**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO**

Kalel Max Mota

**DIREITO À MORADIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E A
PROBLEMÁTICA DA SUA EFETIVIDADE**

**Marabá-PA
2016**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
INSTITUTO DE ESTUDOS EM DIREITO E SOCIEDADE
FACULDADE DE DIREITO**

Kalel Max Mota

**DIREITO À MORADIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E A
PROBLEMÁTICA DA SUA EFETIVIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Federal do Sul
e Sudeste do Pará, como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharelado em
Direito.

Orientador: Msc. Júlio César Sousa Costa

**Marabá-PA
2016**

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, José de Araújo Mota Filho e Maurina Mota, pelo constante apoio e carinho que me deram durante a minha vida, e por se doarem de fato para que eu pudesse alcançar a conclusão da minha graduação. Verdadeiramente não conseguiria concluir esse trabalho se não fosse por eles e pela educação que me deram, seja ela formal ou não.

Aos meus irmãos, Vanessa e Arghus, pela ativa participação na minha construção como pessoa.

Agradeço a minha amada Thayane Carvalho de Faria que esteve sempre ao meu lado em todos os momentos durante a realização desse trabalho, me ajudando e apoiando nas diversas dificuldades que apareceram nesse ínterim, e cujo amor, cuidado, amizade e companheirismo têm sido essenciais para me impulsionar durante a minha caminhada.

Ao professor Msc. Júlio César Sousa Costa, meu orientador, pela generosidade intelectual e por acreditar em meu trabalho.

Agradeço aos meus amigos, Juliana Russo, Tiago Mota, Murilo Gaby e Robson Mota pelas sólidas amizades que construímos.

RESUMO

A Moradia Digna ocupa elevado protagonismo na vida das pessoas tendo em vista a sua importância nas mais diversas dinâmicas sociais, diante disso o pensamento jurídico internacional defende a sua implementação por parte dos Estados desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem como verdadeiro direito humano. Seguindo a evolução jurídica a Constituição Federal de 1988 tardiamente no ano de 2002 incluiu o direito à moradia como direito fundamental social no seu artigo 6º, embora parte da doutrina não o considere ainda como direito fundamental, outra parte, atenta à evolução constitucional e ao regime material aberto de direitos fundamentais da Constituição de 1988 defende que este sempre gozou deste *status*. Não obstante tudo isso, o direito à moradia continua com uma baixa efetividade, assim o distanciamento do ordenamento jurídico para com a realidade fática acentua-se cada dia mais, embora as suas consequências tenham origens históricas. Assim, tendo por base os escritos de Sarlet (2012), Barroso (2012) e Serrano Júnior (2012), buscou-se realizar um estudo a respeito da problemática da efetividade do direito à moradia, com ênfase no papel do judiciário e a premente necessidade de cumprimento dos ditames constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Moradia. Dignidade da Pessoa Humana. Direitos Fundamentais. Efetividade.

ABSTRACT

The Dignified Habitation occupies large role in the lives of people because of their importance in the most social dynamics, against that, international legal thinking defends its implementation by the States since the Universal Declaration of Human Rights as a true human right. Following the juridical evolution the Federal Constitution of 1988 lately in 2002 included the right to housing as a social fundamental right in Article 6, although part of the doctrine did not even consider as a fundamental right, the other part, attempting to the constitutional evolution and open material regime of the fundamental rights in the 1988's Constitution defends that this right has always enjoyed this status. Despite all this, the right to housing continues with a low effectiveness, in this way the legal order gets more distant from the reality is each day, although consequences to it are historical. Thus, based on the writings of Sarlet (2012), Barroso (2012) and Serrano Júnior (2012), this article pursuit to make a study about the problematical effectiveness of the right to housing, emphasizing on the role of the judiciary and the urgent need for implementation of constitutional principles.

KEY-WORDS: Right to Housing. Dignity of Human Person. Fundamental Rights. Effectiveness.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
1. O DIREITO À MORADIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	09
2. O DIREITO À MORADIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL.....	17
2.1 A fundamentalidade do Direito à Moradia	
2.2 Relação Direito à Moradia e Dignidade da Pessoa Humana	
3. A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA.....	30
3.1 Uma análise conceitual: eficácia jurídica, eficácia social e efetividade	
3.2 Aplicabilidade imediata e eficácia jurídica	
3.3 A efetividade do direito à moradia digna e a Reserva do Possível	
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	47
REFERÊNCIAS.....	50

INTRODUÇÃO

O acesso à moradia no Brasil, embora consagrado na Constituição Federal como um dos direitos sociais, em conjunto com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ainda parece longe de ser efetivado da maneira que atenda satisfatoriamente às necessidades da população. São milhões os que não possuem moradia, ou possuem em condições precárias com visível ofensa à dignidade da pessoa humana.

A realidade vista na prática contrasta com regime dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, com o regime de direitos humanos contemplados nos diversos tratados internacionais que versam sobre a matéria, e as legislações infraconstitucionais que preveem medidas de acesso e promoção a uma habitação adequada. Foi desse contraste que surgiu o interesse por essa linha de pesquisa, o distanciamento do texto posto e da realidade prática.

Tais questionamentos são abundantes na doutrina jurídica e sociológica que continua a se perguntar quais os caminhos para superar a alarmante crise da efetividade dos direitos fundamentais sociais em que o direito à moradia representa uma de suas facetas.

Diante dessa realidade, buscando compreender quais as problemáticas que envolvem a efetividade do direito à moradia, e em que medida a efetividade desse direito ocorre, impõe-se a necessidade de um estudo acurado a respeito desse direito.

Logo, a importância de estudar a sua natureza jurídica e em que contexto se insere na ordem constitucional brasileira, visto que na Constituição Federal de 1988 está positivado como direito fundamental, embora haja quem não o considere dessa forma, e, mesmo que seja reconhecido, buscam enfraquecer a efetividade do mesmo deixando-o a mercê da vontade do legislador infraconstitucional e da discricionariedade do administrador.

Ainda nessa perspectiva, sobreleva a relação desse direito com a dignidade da pessoa humana, que representa vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico, pois há uma intrínseca relação de dependência entre promover a dignidade e garantir a moradia adequada. A moradia é abrigo que protege a integridade física, garante ao indivíduo plenas condições para o desenvolvimento autônomo e social.

Apesar dos recentes esforços do poder público na concessão de moradias populares, a questão da efetividade do direito à moradia continua distante do

almejado, é necessário que o plano constitucional saia do papel e se efetive no mundo dos fatos, que as condições de acesso à moradia sejam acessíveis a todos em igualdade de condições, pois, diante do protagonismo assumido pela Constituição nas quadras do neoconstitucionalismo, uma nova maneira de pensar os direitos sociais deve se sobressair.

Dessa forma, esse escrito tem por intuito compreender em que medida o ordenamento constitucional pátrio prevê a efetividade do direito à moradia, por meio de um estudo constitucional, e quais as problemáticas existentes no seu processo de efetivação, buscando discutir e compreendê-las, além de explorar medidas que contribuam no processo de concretização desse direito.

Para isso optou-se por pesquisa qualitativa¹ onde foi realizada exclusivamente pesquisa bibliográfica, em um primeiro momento foi realizado um estudo nos diplomas legais, principalmente na Constituição Federal para compreender as bases normativas do direito à moradia. No que tange ao estudo sobre a natureza jurídica do direito à moradia e as problemáticas que envolvem a sua efetivação, optou-se pelos estudos de: Sarlet (2012), Serrano Júnior (2012), Barroso (2012), Figueiredo e Sarlet (2008), não excluindo a participação de demais autores.

Portanto, três capítulos compõem a estrutura dessa pesquisa. O primeiro faz um levantamento dos dispositivos que consagram o direito à moradia e daqueles que garantem instrumentos para a sua concretização, tanto em legislações nacionais como em tratados internacionais de direitos humanos.

No segundo capítulo, objetiva-se estudar a fundamentalidade do direito à moradia, e como se relaciona com a dignidade da pessoa humana, demonstrando que a moradia digna é um direito constante no rol dos direitos considerados mínimos existenciais. E por fim, no quarto capítulo, realiza-se uma discussão a respeito da efetividade do direito à moradia, diante de uma análise, sobretudo, constitucional, respeitando o regime dos direitos fundamentais à qual a moradia pertence, evidenciando ainda a necessidade de vinculação na concretização e execução das diretrizes traçadas na Constituição Federal, sempre levando em consideração as barreiras existentes, sejam elas fáticas, jurídicas ou ideológicas.

¹ A pesquisa qualitativa, no âmbito das ciências sociais, não se limita em quantificar, mas busca entender e explicar a dinâmica das relações sociais. Esse método é ideal para compreensão das estruturas e instituições como resultados da ação humana objetivada (DESLANDES, 1994, p. 24)

A pesquisa apresentada tem por escopo colaborar com o esclarecimento e as lutas da sociedade por um espaço mais solidário, igual e digno, além de instigar uma mudança de comportamento na comunidade jurídica, suscitando a importância e a necessidade de efetivação do direito à moradia digna.

1. O DIREITO À MORADIA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antes de adentrarmos nas questões controvertidas a respeito do direito à moradia, como a sua fundamentalidade e as problemáticas da sua eficácia, é importante conhecer como esse direito é tratado no ponto de vista internacional, pois é um direito humano, como se demonstrará, e como ele é positivado no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo na Constituição Federal onde concentram-se os esforços da pesquisa.

Dessa forma, buscar-se-á também compreender as competências constitucionais relacionadas a esse direito a fim de se ter uma visão ampla sobre qual ente é responsável por legislar e por efetivar o direito à moradia digna por meio das políticas públicas e direcionamento de recursos financeiros.

O direito à moradia é consagrado por diversas declarações e tratados internacionais do qual o Estado brasileiro é parte como um direito humano (SAULE JÚNIOR, 2001, p. 103), importante mencionar que um dos princípios constitucionais que rege o Estado brasileiro nas suas relações internacionais é a prevalência dos direitos humanos (Art. 4º, II, da Constituição Federal de 1988).

Uma vez que se trata de um direito humano, um dos principais instrumentos internacionais que deve ser destacado é a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, além de que é onde pela primeira vez, na esfera internacional, que o direito à moradia é expressamente previsto como um direito humano e fundamental, bem como os demais direitos econômicos, sociais e culturais (SARLET, 2008, p. 55). Segundo o artigo XXV(1) do citado documento:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e 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. (ONU, 1948)

A partir de tal declaração, muitos outros instrumentos internacionais passaram a versar sobre a questão da moradia, dentre os principais que o Estado brasileiro é parte, têm-se ainda o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 11); a Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965 (artigo V); na Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 (artigo

14.2, item h); Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (artigo 21, item 1); na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976 (Seção III – 8 e Capítulo II - A.3; na Agenda 21 sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 (capítulo 7, item 6) e na Agenda Habitat de 1996 (SAULE JÚNIOR, 2001, p. 103).

Dentre os documentos citados, em que pese a importância de todos na afirmação do direito à moradia como um direito humano e que deve ser protegido e concretizado progressivamente pelos Estados, destacamos o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Agenda Habitat de 1996, uma vez que ambos trazem evoluções relevantes na tratativa do direito aqui defendido.

O primeiro menciona de forma enfática que os Estados signatários reconhecem à toda pessoa o direito à moradia adequada, e não apenas à moradia, além de que ressalta a necessidade de uma contínua melhoria das condições de vida das populações (artigo 11).

Já o segundo documento, a Agenda Habitat de 1996 além de reafirmar o que é consagrado nos principais tratados, de que o direito à moradia se trata de um direito humano cuja sua concretização deve se dar de modo progressivo, definiu o conteúdo e extensão desse direito assim como as responsabilidades gerais e específicas dos Estados Signatários (SARLET, 2008, p.59).

Sem reduzir a importância do documento em sua integralidade, a respeito da responsabilidade dos Estados perante o direito à moradia, destacamos o Capítulo IV, parágrafo 44: *“Todos os Governos sem exceção têm responsabilidade no setor de habitação, como por exemplo através da criação de ministérios de moradia ou agências através da alocação de fundos para o setor de moradia e por suas políticas, programas e projetos.”* (SAULE JÚNIOR, 2001, p. 103).

A respeito do termo *“moradia adequada”*, citado no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, importa mencionar que o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU em 1991, a partir do Comentário-Geral nº 4, documento bastante importante a respeito do que seria necessário para considerar uma *“habitação condigna”*, enumerando fatores de ordem social, econômica, cultural, e outros no seu parágrafo 8, qual sejam (Ficha informativa de Direitos Humanos nº 21, 2002, p. 55-57):

a) Segurança Legal da ocupação: todos devem ter um certo grau de segurança da sua posse contra expulsões, agressões e qualquer outro tipo de ameaça

ao exercício da ocupação do solo, devendo os Estados implementarem imediatamente medidas que garantam tal segurança às populações;

b) Disponibilidade de serviços, materiais, equipamentos e infraestruturas: é condição essencial à uma habitação condigna que esta tenha acesso aos serviços básicos à sua saúde, segurança e conforto, como energia, instalações sanitárias, saneamento básico, água potável, bem como acesso permanente aos recursos naturais;

c) Acessibilidade: significa que os custos de uma habitação condigna não podem ser demasiadamente elevados a ponto que as populações, sobretudo as de baixa renda, tenham as suas economias afetadas de modo que comprometa outras necessidades básicas. Devem, portanto, os Estados instituir condições que garantam o acesso dos que não possuem meios econômicos suficientes à habitação condigna, o mesmo se estende aos materiais de construção;

d) Habitabilidade: para ser considerada habitável, a moradia não pode estar sujeita às intempéries, como o frio, o calor, o vento, a chuva, e de outros perigos à saúde, mas proteger os seus habitantes de tais fatores. A característica da habitabilidade abrange também a segurança física dos que ali vivem. Uma vez que as condições das habitações tem relação direta com o contágio de doenças;

e) Facilidade de acesso: a promoção de políticas públicas habitacionais em prol dos grupos em situação de vulnerabilidade, como idosos, portadores de deficiências, vítimas de catástrofes naturais, de modo que tenham acesso facilitado às moradias;

f) Localização: o local em que a ocupação se situa deve ser capaz de ofertar aos moradores trabalho, saúde e educação e demais serviços básicos;

g) Respeito pelo meio cultural: a moradia, sua arquitetura, os materiais usados, devem exprimir adequadamente a identidade e a diversidade cultural dos moradores.

Ressalte-se que os cidadãos brasileiros são sujeitos de direito internacional aptos à exigirem o cumprimento e a promoção dos direitos humanos estabelecidos nos tratados internacionais dos quais o Brasil sejam parte signatária junto aos organismos internacionais de proteção (OSÓRIO, 2003, p. 18).

Independentemente de o direito à moradia ter sido incorporado na Constituição brasileira expressamente como um direito fundamental social apenas em 2000, com a Emenda Constitucional nº 26, embora o mesmo já fosse mencionado em

outros dispositivos legais, já estava incorporado ao direito pátrio em razão do disposto no art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”(BRASIL, 1988).

A partir da breve explanação a respeito do desenvolvimento do direito à moradia no plano internacional através de tratados e declarações, e do que consta no mencionado artigo, o dever de o Estado agir em prol de concretizar uma habitação adequada já estava expressamente inserido na ordem constitucional do Estado brasileiro, pois segundo Sarlet

No direito constitucional pátrio, em que pese o direito à moradia ter sido incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social direta e expressamente positivado - apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, é correto, consoante já referido no voto da Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, que 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 dos institutos relativos ao 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 (2008, p. 60-61).

Mesmo que já estivesse consagrado na ordem interna, conforme demonstrado, a inclusão do direito à moradia como direito social no art. 6º da Constituição Pátria foi de suma importância no que tange à responsabilidade do Estado brasileiro perante este direito.

Uma vez que o Estado brasileiro adere às disposições acerca de direitos humanos dos diversos instrumentos internacionais dos quais é parte, que determinam expressamente que o direito à moradia é um direito humano e é responsabilidade do Estado promover políticas para concretizar e promover paulatinamente esses direitos, além de que a própria Constituição, ratificando aqui que estava consagrado na ordem internacional, positiva o direito à moradia como um direito fundamental social, temos

que o poder público de fato tem ampla responsabilidade na concretização do direito à moradia, sobretudo aliada aos demais princípios constitucionais.

Soma-se a isso, o fato de que segundo a própria Constituição Federal os direitos fundamentais têm eficácia plena, de acordo com o artigo 5º, parágrafo 1º: “*as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Ante ao que tem sido exposto, conclui-se que o Estado brasileiro tem o dever de efetivar progressivamente o direito à moradia (OSÓRIO, 2003, p. 26-27).

Sem aprofundar o tema, é importante mencionar que além de ser um direito que demanda uma atividade prestacional por conta do Estado, o direito à moradia também reflete na ordem constitucional brasileira a condição de direito negativo ou direito de defesa. Segundo Sarlet, ambas as condições podem coexistir simultaneamente no direito à moradia. A condição de direito negativo se expressa quando o Estado tem responsabilidade de coibir eventuais condutas que venham a violar do direito à moradia (SARLET, 2003, p.103-104).

Verificada a responsabilidade do Estado brasileiro na promoção do direito à moradia, bem como do espaço urbano, é importante investigarmos como se dá a distribuição de competências dentro do federalismo brasileiro, quais as competências de cada ente federativo a respeito do direito à moradia. Isso é importante para se conhecer o grau de responsabilidade de cada entidade federativa na perseguição de uma melhor efetividade do direito à moradia. À maneira que o federalismo brasileiro se estrutura é complexa, compreendê-lo nos ajuda a entender a divisão das competências e a responsabilidade na condução das políticas públicas e na atividade legiferante, no que toca ao direito estudado

A Federação brasileira tem como característica fundamental a definição dos deveres e obrigações da União, Estados e Municípios, para assegurar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana através da implementação de políticas públicas que atendam os objetivos fundamentais de promover a justiça social, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, assegurar a cidadania e a dignidade da pessoa humana (SAULE JÚNIOR, 2001, p. 107).

A República Federativa do Brasil é formada política e administrativamente pela União, Estados, Distrito Federal e pelos Municípios, todos autônomos, segundo artigo 18 da Constituição Federal do 1988. “*A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para exercício e desenvolvimento das suas atividades normativas*” (SILVA, 2007, p. 477).

José Afonso da Silva define competência como: “*faculdade juridicamente atribuída a uma entidade ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções*” (2007, p. 479). Desse modo, a própria Constituição Federal quando fixa as atribuições e funções de cada ente federativo, fixa a sua competência.

Um princípio básico para entender a repartição de competências, é o princípio da predominância do interesse, segundo esse postulado a distribuição das funções e atribuições aos entes que compõem a federação ocorre de acordo com o âmbito de interesse de cada um. Desse modo, à União cabe as matérias de interesse predominantemente geral, aos Estados-membros, às matérias de interesse regional, aos Municípios caberá as matérias de interesse local, e por fim, ao Distrito Federal, por acumular tanto competências estaduais como municipais (art. 32, §1º da CF/88), as matérias de interesse regional e local. (MORAES, 2008, p. 293-294).

A competência constitucional se subdivide em competências administrativas, que são: exclusiva e comum, e as competências legislativas, que são: exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.

Feitas tais considerações introdutórias, passamos a verificar as competências dos entes federados relativas ao direito à moradia.

O artigo 21 da Constituição Federal de 1988 estabelece competências administrativas da União, tal competência é exclusiva e não comporta delegação, importante citar primeiramente o que consta no inciso IX, que determina que compete à União “*elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social*”, esse inciso é importante para o direito aqui defendido, pois, conforme é demonstrado anteriormente, grande parte dos problemas habitacionais tem origem na desigualdade socioeconômica da população, e conforme o inciso demonstrado, à União deve elaborar e executar políticas públicas de interesse geral que promovam o desenvolvimento econômico e social das populações.

Ainda no artigo 21 da Constituição Federal de 1988, ressaltamos o inciso XX, onde determina que à União competirá instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos. Tal excerto é de extrema importância, pois as diretrizes instituídas em âmbito nacional é que irão nortear as políticas públicas desempenhadas por todos os demais entes da federação de forma ordenada e integrada (SAULE JÚNIOR, 2001, p. 107), tanto na questão

habitacional, como de mobilidade urbana, que é um componente importante para a efetivação do direito à moradia e da rotina dos centros urbanos.

No que tange à competência para legislar, a União possui competência legislativa privativa sobre Direito Civil (art. 22, inciso I) o que é importante para o direito à moradia no sentido em que o direito civil é responsável por regular principalmente as questões afetas à propriedade, o seu uso, gozo e fruição.

O artigo 23 da Constituição traz as competências administrativas comuns, que, segundo Saule Junior (2001, p. 109) “*confere às entidades federativas a função de promover políticas e ações no mesmo patamar de igualdade, sem que o exercício dessa competência por parte de uma dessas entidades venha a excluir a competência da outra*”, ou seja, os entes federativos desempenharão cumulativamente e de modo cooperativo as políticas públicas decorrentes das competências comuns. Aqui destaca-se o inciso IX, em que União, Estados, Distrito Federal e Municípios tem competência para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, ou seja, concretizar o próprio direito à moradia.

Outro inciso importante, pelos mesmos motivos que destacamos o inciso IX do artigo 21 da Constituição Federal, é o inciso X do artigo 23, pois a união de esforços de todos os entes federativos para combater a pobreza e os fatores de marginalização, e de promover a integração social, é condição essencial para mudança do quadro de desigualdade social e exclusão espacial dos menos favorecidos nas cidades brasileiras, uma vez que todos tiverem de fato condições justas de ter acesso aos serviços disponíveis no cotidiano urbano, estaremos no caminho para efetivar o direito à moradia. A ascensão dos setores mais pobres da sociedade possibilitará o acesso ao solo de modo mais democrático e a construção de moradias adequadas.

A respeito da competência legislativa concorrente (art. 24 da Constituição de 1988), aquela em que a União edita normas gerais (parágrafo 1º) e os Estados-membros e o Distrito Federal podem editar normas suplementares (parágrafo 2º) para atender às necessidades regionais, destacamos a competência para legislar sobre direito urbanístico, no inciso I.

No que tange à responsabilidade do Estado, além das competências comuns (art. 23) e da competência concorrente (art. 24), conforme art. 25, parágrafo 3º, podem instituir políticas públicas, mediante lei complementar, para as regiões

metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, com organismos e instrumentos próprios (OSÓRIO, 2003, p. 28).

A seguir, temos o ente federativo responsável pelas competências de interesse local, o Município. Assim como todos os demais entes da federação, o Município é igualmente responsável pela implementação de políticas públicas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, segundo artigo 23, inciso IX. Além de que, é responsável por promover, no que couber, o adequado ordenamento do solo, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Segundo Saule Júnior

O Município em razão de ser o principal ente federativo responsável pela execução da política urbana, tem de desenvolver uma política habitacional de âmbito local. O Município, para atender as necessidades e enfrentar o problema habitacional, pode constituir órgãos governamentais e instituições municipais de habitação, pode instituir um sistema municipal de habitação que compreenda o sistema de gestão da política habitacional com participação popular como, por exemplo, conselhos, estabelecer mecanismos financeiros como fundos públicos, constituir programas de habitação de interesse local e instrumentos urbanísticos (2001, p. 109).

Cabe mencionar que, a Constituição Federal, em capítulo destinado à política urbana (artigos 182 e 183), atribui ao poder público municipal papel principal na execução da política de desenvolvimento urbano, cujo objetivo é ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. Para tanto, prevê a Constituição que o Município institua plano diretor, que é instrumento básico para fomentar as diretrizes dessa política. Prevê também a Constituição instrumentos capazes de coibir a especulação imobiliária e a intervenção do poder público municipal nos imóveis que não atendem a função social.

Para regular o disposto nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, foi editada a Lei nº10.257/2001, também denominada Estatuto da Cidade. Esse diploma legal confere eficácia aos instrumentos jurídicos de intervenção do estado na propriedade urbana dispostos no capítulo constitucional referente à política urbana.

Segundo a referida lei, as competências da União referente à política urbana são: I – legislar sobre normas gerais de direito urbanístico; II - legislar sobre normas para a cooperação entre os entes da federação sobre política urbana, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar; III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os demais entes da federação, programas de construção

de moradias e de saneamento básico; IV - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; V - elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social.

2. O DIREITO À MORADIA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Na primeira parte desse trabalho, demonstramos a problemática do direito à moradia na realidade brasileira. Bem como demonstramos como este direito está positivado nos documentos internacionais e na ordem constitucional interna, direta ou indiretamente. Aqui, no entanto, focaremos nossa análise a investigar as minúcias desse direito e o que ele significa no plano dogmático-jurídico, defendendo, principalmente a fundamentalidade desse direito no constitucionalismo brasileiro e a sua intrínseca relação com a dignidade da pessoa humana.

A doutrina jurídica enquadra o direito à moradia em diversas classificações, às quais são necessárias para delimitarmos a influência, o objetivo e o âmbito de atuação desse direito, além de que isso reforça a importância dele e seu caráter como direito fundamental.

Uma abordagem bastante comum, a qual o direito à moradia está inserido, é a divisão dos direitos humanos em gerações, “*fases de um processo de afirmação histórica*” (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 24). Essa noção de que os direitos humanos se dividem em três gerações foi elaborada pelo jurista francês Karel Vasak, no qual, cada geração é denominada por um dos valores norteadores da Revolução Francesa, qual seja, respectivamente: Liberdade, Igualdade e Fraternidade (CLAUDE; WESTON *apud* PIOVESAN, 2013, p. 232).

A primeira geração consagra o valor liberdade, tem como paradigma o homem considerado de modo individual, são direitos de prestações negativa em que o Estado deve assumir um papel de abstenção diante das liberdades individuais, não intervindo na vida pessoal dos indivíduos (BRANCO; MENDES, 2012, p. 205). O marco dessa geração, são as revoluções liberais do século XVIII ocorridas na Europa e Estados Unidos que tinham por objetivo limitar a atuação do estado restringindo os poderes do monarca (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 24).

A segunda geração está insculpida no valor igualdade, e traz em seu bojo os direitos econômicos, sociais e culturais. Aqui o Estado assume uma posição diferente da qual propõe a primeira geração, enquanto lá o Estado deve se abster para

não interferir nas liberdades individuais, aqui é seu dever ter uma determinada atitude, uma ação para com a concretização desses direitos. O valor igualdade está nessa geração de direitos porque eles são destinados principalmente aos grupos menos favorecidos da sociedade que merecem ter os seus direitos abstratos reconhecidos e concretizados (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 24).

Nesse momento, são reconhecidos os direitos sociais, também de titularidade individual e exercidos contra o Estado, como o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros que demandam prestações positivas do Poder Público para seu atendimento, mediante a ampliação dos serviços públicos (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 24).

Essa geração de direitos é uma demanda decorrente do processo de industrialização, o qual ocasionou grande aumento demográfico e o crescimento das desigualdades sociais, problemas que a política de abstenção do Estado não era capaz de solucionar (BRANCO; MENDES, 2012, p. 206). Como marcos dessa nova onda de direitos destacam-se as Constituições Marxistas e a Constituição Weimar de 1919 (FERNANDES, 2012, p. 313).

Por fim, tendo por referencial a doutrina clássica, chegamos à terceira geração, embora haja doutrinas que enumeram mais gerações de direitos. Esta consagra o valor fraternidade. Segundo Fernandes (2012, p. 313) essa geração de direitos tem como destinatário todo o gênero humano, inclusive as futuras gerações.

Embora essa classificação utilize o vocábulo “*gerações*” para enquadrar direitos humanos em seu desenvolvimento histórico, é importante frisar que, não se busca, com isso, transmitir a ideia de que uma geração substitui a outra, ou venha a sobrepor a anterior, ao contrário disso, a correta ideia que se deve ter é que cada geração compõe parte dos direitos humanos que não se sobrepõem, mas se complementam, de modo que a comunhão dos direitos humanos forma a base que sustenta a democracia (BONAVIDES, 2001, p. 516 *apud* SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 25).

Diante dessa crítica alguns autores cunharam o termo “*dimensões*”, desse modo visando suprimir a errônea impressão de que uma geração sucumbiria ao surgimento de uma nova (FERNANDES, 2012, p. 317).

O Direito à moradia, em tal classificação, se insere justamente na segunda geração/dimensão de direitos humanos, pois tal direito leva em consideração o homem como ser individual e dependente de uma ação Estatal para que as suas condições vitais dele decorrente sejam garantidas. Não basta que o Estado apenas

não fira liberdades individuais, é preciso que ele atue ativamente para que o ser humano viva em plenitude com a sua dignidade devidamente respeitada, diante disso é extremamente vital ao ser humano um abrigo digno.

Outra classificação por vezes encontrada nos manuais e textos referentes à direitos humanos e direitos fundamentais, é aquela que faz distinção entre direitos em direitos negativos e direitos positivos, também chamados de direitos de defesa e direitos a prestações positivas.

Essa classificação tem origem na doutrina de Robert Alexy, que propõe que os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos, sejam enquadrados em três categorias que levam em consideração o conteúdo e a função desempenhada pelo direito fundamental correspondente, uma destas categorias trata-se dos “*direitos a algo*” e aqui se inserem as modalidades acima narradas. Portanto, se trata de uma classificação funcional (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 32).

No que tange aos direitos negativos, ou direitos de defesa, tratam-se de direitos que protegem os seus titulares contra impedimentos que lhe podem ser opostos pelo Estado, “*caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo*” (BRANCO; MENDES, 2012, p. 231)

Já os direitos de carácter positivo, são aqueles que para serem efetivados, demandam uma atuação Estatal, essa atuação deve ser tanto fática como normativa. A promoção fática é o Estado efetivamente cumprir o direito estabelecido no caso concreto, o que se faz por meio de políticas públicas, já a normativa expressa-se na atuação legiferante em que o Estado cria mecanismos normativos para efetivar determinados direitos (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 33).

Os direitos sociais, sobretudo o direito à moradia, estão incluídos mais ativamente neste último grupo, pois o direito à moradia e todos os seus desdobramentos exigem uma atuação prestacional, tanto por meio de políticas públicas que efetivem a habitação aos que necessitam, ou que forneça condições para o seu exercício digno, como por meio da criação de mecanismos jurídicos em prol da sua efetividade, como por exemplo é o caso do Estatuto da Cidade.

2.1. A Fundamentalidade do Direito à Moradia

Há grande discussão em torno da natureza jurídica dos direitos sociais na vigente ordem constitucional brasileira. O direito à moradia, centro da discussão nesse

trabalho, conforme já explicado na primeira parte, integrou o rol desses direitos apenas com a Emenda Constitucional n. 26 de 2000, inserindo-se então nessa discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais.

O tratamento dado ao direito em análise na primeira parte deste trabalho mostra que nos filiamos às doutrinas que o consideram verdadeiro direito fundamental, indo além, podemos dizer que o direito à uma moradia digna já era dotado de fundamentalidade na ordem constitucional brasileira antes mesmo de sê-lo expressamente inserido no art. 6º da Constituição Federal. Para tanto, é necessário fazermos algumas digressões a respeito da concepção de direitos constitucionais vigentes no atual constitucionalismo pátrio.

Nossa primeira análise, vai ter como paradigma o plano puramente semântico, ou seja, o sentido que as palavras exprimem, sem que façamos nesse momento uma análise jurídico-dogmática a respeito do conteúdo dos direitos fundamentais. O termo direitos fundamentais por si só exprime a ideia de essencialidade, direitos sem os quais o ser humano não tem o que é necessário para um desenvolvimento correto, digno e saudável.

Os direitos entabulados como fundamentais tem em si, também, um significado de basilar, dar fundamento, suporte a outros direitos, portanto, a sua falta afeta não só o que o seu comando determina, mas toda uma gama de outros direitos que juntos formam a democracia e compõem a dignidade do ser humano.

Só por essas breves considerações de cunho semântico, é possível concluir que o direito à moradia detém esse caráter fundamental, pois a moradia é o lugar onde começa e se desenvolve o ser humano. É o primeiro ambiente em que este vai viver e vai desenvolver as primeiras manifestações da vida humana. Vai vivenciar com os pais, ter as lições básicas, vai aprender os primeiros valores e posteriormente os levará para além do ambiente doméstico. É no seio do seu lar que o homem inicia o seu desenvolvimento, descansa e tem suporte para trabalhar, para ter uma vida saudável, para manter uma vida social digna, para alcançar uma educação de qualidade, enfim, construir sua cidadania e a sua humanidade.

Segundo Carli:

Nesse contexto, a moradia, embora seja comumente alçada ao patamar de direito social, na verdade, consubstancia atributo essencial da personalidade, pois é no *locus* doméstico que as pessoas desenvolvem seu caráter, dão seus primeiros passos rumo ao processo de crescimento espiritual, físico e intelectual. Enfim, é,

primeiramente, no espaço do lar, concretizado num teto com paredes, portas, janelas e banheiro, que o indivíduo se sente protegido e seguro para iniciar o aprendizado da vida em relação. Em síntese, a capacidade de enfrentar o “mundo da vida” com segurança, autoconfiança e dignidade, pressupõe a existência de uma moradia com qualidade (2008, p. 17-18).

Não há como negar que a moradia é essencial para o alcance de uma gama de direitos, inclusive outros direitos fundamentais, o que denota inclusive uma interdependência entre os mesmos. Desse modo, a falta de uma moradia é muito prejudicial ao desenvolvimento digno e saudável, bem como uma moradia indigna, não servida por transporte público, infraestrutura, segurança e educação de qualidade, igualmente impede o acesso a necessidades vitais básicas.

Portanto, sem entrar no mérito jurídico, a importância do direito à moradia salta aos olhos, do ponto de vista semântico, o seu caráter de essencialidade e fundamentalidade é imperativo ante à influência que têm na vida do ser humano, tanto considerado em sua individualidade, quanto considerado ser social.

A essencialidade do direito à moradia para o desenvolvimento humano não pode ser rechaçada em função de divergências doutrinárias e até jurisprudenciais quanto à sua natureza jurídica - se integra ou não o rol de direitos fundamentais -, porquanto tal direito é pressuposto para a realização de outros valores fundamentais, tais como: a vida, a privacidade, a saúde, o acesso a oportunidades de trabalho e ao exercício da cidadania (CARLI, 2008, p. 18).

Superada tal discussão, passaremos a analisar do ponto de vista dogmático-jurídico, concentrando-se principalmente na Constituição Federal de 1988, perpassando por uma análise conceitual dos termos utilizados.

Primeiramente, há que se fazer a diferenciação entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, em que pese o direito à moradia digna aqui defendido se enquadrar nas duas categorias. A explicação mais comum é de que a diferença de tais termos se dá apenas no plano da positivação (FERNANDES, 2012, p. 309), de tal forma que os direitos fundamentais seriam aqueles “*direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo*”, ou seja, ter sido tal direito expresso na Constituição de determinado Estado, ao passo que direitos humanos referir-se-iam “*àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional*”, por essa razão guardam relação com documentos de direito internacional (SARLET, 2012, p. 18).

Importa fazer tal diferenciação para deixar claro que, quando investigamos à fundamentalidade do direito à moradia esta tem por base o texto constitucional pátrio. O conceito de Direitos Fundamentais não se esgota nessa distinção entre direitos humanos, mas dá o contexto em que a nossa investigação se insere. Se admitidos que os direitos fundamentais se estabelecem no âmbito das constituições, é nelas que devemos buscar as minúcias que formam essa categoria de direito. Não obstante, sempre é bom lembrar que:

essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações universais (BRANCO; MENDES, 2013, p. 218).

Nas palavras de Sarlet (2012, p.61), Direitos Fundamentais são:

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

Primeiramente, sem que faça uma análise detida da Constituição Federal de 1988 é possível notar, do ponto de vista dogmático-jurídico, que foi opção do constituinte originário que os direitos sociais de modo geral fizessem parte dos Direitos Fundamentais, e, foi opção do constituinte derivado que o direito à moradia integrasse tal rol (Ementa Constitucional nº. 26 de 2000), pois no Título II “*Direitos e Garantias Fundamentais*” está inserido o Capítulo II “*Dos Direitos Sociais*” (SARLET, 2012, p. 17).

Embora o tema tenha diversos outros desdobramentos, que serão inclusive demonstrados mais à frente, aproveitamos a oportunidade para trazer o entendimento colacionado por Silva (2005, p. 184), segundo o qual, partindo também do ponto de vista positivo, os direitos fundamentais classificam-se, na Constituição de 1988, em: 1) direitos individuais (art. 5º); 2) direitos à nacionalidade (art. 12); 3) direitos políticos (art. 14 a 17); 4) direitos sociais (art. 6º e 193 ss); 5) direitos coletivos (art. 5º); e 6) direitos solidários (art. 3º a 225).

Segundo Sarlet, o conceito dos direitos fundamentais compreende tanto um sentido formal como material, no qual o sentido formal leva em consideração a opção do constituinte na positivação do determinado direito (2012, p. 60). A constatação feita acima, de que os direitos sociais (aí incluído o direito à moradia) estão reconhecidos na Constituição Federal de 1988 no rol de direitos e garantias fundamentais está compreendida na ideia de conceito formal, o direito à moradia está inserido nessa categoria de direitos, pois assim o fez o nosso ordenamento constitucional.

No entanto, o próprio autor reconhece que a conceituação meramente formal é insuficiente, muito embora, na análise aqui feita, já é um ponto positivo em relação à fundamentalidade do direito à moradia (SARLET, 2012, p. 62). A própria Constituição Federal admite a existência de direitos fundamentais não expressos no seu texto, depreendendo que a positivação não é o determinante para um direito gozar o *status* de fundamental, aqui abrimos a discussão para o conceito material de direitos fundamentais.

A existência de uma abertura material no que tange ao conceito dos direitos fundamentais na Constituição brasileira é fruto do que consta no parágrafo 2º do artigo 5º, segundo o qual *“os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”* (BRASIL, 1988), logo, *“existe direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem o corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”* (SARLET, 2012, p. 62).

Segundo Sarlet (2012, p. 72), as expressões *“regime”* e *“princípios”* constantes no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição guardam relação com as disposições contidas no Título I (Dos Princípios Fundamentais), onde estão consagrados o regime democrático social, os fundamentos, objetivos e os princípios fundamentais adotados que regem o Estado brasileiro. Essa correlação do que consta no citado artigo com o Título I da Constituição é, na verdade, comum a todos os direitos fundamentais existentes na ordem constitucional brasileira, não se restringindo aos não escritos, ou àqueles que estão implícitos.

Todavia, ainda que se cuide, como já ressaltado quando enunciamos nossa proposta classificatória dos direitos fundamentais, de categorias distintas entre si, o fato é que tanto os direitos integrantes do catálogo, quanto os que lhe são estranhos (escritos, ou não) guardam alguma

relação – ainda que diversa no que tange ao seu conteúdo e intensidade – com os princípios fundamentais de nossa Carta Magna. Neste contexto, basta apontar para alguns exemplos para verificarmos esta estreita vinculação entre os direitos e os princípios fundamentais. Assim, não há como negar que os direitos à vida, bem como os direitos de liberdade e de igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, os direitos políticos (de modo especial, o sufrágio, o voto e a possibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos) são manifestações do princípio democrático e da soberania popular. Igualmente, percebe-se, desde logo, que boa parte dos direitos sociais radica tanto no princípio da dignidade da pessoa humana (saúde, educação etc.), quanto nos princípios que, entre nós, consagram o Estado social de Direito (SARLET, 2012, p. 73).

Ou seja, na ordem constitucional brasileira, os direitos fundamentais, direta ou indiretamente, estão legitimados pelos fundamentos da República Federativa do Brasil, e dali extrai-se o conceito material que formam esses direitos. Em especial destaque está a dignidade da pessoa humana, que em maior ou menor intensidade, legitima e influencia os direitos fundamentais (SARLET, 2006, p. 78). De modo diferente não seria com o direito à moradia, aliás, esse direito em particular tem uma aproximação muito grande com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais apresenta duas facetas, pois estes retiram daquele o seu conteúdo, e a dignidade da pessoa humana só alcança a sua efetividade com a plenitude e concretude dos direitos fundamentais, ou seja, ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais buscam na dignidade da pessoa humana o seu âmbito de proteção, o seu conteúdo, sua fonte material, a dignidade da pessoa humana só alcança efetividade prática na realização dos direitos fundamentais.

Guerra Filho (2005, p. 62 *apud* PINTO FILHO, 2010, p. 33), classifica a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental geral do qual os direitos fundamentais são princípios fundamentais especiais, que concretizam o princípio geral.

Os direitos fundamentais quando reconhecidos e legitimados defendem os valores emanados pelo princípio fundamental da dignidade humana. Para que possamos identificar concretamente o que aqui está sendo argumentado, tomamos por base a afirmação de Sarlet de que *“uma agressão a determinado direito fundamental simultaneamente poderá constituir ofensa ao seu conteúdo em dignidade”* (SARLET, 2006, p. 103).

O direito à moradia reúne todos os requisitos de um direito fundamental, inclusive o requisito material expresso pela ligação que tem com a dignidade da pessoa humana, como se verá a seguir.

2.2. Relação Direito à Moradia e Dignidade da Pessoa Humana

Diante do que foi exposto, a fundamentalidade material, haja visto, a possibilidade elencada no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988, é atributo aferido pela maior ou menor relação de um determinado direito com a dignidade da pessoa humana. Por via de tal assertiva, passemos a investigar a relação entre direito à moradia com dignidade da pessoa humana, partindo, primeiramente, de breves notas a respeito do conteúdo, características e natureza jurídica deste super princípio.

Antes de ingressar em tal análise, cumpre ressaltar que dignidade da pessoa humana é um termo aberto, que abrange diversas formas de interpretação e diversos conteúdos, não é a proposta aqui esgotar o tema, tampouco fixar-lhe um conceito estanque, até porque acredita-se que tal tarefa é impossível diante das variadas facetas que a própria condição humana apresenta.

A dignidade da pessoa humana antes mesmo de ser um conceito jurídico, é um conceito filosófico, embora sempre presente, tendo em vista que é valor intrínseco do ser humano, irrenunciável e inalienável (AWAD, 2006, p. 116), a sua inserção nas constituições escritas dos diversos Estados Constitucionais foi possível apenas com constante reaproximação do direito com a moral, fruto do novo momento jurídico vivenciado principalmente na segunda metade do século XX, o pós positivismo.

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre o Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente (BARROSO, 2010, p. 248).

Diante da reaproximação do Direito com conceitos como moral e política, a Dignidade da Pessoa humana foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o disposto no seu artigo 1º, III. Segundo Awad “*adotar a dignidade da pessoa humana como valor básico do*

Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito” (AWAD, 2006, p. 113). Dessa forma, diante da importância desse princípio, não é de mais afirmar que o mesmo deve irradiar o seu conteúdo para todo o ordenamento jurídico, servindo inclusive de vetor interpretativo para os mais variados conteúdos jurídicos, já que o fim máximo do direito é a pessoa humana digna. Aqui destaca-se a íntima relação deste direito/valor máximo com os direitos fundamentais.

Embora como falado anteriormente, a dignidade da pessoa humana é um termo aberto e com definições imprecisas, isso impede de lhe seja delimitado um conteúdo mínimo. Segundo Barroso (2012, p. 30), na sua concepção, o mesmo identificou na dignidade da pessoa humana três núcleos essenciais para o conteúdo transaccional deste direito/fundamento, levando em consideração as diversas variedades de circunstâncias religiosas, histórias e políticas no mundo. Tomaremos a doutrina de Luís Roberto Barroso como guia nesta análise, pois os conteúdos por ela abordados foram encontrados em maior ou menor grau nas diversas outras doutrinas estudadas ao longo deste trabalho, de modo que esta se mostrou mais completa e mais didática.

A dignidade da pessoa humana identifica (1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições impostas a ela em nome dos valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário) (BARROSO, 2012, p. 30).

Esses três pontos acima destacados, juntos formam o conteúdo essencial da dignidade da pessoa humana, lembrando novamente, que isto é o mais próximo que se pode delimitar de um “*conceito*”.

No curso desta explanação, demonstrar-se-á como o direito à moradia relaciona-se com os elementos estruturantes do “*conceito*” de dignidade da pessoa humana.

O valor intrínseco, segundo o autor, informa que a dignidade independentemente de qualquer fato ou evento é inerente à natureza humana. Diante das características dos seres humanos que o distinguem dos demais seres, a sua capacidade de se comunicar, sensibilidade e intelecto, fazem com que a sua própria existência lhe confira dignidade, que deve ser respeitada e promovida pelo Estado. Afirma o autor que, no ponto de vista ontológico, a dignidade humana está ligada a natureza do ser (2012, p. 32-33).

Em verdade, na doutrina constitucional de modo geral, parece haver consenso de que a dignidade é inata ao ser humano, de modo que esta já nasce com ele, e não lhe pode ser retirada. No mesmo sentido afirma Moraes:

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (2006, *apud* PINTO FILHO, 2010, p. 24).

No mesmo sentido, informa Pinto Filho, para quem a dignidade da pessoa humana comporta um elemento intrínseco ou inerente ao homem, que é inseparável da pessoa humana (2010, p. 25).

Bem como informa Sarlet, que a dignidade

Como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que existe em cada ser humano como algo que lhe inerente [...] vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa (SARLET, 2006, p. 41-42).

Portanto, conforme se observa, de fato, amplamente na doutrina admite-se a dignidade como verdadeiro princípio que existe tão quanto exista a natureza humana, sendo dela inerente.

Do valor intrínseco do princípio da dignidade da pessoa humana derivam diversos direitos, todos consagrados na Constituição Federal de 1988, como por exemplo o direito à vida, o direito à integridade física, e psíquica ou mental (BARROSO, 2012, 33-34), tais direitos estão direta ou indiretamente relacionados ao direito à moradia, pois, como já assinalado neste trabalho, a falta de uma moradia adequada afeta diretamente à integridade física do ser humano, que se vê exposto à todo tipo de sorte, bem como a sua saúde mental, já que a falta de privacidade degrada a imagem e a honra pessoal do ser humano, em suma, a sua dignidade.

A adequação da moradia é uma condicionante da vida digna, estando ligada a aspectos materiais e imateriais. Dispor de um lugar com certa exclusividade serve tanto como abrigo das intempéries e proteção contra ataques de outros seres vivos, propiciando momentos de paz e tranquilidade para o descanso do corpo e da alma, quanto para assegurar um espaço próprio de intimidade/privacidade, imprescindível para exercício de uma vida privada e/ou familiar, fazendo desse ambiente um lar. (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 46).

No entanto a relação entre direito à moradia com a dignidade da pessoa humana não termina aí, outro elemento que compõe o núcleo essencial deste direito, segundo Barroso (2012, p. 36) é a autonomia, sendo este o fundamento no qual todo indivíduo, como condição da sua própria dignidade tem a capacidade de se agir com independência, autodeterminando a sua ação em busca daquilo que lhe apetece.

O agir livre, guiado pelas motivações pessoais, embora seja um dos elementos mais importantes dentro do núcleo essencial da dignidade, assim como qualquer direito dentro de uma lógica jurídica não deve ser encarado como absoluto, a dignidade da pessoa humana, embora seja princípio fundamental, não é absoluta, e pode sim ser relativizada diante de valores morais e sociais (BARROSO, 2012, p. 15). Um exemplo aplicável ao assunto que se discute é a própria pena de prisão imposta à descumprimento de determinados mandamentos legais. Pois, uma vez que inserido numa democracia, exige-se que haja um certo grau de compatibilidade entre a vontade individual com a vontade geral expressa nos instrumentos normativos.

Tal proposição tem inspiração no pensamento kantiano, segundo o qual o ser humano é um ser que age guiado pela racionalidade, e por conta de tal fato detém atributo da autonomia de vontade, o que lhe distingue dos animais e das coisas. Desse modo toda pessoa é um fim em si mesmo, e existe como uma finalidade própria, não podendo ser instrumentalizado para realização de interesses outros que não os seus. Assim, diferentemente das coisas, o ser humano possui dignidade, e não preço (SOARES, 2013, p. 190).

No entanto, o que se entende por autonomia não deve ficar restringido à liberdade que o homem tem de agir por sua própria vontade, mas deve-lhe ser propiciado condições materiais mínimas para que exerça a sua dignidade, Segundo Barroso (2012, p. 37), a autonomia pressupõe a capacidade mental para tomar decisões (razão), a ausência de coerção e de privações essenciais (independência) e a existência real de alternativas (escolha). Nesses dois últimos pontos destacamos

fortemente a presença dos direitos sociais, dando atenção especial ao direito à uma moradia adequada.

A falta de uma moradia adequada, em virtude da relação de interdependência que tem com diversos outros direitos fundamentais (direito à vida, direito à integridade física, direito à privacidade, entre outros), gera grandes privações na vida do ser humano, impedindo que exerça de fato a sua autonomia, pois a pessoa que não possui uma moradia tem afetada a sua capacidade de se desenvolver socialmente, de trabalhar, de estudar, entre outros elementos da vida cotidiana.

Não dispõe de autonomia quem não tem possibilidade de escolha. Qual escolha tem as pessoas que vivem em situação de rua, senão de lutar pela própria sobrevivência? Diante da lógica de mercado em que vivemos, só quem pode ter real possibilidade de escolha, inclusive de onde vai habitar, são as pessoas com alto poder aquisitivo. O mesmo se estende a pessoas que vivem em locais inseguros, tanto em relação à segurança pública, como quem não possui a segurança da posse garantida, que tampouco tem condições de focar seus desejos e seus anseios em outras oportunidades, sem o medo de perder o local onde vive.

Para Pinto Filho (2010, p. 30), a dignidade da pessoa humana reclama também a necessidade de satisfação de condições materiais mínimas, é o que o mesmo chama de aspecto extrínseco, que pode ser delimitado como o mínimo existencial, amplamente aceito pela doutrina constitucional como um corolário da dignidade da pessoa humana.

De modo bem simples, o mínimo existencial compreende um feixe de direitos, sem os quais o ser humano não tem possibilidade de ter uma vida com dignidade, compreende bens e utilidades básicas para a subsistência, sem as quais o próprio desfrute da liberdade restaria comprometido. Sem esses direitos, ainda que o homem sobreviva, este não tem dignidade (BARROSO, 2003, *apud* PINTO FILHO, 2010, p. 30).

O direito à moradia digna é sem dúvida integrante desse feixe de direitos que deriva da dignidade da pessoa humana, já foi amplamente evidenciado aqui a sua importância e correlação com outros direitos. Não há como não considerar o acesso à moradia um direito mínimo.

O mínimo essencial ou existencial, repise-se, é um dos aspectos dignidade da pessoa humana – aspecto extrínseco. Objetiva gerar um mínimo de bem-estar ao cidadão, oferecendo-lhe uma qualidade de vida digna por meio da justiça da igualdade social. [...]

Diante da complexidade do assunto em se apontar um rol de direitos que sejam considerados materialmente essenciais para o homem ter uma vida digna, a maioria da doutrina contempla os direitos sociais como mínimo existencial ou parte dele (PINTO FILHO, 2010, p. 45).

Por fim, outro elemento integrante do núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, importante para esse paralelo entre este princípio e o direito à moradia digna que tem sido delineado neste tópico, para Barroso (2012, p. 41) é o valor comunitário que se expressa na dignidade da pessoa humana.

O ser humano é sobretudo um ser social, inserido em um contexto composto e moldado pela opinião geral de seus integrantes. O valor comunitário aqui elencado representa as forças que agem sobre a esfera de autodeterminação individual, que são os valores morais elencados em um determinado grupo social, e as normas estatais, ambas regulam direta e indiretamente a vida do indivíduo.

No momento em que o indivíduo está fora da realidade do grupo, literalmente excluído do que o torna parte integrante daquela unidade social, a sua dignidade é abalada. A moradia é um ponto importante nesse contexto, pois uma das nossas “régua” sociais é que se espera que todos tenham um lugar para morar, ou até mesmo àqueles que tenham uma moradia, o julgamento do grupo leva em consideração o grau de inserção desse indivíduo. A pessoa que mora na periferia, distante dos serviços centrais da cidade, em uma vizinhança sem os elementos que configuram uma habitação digna é julgado e estigmatizado pelo grupo, isso definitivamente afeta a sua dignidade perante os demais.

Valor comunitário da dignidade da pessoa humana carrega consigo uma concepção de vida boa vigente naquela sociedade que acaba restringindo a liberdade do indivíduo em prol da moral e da dignidade coletiva.

Certamente a falta dos elementos desse valor comunitário, no caso, o direito à moradia, geram um desprestígio social muito grande. O preconceito é bastante visível em relação às pessoas que vivem nas ruas, ou àquelas que vivem em bairros em assentamentos irregulares ou em bairros quantificados pela baixa renda da população.

3. A PROBLEMÁTICA DA EFETIVIDADE DO DIREITO À MORADIA

3.1. Uma análise conceitual: eficácia jurídica, eficácia social e efetividade.

Desde o início deste trabalho, teve-se como foco demonstrar como o direito à moradia digna é importante para a vida do ser humano, enquanto indivíduo e enquanto sociedade, uma vez que ela é um dos elementos mais importantes para a percepção do indivíduo com o espaço, pois como já foi exposto, o conceito de moradia digna não engloba apenas a casa, imóvel, mas todo um complexo de direitos e deveres que esta circunda, além de que é o ponto de partida em rumo aos demais ambientes da vida humana. E apesar disso, encontra-se atualmente deveras carente de aplicação, frente ao processo de urbanização vivenciado no Brasil.

Foi foco também neste trabalho demonstrar qual a importância desse direito no ordenamento constitucional pátrio, tendo como ponto fulcral a sua relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana, e como o direito à moradia é, ao mesmo tempo, construtor e produto do supra princípio que orienta todo o ordenamento jurídico brasileiro, constituindo verdadeiro direito fundamental.

Pois bem, todo esse esforço até aqui empreendido, não foi em vão, principalmente no que tange a necessidade que se teve de demonstrar que o direito à moradia por si só é direito fundamental, até mesmo antes de o ser expressamente arrolado entre os direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal, o que lhe confere acesso ao regime dos direitos fundamentais.

A polêmica em torno dos direitos sociais reside na discussão a respeito da sua eficácia, é o que se buscará investigar nessa parte do trabalho. Antes de adentrar diretamente na discussão, é necessário esclarecer o que se significa de fato o termo eficácia e efetividade, para que não ocorra confusão.

A concepção da doutrina clássica elaborada por José Afonso da Silva faz distinção entre eficácia social da norma e eficácia jurídica, sendo que esta última

designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade, e não efetividade (SILVA *apud* SARLET, 2012, p. 213).

Por esse conceito de eficácia jurídica acima, temos que há uma grande relação com aplicabilidade, ou pelo menos que esta é pressuposto daquela, pois segundo o autor, trata-se de uma capacidade, possibilidade, de a norma operar efeitos no plano concreto, e para que a norma produza efeitos, é necessário minimamente que ela esteja em condições de ser aplicada. A eficácia jurídica é uma aptidão que

detém determinada norma de que o seu preceito possa ser cumprido, o que nem sempre indica se esta é observada/cumprida no plano fático.

Segundo Bulos, para quem eficácia normativa é o mesmo que eficácia jurídica, “*reporta-se à norma apta à produzir efeitos concretos na ordem jurídica, podendo ser, ou não, obedecida pelo seu destinatário*” e completa afirmando que “*a unanimidade das normas constitucionais goza de eficácia jurídica, sendo aplicáveis nos limites dessa eficácia*” (BULOS, p. 401, 2015).

No que tange à eficácia social esta é a que se observa no plano fático, refere-se à concretização na vida dos preceitos e valores estipulados pelas normas, usualmente é utilizada como sinônimo de efetividade (BULOS, p. 401, 2015).

Efetividade, em suma, significa a realização do Direito, o desempenho concreto da sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, do preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social (BARROSO, p. 221, 2010).

É no âmbito da eficácia social ou sociológica que se observa a concretização de fato do direito, é esse plano da eficácia que se almeja que os direitos fundamentais operem, pois é onde estão os verdadeiros ganhos da eficácia jurídica e o objetivo do ordenamento constitucional.

Existem outras classificações a respeito da eficácia das normas constitucionais, no entanto, estas não serão exploradas nesse trabalho.

3.2. Aplicabilidade imediata e eficácia jurídica

Pertencer à categoria de direitos fundamentais significa ser autoaplicável, conforme o art. 5º, §1º *in verbis* “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (BRASIL, 1988).

Além do mais, a relação com a dignidade da pessoa humana é sempre um reforço interessante no que tange à necessidade de determinada disposição jurídica, e o seu grau de influência, atribui validade, peso, e a premente necessidade de se efetivar o direito que serve à dignidade do homem, valor máximo do nosso ordenamento. Essa relação leva o direito à moradia a integrar o rol de direito que formam o mínimo existencial.

Retomando à discussão da aplicabilidade dos direitos fundamentais estampada no art. 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, esclarece-se que, embora topograficamente esteja contido no escopo do artigo 5º, dando a sugerir que apenas

se aplicaria nos incisos ali contidos, o âmbito da sua abrangência é bem maior, pois, segundo Sarlet o dispositivo utiliza-se da expressão genérica “*direitos e garantias fundamentais*” da mesma forma que consta no Título II da Constituição Federal, o que, partindo de uma interpretação literal, não possibilitaria restringir a abrangência do parágrafo 1º do artigo 5º à categorias específicas de direitos fundamentais (2012, p. 236).

Trata-se, portanto, de uma interpretação literal do dispositivo.

Admitir o contrário seria uma restrição interpretativa do dispositivo constitucional, o que certamente não busca a Constituição de 1988 quando o assunto é direitos e garantias fundamentais, pois, em verdade, o ordenamento constitucional tem por escopo ampliar cada vez mais o âmbito dessas normas, e dar-lhes cada vez mais força normativa. A pretensão trazida pela interpretação topográfica (que a aplicabilidade imediata estaria dirigida apenas aos direitos elencados no art. 5º da CF/88) sucumbe ainda ante a interpretação sistêmica ou teleológica, pois implicaria dizer que as normas de direito fundamental referente aos direitos da nacionalidade (artigos 12 e 13) e aos direitos políticos (artigos 14 a 16) não estariam inseridas na regra da aplicabilidade imediata do art. 5º, §1º da CF, no entanto, sobre essas matérias não há discussão doutrinária de que são diretamente aplicáveis (HACHEM, 2009, p. 18-20).

Nota-se que a forma com que se dá a positivação utilizada nos direitos sociais em nada difere dos direitos fundamentais mencionados acima, deixando claro que não é a intenção do ordenamento constitucional promover diferenciação entre os direitos fundamentais.

Soma-se a essa interpretação o conceito materialmente aberto que a Constituição confere à categoria dos direitos fundamentais, pelo que se conclui que a aplicabilidade imediata, na verdade, é uma prerrogativa, um atributo de todos os direitos fundamentais, sendo possível entender até para aqueles que não estão positivados, ou ainda, os que foram consagrados em tratados internacionais, preferencialmente, os de direitos humanos, já que, o conceito material de direitos fundamentais destina-se àqueles direitos que possuem maior ou menor relação de com a dignidade da pessoa humana, valor interpretativo máximo da nossa Constituição (SARLET, p. 09, 2009).

Para Bigolin, um dos argumentos que reforçam a tese de que os direitos sociais são imediatamente aplicáveis nos termos do art. 5º, § 1º da CF, é de que no

ordenamento constitucional brasileiro não há instituído regime jurídico diverso para os direitos sociais, ou direitos prestacionais, e os direitos fundamentais clássicos, os direitos civis e políticos, ou ainda os direitos negativos, uma vez que todos estão dentro do Título II da Constituição (BIGOLIN, p. 03, 2004).

Sendo o direito à moradia um direito fundamental, tanto do ponto de vista formal, pois assim foi consagrado, como do ponto de vista material, tendo em vista a íntima relação com a dignidade da pessoa humana, o mesmo já possui o necessário para se enquadrar na regra da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Logo, temos que o direito à moradia tem a sua eficácia jurídica prevista no ordenamento, resta saber quanto à sua eficácia social.

Embora uma parte da doutrina compreenda que os direitos sociais não possam, ou não devam ser diretamente aplicáveis, defendemos que tal fato se trata de uma alternativa de cunho ideológico e que distancia-se da questão jurídica, primeiramente, conforme já mencionamos, tal argumentação é um reflexo de uma interpretação excludente dos direitos fundamentais, embora a nossa Constituição trilhe um caminho oposto no sentido de acrescentar e fortalecer ainda mais o regime dos direitos fundamentais, fruto do recente paradigma do neoconstitucionalismo calcado na busca pela força normativa máxima dessa categoria de direitos constitucionais (BARROSO, 2013).

Segundo Piovesan:

No entanto, esforços têm sido empenhados no sentido de fortalecer a aplicabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, realçando seu caráter jurídico e acionabilidade. Para este estudo, tais direitos são direitos legais e acionáveis, já que a ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. É uma concepção que reflete a equivocada noção de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (os sociais, econômicos e culturais), ao contrário, não merece reconhecimento. Sustenta-se que os direitos fundamentais — sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais — são acionáveis e demandam séria e responsável observância. (p. 482 e 483, 2013)

Em segundo lugar, é necessário romper-se com a visão fragmentária dos direitos humanos/fundamentais, pois é necessária para efetividade de direitos civis e políticos a satisfação de direitos sociais, a própria natureza dos direitos fundamentais sugere a interdependência, sem direito à saúde, o direito à vida fica prejudicado, sem direito à moradia a cidadania, a vida, e até mesmo a liberdade ficam prejudicadas ou

pelo menos limitadas, pelo menos para grande parte da população alijada do mínimo existencial.

Certo é que o direito à moradia, e os direitos sociais de um modo geral, são diretamente aplicáveis nos termos do art. 5º, §1º, no entanto, a extensão desse dispositivo, e as consequências jurídicas do seu enunciado não são pacíficas.

Na doutrina encontram-se correntes extremas a respeito do tema, dividindo-se entre aquelas que esvaziam o sentido da norma constitucional fundamentando que esta necessita da atividade legislativa infraconstitucional para que alcance o menor nível de efetividade, e outras que veem o princípio da aplicabilidade imediata de forma absoluta, como bastante para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

Uma visão intermediária deve ser a melhor escolha, pois não se pode correr o risco de ir contra toda a ordem constitucional vigente que busca cada dia fortalecer o regime dos direitos fundamentais e esvaziar o seu conceito deixando essa espécie de direitos ao arbítrio do legislador inconstitucional, nem acreditar que a máxima da eficácia dependa exclusivamente do que consta na norma do art. 5º, §1º.

Certamente o princípio da aplicabilidade imediata é importante no sentido de fortalecer os direitos fundamentais, mas a sua efetividade também depende da verificação das circunstâncias fáticas.

Segundo Serrano Júnior, a regra insculpida no §1º do art. 5º da Constituição Federal encerra um mandado de otimização, no sentido de que devem os órgãos do poder público garantir o máximo de eficácia possível aos direitos fundamentais, o que gera, segundo o autor uma presunção da sua exigibilidade imediata, que, no entanto, está condicionada ao exame da situação fática (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 162).

O mesmo entendimento é corroborado por Sarlet. Segundo o autor a norma do art. 5º, §1º é “*de cunho inequivocamente principiológico*”, e a considera como um “*mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais*” (SARLET, 2012, p. 242).

Na mesma esteira segue Piovesan ao falar sobre o art. 5º, §1º da Constituição:

Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias

fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (PIOVESAN, 2013, p. 91).

Logo, não é que a norma da aplicabilidade imediata torna os direitos fundamentais absolutos no que tange à sua efetivação, mas que esses direitos tenham, dentro das limitações fáticas o maior grau de efetividade possível. O efeito prático disso é bem diferente, e conseqüentemente a busca pela efetivação dos direitos fundamentais também.

De modo mais simples, pode-se dizer que a regra da aplicabilidade imediata em relação aos direitos positivos significa que, dentro de uma circunstância fática em que a efetividade desse direito estiver em jogo, a atuação do órgão que estiver lidando com tal situação deve ser a de buscar ao máximo meios que efetivem esse direito, que deem concretude ao seu núcleo essencial.

Considerando o sentido acima empregado ao princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, Serrano Júnior propõe a verificação das circunstâncias fáticas a partir dos critérios de solução de conflito de princípios, a ponderação e a proporcionalidade, baseados no conceito proposto por Robert Alexy para os princípios, admitindo-se que os direitos fundamentais prestacionais assemelham-se mais à categoria dos princípios do que propriamente das regras (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 161-178).

A ponderação, por se tratar de uma técnica, deve ser aplicada em uma situação concreta, onde há de ser realizada a controlabilidade racional das decisões de aplicação do Direito (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 173). Dentro de uma circunstância fática sempre haverá valores/interesses conflitantes, o julgador, ao fazer uso da ponderação deverá buscar uma opção que melhor empregue o núcleo dos direitos envolvidos.

Para Alexy, os princípios são mandados de otimização, pois os mesmos são normas que determinam a realização de algo em maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, o que sugere que os princípios são normas cuja efetividade permite que ocorra em graus diferenciados em diferentes circunstancias (ALEXY *apud* AMORIM, 2009, p.126. Diante da possibilidade de operar em diferentes graus de intensidade, os princípios convivem entre si, mesmo determinando

mandamentos opostos, impondo dessa forma, limites recíprocos (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 163).

Ademais, tendo em vista a necessidade de restrição às circunstâncias fáticas e jurídicas, os princípios são positivados com um amplo grau de abstração, pois uma normatização concreta ou específica desnaturalizaria o seu caráter maximizador. A tarefa de tornar o princípio como uma norma aplicável ao caso concreto é através da ponderação.

De maneira diversa operam as regras, pois possuem uma natureza normativa mais concreta, devendo o seu conteúdo ser diretamente aplicado ao caso concreto que se amolda ao seu texto, bastando a mesma ser válida.

Em uma ordem democrática, os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante ponderação: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema tudo ou nada, mas graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato. (BARROSO; BARCELOS, 2003, p. 34)

Analisando a estrutura normativa dos direitos prestacionais, e mais precisamente do direito à moradia, é mais correto afirmar que possui a estrutura de um princípio, tendo em vista o modelo proposto por Robert Alexy, tendo em vista o grau de abstração da norma, bem como a impossibilidade de aplicá-la mediante o sistema do “*tudo ou nada*” (ou seja a subsunção, modelo pelo qual são aplicadas as regras), dessa forma deve ser usado o recurso da ponderação, bem como o recurso da proporcionalidade, conforme propõe Serrano Júnior (2012, p. 164), para que o seu conteúdo seja delimitado e aplicado à situação concreta.

No entanto, a forma que esses critérios se aplicam quando se trata de um direito prestacional, não é a mesma que se vê costumeiramente no caso dos direitos de defesa, ou direitos negativos, pois, como aqueles reclamam uma atitude positiva dos seus destinatários, enquanto esses dependem de uma abstenção. É claro que essas definições são superficiais e não esgotam o tema, pois, os próprios direitos de primeira geração dependem da existência de um sistema capaz de lhes promover e proteger (dependendo de uma ação positiva do Estado), diante dos fatores externos.

Quando diante de um direito prestacional, os critérios de ponderação e proporcionalidade estarão voltados à verificação do objeto desse direito, que é a

“proteção contra omissões ou insuficiências no cumprimento do dever de proteção ou promoção de determinado bem jurídico fundamental” (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 165).

A ponderação é uma atividade de aplicação principalmente judicial que significa sopesar, equilibrar valores conflitantes, no que tange ao direito à moradia, o processo de ponderação terá como objetivo avaliar se a atividade estatal para cumprimento e promoção desse direito tem sido satisfatória, conciliando os ditames constitucionais com os recursos disponíveis para tanto. As conclusões possíveis serão duas: ou concluir-se-á que não é exigido do Estado ação diversa da que já tem sido empregada para a promoção e proteção do direito em espeque, situação na qual não se estará diante de uma omissão inconstitucional, ou se evidenciará que a ação do Estado é insuficiente e não satisfaz os ditames estabelecidos na Constituição, tratando-se da hipótese de omissão inconstitucional, em que se exige, portanto, mediante a sanção jurídica correspondente a atuação do Poder Público (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 170).

Já o critério da proporcionalidade se aplica em relação aos meios aplicados para a efetivação do direito fundamental em apreço, segundo Barroso, envolve dois conceitos, o de adequação e necessidade, o primeiro refere-se à investigação da idoneidade da medida empregada na concretização do fim pretendido, e o segundo refere-se à verificação de meios menos gravosos para obtenção do fim visado. (2010, p. 260)

Enquanto nos direitos de defesa, o critério da proporcionalidade terá aplicação no sentido de proibir excessos contra as liberdades individuais, a aplicação desse preceito em relação aos direitos à prestação tem efeito oposto operando no sentido de evitar que a atuação estatal seja à menor daquilo que se espera para a consecução do bem enunciado pelo direito fundamental, proibindo a omissão e a insuficiência (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 169-170).

O direito humano fundamental à moradia em sua dimensão prestacional está previsto em norma constitucional que tem a estrutura de princípio. Os princípios, como mandado de otimização, determinam a utilização dos meios adequados para o alcance ou promoção de determinado objetivo. A finalidade colimada é o asseguramento do acesso e fruição de uma moradia digna ou a efetiva proteção desse direito quando ameaçado ou lesado por agente público ou particular (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 177).

Tendo em vista a enorme importância que buscou se dar até aqui ao postulado da dignidade da pessoa humana, propomos que este deve ser um componente obrigatório para o juízo de ponderação e proporcionalidade acima descritos que busque a real verificação da maneira que os recursos têm sido empregados para a consecução do direito à moradia.

É indispensável que, principalmente no juízo de ponderação, seja levado à conta dentre os direitos fundamentais quais os mais próximos, os mais necessários, ao fomento e concretização da dignidade da pessoa humana de forma universal, por consequência, aqueles mais importantes à consecução deste devem ter um caráter de urgência cada vez maior quando se trata da sua efetivação.

Isso se justifica pelo elevado *status* que a dignidade da pessoa humana goza no ordenamento constitucional brasileiro, conforme já citado, é vetor interpretativo que vincula toda a Constituição e o ordenamento infraconstitucional. Dessa forma, é essencial que seja parte integrante desse processo de verificação se determinado direito fundamental, no nosso caso o direito à moradia, tem sido devidamente implementado, se os recursos aplicados para a efetivação desse direito têm sido constitucionalmente satisfatórios, a relação com a dignidade humana. Isso demonstra, pelo menos, o quão urgente é a efetivação do direito em análise.

Via de regra, é consenso de que sem um grau mínimo de efetivação dos direitos sociais é impossível que se tenha uma vida digna. E no que tange especificamente ao direito à moradia, já foi amplamente discutida essa questão.

3.3. Efetividade do direito à moradia digna e a Reserva do Possível

A discussão em torno da efetividade do direito à moradia talvez seja a mais difícil e a mais importante empreendida até aqui, afinal de contas, efetividade, conforme já demonstrado é um conceito amplamente relacionado à concretude fática, é a medida de concretização de um determinado direito enquanto bem da vida. Logo, um direito efetivo é aquele que está disponível na realidade - na vida real - nos moldes previstos em todos os instrumentos normativos, em especial, na Constituição Federal.

É questão superada, depois de tudo que já foi discutido, que o direito à moradia é um direito fundamental e que, como tal, tem a eficácia garantida por meio da Constituição em igualdade com os demais direitos, cuja aplicabilidade, conforme posicionamento adotado, é determinada pela própria Carta que por meio do art. 5º,

§1º, deve ser amplamente perseguida de forma que seja alcançada no seu grau máximo.

Sim, a eficácia do direito à moradia está positivada em igual condições às dos demais direitos sociais, e de outras categorias de direito, como os direitos civis e políticos, dos quais a eficácia é consensualmente reconhecida.

Serrano Júnior cogita que a menor efetividade dos direitos sociais, os direitos prestacionais, estrutura-se numa contraposição com os direitos a liberdades e direitos políticos, evidenciado dois motivos, um deles calcados na eficácia desses direitos, em que os direitos prestacionais tem eficácia limitada, dependendo portanto de regulamentação por legislações infraconstitucionais, e os direitos civis e políticos, tem eficácia plena, uma vez que a sua estrutura demandam apenas que o Estado abstenha-se de praticar determinadas condutas que o direito em si já estaria garantido nos moldes constitucionais, independentemente de suplementação infraconstitucional. Outro motivo que figura nesta contraposição tem a ver com os custos dos direitos, vigora no imaginário neoliberal que apenas os direitos prestacionais demandam investimento do Estado (SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 182).

Um dos motivos que beneficia esse tipo de pensamento fragmentário dos direitos fundamentais tem a ver com a própria classificação dos direitos humanos/fundamentais em gerações. Tal classificação reforça a ideia de precedência de uns direitos em relação a outros, sendo que o que defendemos é que os direitos humanos/fundamentais convivem uma relação de interdependência, devendo todos ser tratados com o mesmo peso e importância, afinal de conta os direitos sociais instituídos no art. 6º da Constituição Federal possuem um sentido de urgência bem maior para uma parcela da população do que para outra.

O mesmo se aplica à ideia da classificação funcional entre direitos negativos e direitos positivos, propagando que os negativos não dependem de ação Estatal e, portanto, não depende de gasto de recursos públicos e mais fáceis de serem implementados, enquanto os direitos positivos devem ter a efetividade mitigada e condicionada à disponibilidade de recursos.

Sabe-se bem que isso é, na verdade, uma falácia e que todos os direitos importam custos e todos dependem de uma ação positiva do Estado, uns em maior outros em menor grau, tal concepção foi enunciada por Holmes e Sustain na obra *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, segundo os quais os direitos fundamentais são sempre positivos na medida em que mesmo os direitos de liberdade

e direitos de defesa exigem “*um conjunto de medidas positivas por parte do poder público e que sempre abrangem a alocação significativa de recursos materiais e humanos para sua proteção e efetivação de uma maneira geral*” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 189).

Retomando à ideia de contraposição dos direitos a liberdades e direitos políticos com os direitos sociais, duas questões foram suscitadas, a da eficácia e a dos custos.

Conforme tal classificação da eficácia, no sentido de a norma depender de legislação infraconstitucional para ser aplicada no plano concreto, há dois contra-argumentos válidos, primeiro que tal pretensão é contrária ao atual momento da história do constitucionalismo, em que as constituições deixaram de ser meras cartas políticas para enfim consagrar direitos e deveres. Condicionar a aplicação de uma disposição constitucional à uma legislação hierarquicamente inferior é deslegitimar a força normativa, é dar um passo rumo ao retrocesso, tornando o texto constitucional enfraquecido.

O argumento da dependência de integração por parte do legislador infraconstitucional perde sentido quando a própria norma constitucional garante aplicabilidade imediata e máxima eficácia a partir do art. 5º, §1º da Constituição.

Em segundo lugar, o direito à moradia já dispõe de legislação suficientemente apta a promover uma mudança substancial no quadro das habitações brasileiras, tanto no texto constitucional como em legislações infraconstitucionais, conforme foi arrolado no segundo capítulo deste trabalho. O mesmo se repete com relação aos tratados internacionais de direitos humanos sobre o tema.

Diante disso, segundo Silva *apud* Serrano Júnior é possível concluir que:

as razões para algumas normas conseguirem, no plano prático, produzir mais efeitos do que outras, são extrínsecas ao texto ou à estrutura normativa, não estão na estrutura normativa da eficácia, mas estão em outro plano. A explicação para maior ou menor efetividade encontra-se nas opções político-ideológicas que foram feitas no curso da história de um País não sendo algo intrínseco às normas constitucionais (SILVA *apud* SERRANO JÚNIOR, 2012, p. 188).

Desse modo, não é no campo legislativo – criando-se mais leis – que se chegará a efetivação do direito à moradia, mas sim na implementação de políticas públicas capazes de criar as condições necessárias para sedimentação desse direito, assim como ocorreu na implementação de outros, como os direitos políticos, em

especial o direito do voto, que ao longo da história foram disponibilizados recursos para que um complexo e eficaz sistema eleitoral fosse criado.

Isso não significa que as disposições constitucionais e o sistema de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 não é importante para a efetivação do direito à moradia, pelo contrário, é através do que consta na Constituição, o aporte ideológico nela consagrado, e pela interdependência moradia digna – dignidade da pessoa humana, que se deve concretizar na prática o direito fundamental à moradia digna. Os elementos extrínsecos de ordem político-ideológica atualmente dominantes no pensamento jurídico e político brasileiro, representam barreiras ao plano constitucional, que tem como princípio a dignidade da pessoa humana e como um dos objetivos uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e promover bem de todos.

O direito à moradia é um direito fundamental, com eficácia máxima, e, portanto, é vinculante. Deve, no entanto, o gerenciamento dos recursos financeiros ser fiel ao plano constitucional e respeitar o regime dos direitos fundamentais. É no campo das políticas públicas, no gerenciamento responsável dos recursos financeiros, que os mecanismos jurídicos e os direitos fundamentais ganham concretude.

[...] as políticas públicas consistem em um conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado para atingir a determinados fins. Se a Constituição da República especifica os fins do Estado, sendo a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais exemplos destes fins traçados, a Administração Pública deve desenvolver políticas públicas voltadas a consecução dessas finalidades (BARROS, 2008, p. 87).

Os direitos sociais de caráter prestacional (nosso caso, o direito à moradia) por conta da necessidade de intervenção direta dos poderes públicos na sua implementação, foram considerados por longo período direitos meramente programáticos, dependentes de integração legislativa infraconstitucional e à discricionariedade do administrador dos poderes públicos respectivos (MÂNICA, 2011, p. 8). Em verdade, essa perspectiva retrógrada permanece até hoje na práxis jurídica, embora todo esforço da doutrina constitucional em demonstrar a capacidade dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.

Embora tenha-se abandonado cada vez mais a teoria das normas programáticas, alguns acreditam que esta tem sido substituída pela teoria da reserva do possível, pois se antes acreditava-se na impossibilidade jurídica de sindicalizar os

direitos sociais de caráter prestacional mediante o Poder Judiciário em razão da natureza das normas, a teoria da reserva do possível traz à lume como um de seus argumentos o da ausência de previsão orçamentária (MÂNICA, 2011, p. 12). Essa teoria ganhou bastante força no Brasil, embora a mesma tenha origem da jurisprudência alemã, no julgamento do caso *numerus clausus*, em que se discutia sobre o direito de acesso ao ensino superior – “*firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade*” (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 188 – 189).

A reserva do possível significa que não se pode exigir do Estado aquilo que ultrapassa os limites do razoável, segundo Figueiredo e Sarlet, isso envolve também o fato de que o eventual titular de um direito à prestação, que não poderia, por exemplo, pleitear assistência social do Estado, quando dispõe de condição financeira suficiente para o seu sustento. (2008, p. 190). Isso revela-nos que a reserva do possível também leva em consideração os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, outrora citados neste trabalho.

A reserva do possível se desdobra sobre dois componentes: um que diz respeito à disponibilidade de recursos econômicos necessários para implementações de políticas públicas relacionadas ao direito tutelado, a outra diz respeito à existência de legislação orçamentária autorizando o Estado a incorrer em certos custos, ou seja, um componente fático, e outro jurídico, respectivamente (SARMENTO, 2008, p. 18).

No que tange às legislações orçamentárias, afirmam Figueiredo e Sarlet haver uma inversão hierárquica, tanto no sentido jurídico-normativo quanto no sentido axiológico que impede a intervenção [judicial] que privilegia as disposições orçamentárias a nível infraconstitucional em detrimento das prioridades elencadas pela Constituição Federal na seara dos direitos fundamentais (FIGUEIREDO; SARLET, 2008, p. 193).

Segundo Sarmento *apud* Serrano Júnior

Numa ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana não se pode conceber a realização da despesa pelo Estado todo como um campo livre para as decisões do legislador orçamentário e do administrador. Pelo contrário, há prioridades que a eles se impõe por força de princípios constitucionais revestidos de elevado teor moral (...). Assim, me parece que o Poder Judiciário está plenamente legitimado para fiscalizar o cumprimento destas prioridades pelos demais poderes estatais (2008, p. 578).

Portanto, não é possível permitir que o Poder Legislativo atue em dissonância com as prioridades estipuladas pela Constituição Federal, o mesmo se aplica na seara administrativa, o Poder Público correspondente deve alocar os recursos de acordo com a ordem constitucional vigente, caso contrário, é legítima a intervenção judicial. Como bem recordam Figueiredo e Sarlet, *“quem ‘governa’ – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte”* (2009, p. 194).

Segundo Mânica, a teoria da reserva do possível ao mesmo tempo que demonstra inexistência de supremacia dos direitos fundamentais diante de quaisquer circunstâncias, também demonstra a relativização da competência orçamentária do Poder Legislativo, e da discricionariedade administrativa do Poder Executivo, de modo que a insuficiência fática dos recursos e a inexistência de dotação orçamentária não podem ser óbices intransponíveis à concretização dos direitos sociais a prestações, porém, devem ser levados em consideração em um processo de ponderação a ser realizado na respectiva decisão judicial que julgue acerca da efetivação desses direitos (2011, p. 15).

Nessa mesma perspectiva, Sarmento não concorda com as afirmações de que os direitos sociais não são direitos subjetivos, bem como com as afirmações de que os direitos sociais são direitos subjetivos definitivos, mas sim que estes são direitos subjetivos *prima facie*, ou seja, antes do seu reconhecimento definitivos, os direitos sociais de caráter prestacional dependem de uma ponderação no caso concreto de modo que se compatibilize com os demais princípios em jogo (2008, p.16).

É importante evidenciar que a teoria da reserva do possível ao ser aplicada no Brasil nos moldes em que foi criada pela jurisprudência alemã incorre no risco de causar profundos prejuízos, tratam-se de realidades bem diferentes, já que no Brasil os direitos sociais não possuem parte da efetividade almejada, nem são acessíveis à grande maioria, é o que se expressa nos altos índices de desigualdade social, enquanto a realidade alemã é bem diferente. Uma teoria com esse impacto, deve levar em consideração a história do país em que é aplicada.

A assimilação, pela doutrina pátria, sem as devidas adaptações, de um instituto oriundo de outra ordem jurídica torna-se bastante perigosa, especificamente quando se trata de realidades tão distintas, como a alemã e a brasileira. Os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições

socioeconômicas do país em que se desenvolveram, de modo que é impossível transportar-se um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se levar em conta os condicionamentos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos (RANGEL, 2010, p. 98).

Segundo Figueiredo e Sarlet, o instituto da reserva do possível demanda seriedade quando invocado, pois muitas vezes o mesmo tem sido utilizado de maneira falaciosa como argumento impeditivo para a implementação dos direitos fundamentais e intervenção judicial nesta seara, permitindo a omissão estatal na efetivação desses direitos, ressalta ainda que diante da norma insculpida no art. 5º, § 1º da CF, o ônus de demonstrar a insuficiência fática de recursos necessários é do poder público responsável pela efetivação do determinado direito fundamental social (2008, p. 191).

Serrano Júnior considera que as aspirações humanas tendem ao infinito (2012, p. 190), dessa forma, a escassez de recursos e o desafio de alocá-los de modo a contemplar a maior quantidade dos direitos fundamentais, respeitados os objetivos constitucionais e os direitos considerados mínimos à existência humana, sempre estarão presentes, necessitando-se de um engajamento de todos os entes políticos para melhor compatibilizar as escolhas orçamentárias com as necessidades da sociedade.

Para Mânica (2011, p. 11) a teoria da reserva do possível na sua origem envolve mais questões além da insuficiência de recursos financeiros, no entanto, quando transplantada para o direito brasileiro, essa teoria é, na verdade, a teoria da reserva do financeiramente possível, pois leva-se em conta apenas a aferição da existência ou não de recursos disponíveis para a efetivação dos direitos sociais a prestações. O autor defende que a pretensão veiculada mediante o Poder Judiciário deve ser analisada mediante a ponderação de bens, e pelo critério da proporcionalidade, pois uma vez que a reserva do possível significa aquilo que indivíduo pode esperar racionalmente da sociedade, a racionalidade apenas pode ser verificada mediante o critério da proporcionalidade (2011, p.14).

Se considerarmos que os direitos sociais deixam de ser efetivados tão simplesmente "porque" inexistente orçamento suficiente para sua implementação estaríamos afirmando categoricamente que o custo impede a realização do programa constitucional de uma sociedade plural, fraternal, solidária, comprometido com a cidadania, a promoção do desenvolvimento nacional e a erradicação das desigualdades regionais e sociais... Mas não há custo no que toca a outras atividades inerentes ao Poder Público, como a liberação de recursos para obras discutíveis e gastos sem conformidade com o real clamor de uma

população marginalizada, cada vez mais excluída de suas prerrogativas cidadãs (GUERRA, 2008, p. 13-14).

Por fim, é importante salientar que as escolhas alocativas de recursos, por terem grande papel na determinação da efetividade do direito à moradia digna, e dos demais direitos sociais prestacionais, demandam uma maior participação da Sociedade (SERRANO JÚNIOR, 2012, 190-191), diante da sua importância a necessidade de democratização desse processo é urgente, tanto à intervenção do judiciário, como à intervenção social, uma vez que toda a sociedade é diretamente interessada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro aderiu à tratados internacionais que garantem o acesso à moradia como um direito humano. Além disso, nas últimas décadas, esse direito foi explorado principalmente na Constituição de 1988 e nos diversos instrumentos jurídicos que foram criados, o que significa um grande avanço, pelo menos no pleno legislativo sobre a questão urbanística e habitacional.

Conforme verificado, o Estado brasileiro tem grande responsabilidade em promover o acesso ao direito à moradia em congregação de esforços de todos os entes da federação, diante da complexa repartição de competências estipulada na Constituição Federal. Embora não falte instrumentos jurídicos, o direito à moradia ainda possui uma baixa efetividade.

As cidades ainda são excludentes, a desigualdade social ainda é um desafio a ser vencido. O futuro do espaço urbano e das habitações vai depender de um amplo processo de mobilização política, onde os princípios constitucionais e os instrumentos legais disponíveis promovam, de fato, a integração espacial, a justiça social, e a democratização do solo urbano (FERNANDES, 2001, p. 51).

Compreendido os aspectos fáticos que circundam o direito à moradia digna, e as previsões normativas que consagram tal direito, o olhar se volta para a natureza jurídica do mesmo, que na doutrina e jurisprudência brasileira ainda não é unânime, pois, não são poucos os que o consideram como mero direito programático, enquanto boa parcela o considera verdadeiro direito fundamental.

A investigação a respeito da fundamentalidade do direito à moradia, confirma aquilo que a Constituição Federal já determinou formalmente a partir da Emenda Constitucional nº 26 de 2000, quando o direito à moradia passou a integrar o rol dos direitos sociais.

No entanto, um direito fundamental o é não apenas em termos formais (positivação), mas necessita de um conteúdo material que o enquadre nessa categoria. Isso se justifica ante ao fato de a própria Constituição Federal de 1988 não dar tanta relevância ao aspecto formal, quando permite que demais direitos não inseridos no rol dos direitos fundamentais façam parte dessa categoria.

A partir de leituras, chegou-se à consideração que o aspecto material que qualifica os direitos como direitos fundamentais, em outras palavras, que atribui fundamentalidade aos direitos, trata-se da relação com a Dignidade da Pessoa

Humana, posto que é um dos princípios fundamentais insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal, e vetor axiológico de todo o ordenamento – constitucional ou infraconstitucional.

Embora seja de difícil conceituação, identificou-se três bases que constituem a dignidade da pessoa humana, e ao mesmo demonstrou-se como o direito à moradia relaciona-se com cada uma delas em uma relação simbiótica, quais sejam o valor intrínseco mediante o qual a dignidade é inerente ao ser humano, e pressupõe a existência do direito à vida e à integridade física, possui também um valor autônomo que pressupõe de forma ampla o direito de liberdade, e por fim, um valor comunitário, que leva em consideração os aspectos sociais que envolvem o indivíduo.

Dessa forma, a conclusão extraída é que o direito à moradia é um direito fundamental pleno, completo em todas as suas nuances.

As consequências disso foram estudadas no quarto capítulo, e especificamente a problemática da efetividade. O que exatamente significa considerar o direito à moradia um direito fundamental? Primeiramente, o sistema de proteção e garantia dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 garante a esses direitos indistintamente (direitos civis e políticos, direitos sociais e direitos coletivos e transindividuais) a aplicabilidade imediata. Seguindo a esteira das principais doutrinas a respeito do tema, conclui-se que a aplicabilidade imediata não dignificava que os direitos são absolutos, nem tampouco que são vazios de sentido, dependendo de integração infraconstitucional para torna-los aplicáveis, mas que, diante das situações fáticas era dever entes políticos conferir-lhes a maior efetividade possível.

Para tanto, deu-se importância à aplicação de princípios da ponderação e da proporcionalidade, que seriam capazes, a partir de uma análise séria e comprometida com os objetivos do texto constitucional, de delimitar o objeto dos direitos à serem efetivados.

No que tange à problemática da efetividade, percebe-se que não é tão simples quanto parece, ainda mais diante da teoria da reserva do possível que determina que não é viável dos indivíduos esperar do Estado aquilo que não é possível em termos de aplicação de recursos públicos. No entanto, tudo que foi estudado, e a importância que o direito à moradia exerce sobre a vida das pessoas não pode ser desconsiderado diante de uma teoria permissiva à desídia e o descaso, que tem sido utilizada largamente como uma falácia para justificar a deficiência dos poderes públicos nas estratégias alocativas.

O direito à moradia não pode ser relativizado diante a suposta falta de recursos, ou à distribuição ideológica dos mesmos. Como foi estudado, é um direito fundamental com grande repercussão na dignidade da pessoa humana, no desenvolvimento dos indivíduos e no equilíbrio socioeconômico das populações, dessa forma, o convencionalismo do legislador orçamentário e a discricionariedade do administrador, devem ser superados ante ao plano traçado na Constituição Federal.

Conforme bem colocado por Figueiredo e Sarlet, no Estado Democrático de Direito quem governa é a Constituição.

Dessa forma, defende-se o controle judicial, sempre norteada pela ponderação e proporcionalidade, sobre as decisões alocativas com fito de promover o direito à moradia, e os direitos sociais como um todo, que exercem um impacto maior nas populações menos economicamente favorecidas, para que as diretrizes constitucionais sejam efetivamente cumpridas e a dignidade alcance concretamente a todos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derecho e razón práctica**. México: Fontamara, 1993 *apud* AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. Revista de informação legislativa, n. 165, 2009. Disponível em: <http://150.162.138.5/portal/sites/default/files/anexos/15545-15546-1-PB.pdf>. Acesso em:

AWAD, Fahd. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. Revista Justiça do Direito, v. 21, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.upf.tche.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>. Acesso em: Outubro de 2015.

BARROS, Ana Maria Furbino Bretas. **Direito à moradia: questões sobre sua eficácia jurídica**. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito da Cidade) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. Orientadora: Angela Moulin Simões Penalva Santos. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp091593.pdf>. Acesso em: Outubro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2003. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: Outubro de 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2010

_____. **‘Aqui, lá e em todo lugar’: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional**. Estudos Avançados de Direitos Humanos. Campus, 2012. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf. Acesso em: Outubro de 2015.

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003 *apud* PINTO FILHO, Ariovaldo de Souza. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2010**. Disponível em: <http://www.unifiefp.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2010/Ariovaldo.pdf>. Acesso em: Outubro de 2015.

BIGOLIN, Giovani. **A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15658-15659-1-PB.pdf>. Acesso em: Outubro de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros. 2001 *apud* SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 25.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 2013.

BRASIL, República Federativa do. Congresso Nacional. **Lei n. 10.257/2001 de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Vade Mecum – 9. Ed. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BULOS, Uadi Lamego. **Constituição Federal Anotada**. 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

CARLI, Ana Alice de. **Bem de Família do fiador e o direito humano fundamental à moradia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/2476208/ana%20alice%20de%20carli.pdf>. Acesso em: Outubro de 2015.

CLAUDE, Richard Pierre; WESTON, Burns H. (eds.). **Human rights in the world community: issues and action**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1989., p. 16-17 *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

DESLUNDES, Suely Ferreira. **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. – Petrópolis: Vozes, 1994.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed., rev. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

FERNANDES, Edésio. **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil: Uma Introdução** In: Fernandes. FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GUERRA, Gustavo Rabay. **A concretização judicial dos direitos sociais, seus abismos gnoseológicos e a reserva do possível: por uma dinâmica teórico-dogmática do constitucionalismo social**. Consilium. Brasília, a, v. 1. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1047, 14 maio 2006. Disponível em: <https://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/2/docs/concretizacaodosdireitossociais.pdf>.

Acesso em:

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed., rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005 *apud* PINTO FILHO, Arioaldo de Souza. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2010. Disponível em: <http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes2010/Arioaldo.pdf>. Acesso em: Outubro de 2015.

HACHEM, Daniel Wunder. **A Aplicabilidade Imediata dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988: 20 Anos de Obscuridade nas Brumas do Senso Comum Teórico**. Revista Jurídica da Faculdade de Direito – V. 1 – No . 4. Dom Bosco. 2009. Disponível em: http://www.dombosco.sebsa.com.br/faculdade/revista_direito/1edicao-2009/eos-4-2009-5.pdf. Acesso em: Março de 2016.

IBGE: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). Disponível em:<
http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=40>. Acesso em: Fevereiro de 2015.

IBGE. Projeção da População do Brasil e das Unidades da Federação. Disponível em:
<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em: fevereiro de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentário aos arts. 1o a 5o da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 7a ed., São Paulo: Atlas, 2006 *apud* PINTO FILHO, Arioaldo de Souza. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2010. Disponível em:
http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes_2010/Arioaldo.pdf. Acesso em 20 de out 2015

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. Ed – 2. Reimpr. São Paulo: Atlas S.A., 2008.

NAÇÕES UNIDAS. **O Direito Humano à uma Habitação Condigna. Ficha Informativa sobre Direitos Humanos nº 21 [ACNUDH]**, 2002. Disponível em:
http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha_Informativa_21.pdf. Acesso em: Outubro de 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:
<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: Outubro de 2015.

OSÓRIO, Letícia Marques; SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito à moradia no Brasil. Relatório Nacional do Projeto de Relatores Nacionais do DhESC**. São Paulo, 2003. Disponível em:
http://www.fna.org.br/site/uploads/noticias/arquivos/Direito_a_Moradia_no_Brasil.pdf. Acesso em: Setembro de 2015.

PINTO FILHO, Arioaldo de Souza. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. 2010. Disponível em:
http://www.unifieo.br/files/download/site/mestradodireito/bibliotecadigital/dissertacoes_2010/Arioaldo.pdf. Acesso em: Outubro de 2015

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

RIBEIRO, Marcelo Miranda. **Os limites físicos do planeta e a importância da cidadania ambiental para a consecução de um desenvolvimento econômico sustentável**. In PAMPLONA, Danielle Anne (Org.). **Políticas Públicas: elementos para alcance do desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **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**. outubro, p. 55-92, 2008. Disponível em: [http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo Ingo Wolfgang Sarlet o direito.pdf](http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima1/artigo%20Ingo%20Wolfgang%20Sarlet%20o%20direito.pdf). Acesso em: Outubro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, v. 2, p. 11-53, 2008. Acesso em 10.03.2016. Disponível em: [http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF Livre/DOCTRINA 9.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF%20Livre/DOCTRINA%209.pdf). Acesso em: Outubro de 2015.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: [http://xa.yimg.com/kq/groups/22755799/644576516/name/A+Protecao+Judicial+dos +direitos+ Sociais+-+sarmiento.pdf](http://xa.yimg.com/kq/groups/22755799/644576516/name/A+Protecao+Judicial+dos+direitos+ Sociais+-+sarmiento.pdf); Acesso em: Março de 2016

SAULE JÚNIOR, Nélon. **Formas de proteção do direito à moradia e de combate aos despejos forçados no Brasil**. In: Fernandes, Edésio (Org.). **Direito Urbanístico e Política Urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. **O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento.** Curitiba: Juruá, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 25. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Breves Notas sobre o Neoconstitucionalismo: Pós-Positivismo e Dignidade da Pessoa Humana.** CAMPO JURÍDICO, v. 1, n. 2, p. 181-194, 2013. Disponível em: <http://fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/29>. Acesso em: Outubro de 2015