - que venha a atingir o núcleo essencial (no mínimo o conteúdo existencial) do direito à moradia, que, de resto – consoante já demonstrado – encontra proteção também em face de eventuais medidas restritivas impostas pelo poder público e no âmbito das relações entre particulares. (SARLET, 2010, p. 33).

Ainda como decorrência do princípio da vedação do retrocesso, encontra-se vedada a possibilidade de o legislador infraconstitucional desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais. Assim, pode-se sustentar que o legislador não poderia revogar, integralmente ou em aspectos essenciais, sem oferecer alternativas compensatórias, a Lei 10.257/2001, denominada de Estatuto das Cidades; a lei 8.009/1990, que prevê a impenhorabilidade do único bem imóvel da família; ou, ainda, a lei nº 11.977/2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV. (SARLET, 2010, p. 33).

locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688/AC - ACRE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 08/02/2006
Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em 17/10/2015.

Analisada a dimensão negativa do direito fundamental à moradia, passa-se a análise da sua dimensão positiva, eis que se trata de um direito social de cunho prestacional. A compreensão da dimensão positiva é de grande relevância, diante da situação social do Brasil. Conforme os dados das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) dos anos 2011 e 2012, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em fevereiro de 2014, o Brasil possuía em 2011 um déficit habitacional estimado em 5,581 milhões de domicílios. Em 2012 o déficit habitacional foi estimado em 5,430 milhões de domicílios.⁶

Em 2012, o déficit habitacional estimado corresponde a 5,430 milhões de domicílios, dos quais 4,664 milhões, ou 85,9%, estão localizados nas áreas urbanas (tab. 3.1). Em relação ao estoque de domicílios particulares permanentes e improvisados, o déficit corresponde a 8,5%, sendo 8,5% nas áreas urbanas e 8,8% nas rurais. Na comparação com 2011 houve ligeira queda no percentual de unidades habitacionais consideradas déficit na área urbana: elas passaram de 8,7%, em 2011, para 8,5%, em 2012. Na área rural, a queda foi um pouco maior. Passou de 10,7%, em 2011, para 8,8%, em 2012. Em termos absolutos, houve um decréscimo de 151 mil unidades habitacionais no déficit habitacional brasileiro entre 2011 e 2012. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2015, p.31).

Conforme demonstrado anteriormente, o Brasil é signatário do Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais (1966). O referido pacto dispõe em seu artigo 2º, item 1:

Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Assim, em que pese a exigência de uma implementação gradativa, já que inexigível uma solução imediata para o problema da moradia, fica evidenciado que devem ser destinados recursos materiais para a implantação em um patamar mínimo.

Questão tormentosa é a de saber se o poder público pode (e deve) ser compelido a disponibilizar uma moradia àqueles que demonstrarem a impossibilidade de adquiri-la por seus próprios meios. Preliminarmente, deve ser esclarecido que o direito à moradia é enquadrado na

⁶ Fonte: Dados básicos: PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 31, 2011; v. 32, 2012. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br>. Acessado em 17/10/2015.

categoria das normas constitucionais pragmáticas. Por outro lado, também é certo que o direito à moradia, em que pese a sua conotação pragmática, não é destituído de eficácia, ainda que eventualmente reduzida.

A questão posta em debate é respondida da seguinte forma:

Neste contexto e antes de seguirmos, convém lembrar que é justamente na sua dimensão prestacional (e em função desta) que os direitos sociais – e o direito à moradia em especial – têm sido enquadrados na categoria das normas constitucionais programáticas (ou impositivas de programas, fins e tarefas, como sugere Canotilho), posição esta que ainda parece refletir a posição dominante, notadamente no direito comparado e internacional. Tal entendimento – apenas a título ilustrativo – restou consignado, reiteradamente, pelo Tribunal Constitucional de Portugal, sustentando, na esteira do magistério de Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, que o direito à habitação, compreendido como direito a ter uma moradia condigna, constitui um direito a prestações, cujo conteúdo não pode ser determinado ao nível das opções constitucionais e pressupõe uma tarefa de concretização e de mediação do legislador ordinário, não conferindo ao cidadão um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável, nem exequível por si mesmo. (SARLET, 2010, p. 36).

O legislador ordinário visando dar uma maior concretização ao direito humano fundamental à moradia instituiu por meio da Lei nº 12.435/11⁷ o benefício do aluguel social. Este pode ser conceituado como um benefício assistencial eventual, de competência do Município, que tem por finalidade o atendimento de necessidades decorrentes de vulnerabilidade temporária e calamidade pública. Tal conceito é extraído da literalidade dos artigos 15 e 22 da Lei 8.742/93.⁸ O instituto visa essencialmente a beneficiar por tempo determinado ou determinável aquelas famílias que, a partir da instauração de um evento extraordinário (situação de riscos, perdas e danos), foram expostas a uma situação de vulnerabilidade temporária.

Ainda na esfera de um direito à moradia como direito de acesso a uma habitação, é relevante destacar que o legislador pátrio vem dando passos importantes para uma efetiva implementação desse direito, buscando apresentar soluções para os problemas da regularização

⁷ A Lei nº 12.435/11 alterou a Lei 8.742/93, que dispõe sobre a organização da Assistência Social.

⁸ Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do Suas e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública. (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011). Art. 15. Compete aos Municípios: I - destinar recursos financeiros para custeio do pagamento dos benefícios eventuais de que trata o art. 22, mediante critérios estabelecidos pelos Conselhos Municipais de Assistência Social; (Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011).

fundiária urbana e da aquisição da moradia. Frisa-se, ainda, que mesmo em linhas gerais, é relevante destacar a importância da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. A função primordial desse programa é facilitar o acesso à moradia para a população de baixa renda e reduzir o déficit habitacional dessa classe social, especialmente nos casos em que esteja configurado o interesse social, através de recursos do Sistema Financeiro Habitacional. A lei tem como um dos seus objetivos criar uma série de mecanismos para produção, aquisição e reforma de unidades habitacionais de interesse social.

6 Conclusões

Feitas estas considerações, algumas conclusões devem ser expostas. Com o firme propósito de reafirmar os posicionamentos anteriormente adotados, passa-se à exposição sistemática das mais relevantes conclusões sobre o acordo de leniência.

Apesar da distinção apontada entre direitos humanos e fundamentais, verifica-se que não existem incompatibilidades entre ambas as categorias devido à incorporação ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. O direito à moradia é justamente uma prova inquestionável desse processo, já que se cuida simultaneamente de direito humano, uma vez que é reconhecido e protegido na esfera internacional e fundamental, sendo constitucionalmente assegurado. No entanto, como nem todos os direitos fundamentais dizem respeito à tutela da pessoa, na qualidade de ser humano, conclui-se que a expressão "direito humano fundamental" é a mais adequada para se referir ao direito à moradia.

Embora o direito à moradia seja tradicionalmente classificado como um direito de segunda dimensão, exigindo por parte do Estado uma prestação positiva, ele também possui uma dimensão de cunho negativo, uma vez que é dirigido a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares. Analisada a dimensão defensiva (negativa) do direito fundamental à moradia, inexistente qualquer dúvida da sua plena eficácia e da sua imediata aplicabilidade, isto em decorrência do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal. O direito à moradia,

embora seja enquadrado na categoria das normas constitucionais pragmáticas, não é destituído de eficácia, ainda que eventualmente reduzida.

Em remate, já na esfera de um direito à moradia como direito de acesso a uma habitação, é relevante destacar que o legislador pátrio vem dando passos importantes para uma efetiva implementação deste direito, buscando apresentar soluções para os problemas da regularização fundiária urbana e da aquisição da moradia.

7 Referências

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 30. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2015. 862 p.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm>. Acessado em 28/04/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário RE nº 407688/AC – Acre**. Relator(a): Min. Cezar Peluso. Julgamento: 08/02/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?do_cTP=AC&docID=261768>. acesso em 17/10/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão Monocrática. AI 799803 / RJ - Rio de Janeiro, agravo de instrumento**. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Julgamento: 31/05/2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24%2ESCLA%2E+E+799803%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/cqpkjeb>>. Acessado em 30/10/2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. 1522 p.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. **Déficit habitacional no Brasil 2011-2012**. Belo Horizonte, 2015. 126p. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br>>. Acessado em 17/10/2015.

GORCZEVSKI, Clovis (Org.). **Direitos humanos, educação e cidadania**. Porto Alegre: Ed. da Universidade/UFRGS, 2007. 394 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 863 p.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acessado em 28/04/2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed., rev., atual e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2015. 512 p.

_____, Ingo Wolfgang. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição**: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 20, dezembro, janeiro, fevereiro, 2009, 2010. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-20-DEZEMBRO-2009-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

_____, Ingo Wolfgang. **O direito fundamental à moradia aos vinte anos da constituição federal de 1988**: notas a respeito da evolução em matéria jurisprudencial, com destaque para a atuação do supremo tribunal federal. ANIMA – Revista Eletrônica do Curso de Direito da OPET, 2008. Disponível na Internet: <http://www.animapet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

_____, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2011. 192 p.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento**. 2011. 264 f. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 928 p.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de habitação**. Análise comparativa e seu aspecto teórico e prático com os direitos da personalidade. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 350 p.