

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

PAULO CÉSAR CRIVELARO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA
EXIGIBILIDADE EM FACE DO ESTADO**

POUSO ALEGRE - MG

2018

PAULO CÉSAR CRIVELARO

**O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA
EXIGIBILIDADE EM FACE DO ESTADO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Cláudia Mansani Queda de Toledo

FDSM - MG

2018

C936c Crivelaro, Paulo César.

O direito fundamental à moradia e sua exigibilidade em face do Estado / Paulo César Crivelaro. -- Pouso Alegre - MG 2018.

132f.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), 2018.

Orientação: Prof^a. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo

1. Direitos fundamentais. 2. Moradia. 3. Efetividade.

PAULO CÉSAR CRIVELARO

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E SUA EXIGIBILIDADE EM FACE DO
ESTADO

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da Aprovação 04/05/2018

Banca Examinadora

Prof.^a Dr.^a Cláudia Mansani Queda de Toledo
Orientadora
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. José Luiz Ragazzi
Instituto Toledo de Ensino

Prof. Dr. Elias Kallás Filho
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre – MG

2018

RESUMO

CRIVELARO, Paulo César. O direito fundamental à moradia e sua exigibilidade em face do Estado. 2018. 132f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

O presente trabalho analisa o direito fundamental à moradia, desde sua inserção nos documentos internacionais até sua inclusão de forma expressa no texto da constituição e a posição por ele ocupada dentre os demais direitos fundamentais. A partir daí, propõe-se a examinar a efetividade da norma constitucional que o consagra, objetivando permitir a conclusão acerca de sua exigibilidade em face do Estado, por meio do Poder Judiciário. Para tanto, é analisada a classificação das normas constitucionais com base em sua eficácia, bem como a correlação entre o direito fundamental à moradia e a dignidade da pessoa humana, além da exigência, para uma existência com dignidade, que a todos sejam asseguradas condições materiais mínimas. Examina, ainda, a possibilidade de invocação da reserva do possível e da separação das funções dos poderes como óbices à efetivação do direito fundamental à moradia, permitindo-se fundamentar uma conclusão válida.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Moradia. Efetividade das normas constitucionais. Exigibilidade judicial.

ABSTRACT

CRIVELARO, Paulo César. *The fundamental right to housing and its enforceability vis-à-vis the State*. 2018. 132f. *Dissertation (Master in Law)* – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2018.

This paper analyzes the fundamental right to housing, from its insertion in international documents to its inclusion in the text of the Constitution and the position it occupies among other fundamental rights. From there, it is proposed to examine the effectiveness of the constitutional norm that enshrines it, aiming to allow the conclusion about its enforceability vis-à-vis the State, through the Judiciary. In order to do so, we analyze the classification of constitutional norms based on their effectiveness, as well as the correlation between the fundamental right to housing and the dignity of the human person, as well as the requirement, for an existence with dignity, to ensure that material conditions minimum. It also examines the possibility of invoking the reserve of the possible and separating the functions of powers as obstacles to the realization of the fundamental right to housing, allowing a valid conclusion.

Keywords: *Fundamental rights. Home. Effectiveness of constitutional norms. Judicial enforceability.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 - O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	10
1.1 Algumas noções sobre a teoria geral dos direitos fundamentais	10
1.1.1. Conceito	10
1.1.2. As dimensões dos direitos fundamentais	13
1.1.3. Funções dos Direitos Fundamentais	16
1.1.3.1. Direitos fundamentais como direitos de defesa	17
1.1.3.2. Direitos fundamentais como direitos a prestações	19
1.1.3.2.1. Direitos a prestações em sentido amplo	20
1.1.3.2.2. Direitos a prestações em sentido estrito	23
1.1.4. A titularidade dos direitos fundamentais	25
1.2. Conceito de moradia	32
1.3. O direito à moradia nos instrumentos internacionais	34
1.3.1. Programa das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Sustentável - ONU-Habitat	35
1.4. O direito à moradia na Constituição brasileira de 1988	37
1.5. A posição do direito fundamental à moradia entre os direitos fundamentais	40
2 - EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	42
2.1 Introdução	42
2.2 Definições terminológicas: <i>validade, vigência, vigor, eficácia e efetividade</i>	43
2.3 Classificação das normas constitucionais	47
2.3.1 A Classificação de José Afonso da Silva	48

2.3.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena	48
2.3.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida	49
2.3.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida	49
2.3.1.3.1 Normas declaratórias de princípio institutivo ou organizativo	50
2.3.1.3.2 Normas constitucionais de princípio programático	50
2.3.2 A classificação de Luis Roberto Barroso	51
2.3.2.1 Normas constitucionais de organização	52
2.3.2.2 Normas constitucionais definidoras de direitos	52
2.3.2.3 Normas constitucionais programáticas	54
2.4 A eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais	57
3 - O DIREITO À MORADIA COMO PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA	70
3.1 Introdução	70
3.2 A incorporação da noção de dignidade humana pelos instrumentos normativos	71
3.3 Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana	74
3.4 O conteúdo da dignidade da pessoa humana	76
3.5 O direito fundamental à moradia e sua relação com a dignidade humana	83
3.5.1 O direito à moradia como componente do mínimo vital	84
4 - O DIREITO À MORADIA: UM DIÁLOGO ENTRE NORMA E REALIDADE ...	92
4.1 Introdução	92
4.2 O déficit habitacional brasileiro	93
4.3 Reserva do possível: obstáculo à efetivação do direito à moradia?	100
4.4 A exigibilidade judicial do direito à moradia	106
CONCLUSÃO	120
BIBLIOGRAFIA	125

INTRODUÇÃO

Em 2000, o art. 6º da Constituição da República teve seu texto modificado por meio da Emenda Constitucional nº 26, promulgada em 14 de fevereiro daquele ano, que incluiu, de modo expresso, no rol dos direitos sociais o direito à moradia. Tal artigo encontra-se inserido no Título II da Constituição, que disciplina os direitos e garantias fundamentais, donde se conclui, sem maiores esforços, que o direito à moradia, a partir da Emenda Constitucional nº 26/2000, passou a integrar, expressamente, o elenco dos direitos fundamentais reconhecidos pela República Federativa do Brasil.

Mais de dezessete anos após a positivação do direito à moradia como um dos direitos fundamentais, torna-se necessária a análise da efetividade desse direito no Brasil, partindo-se de sua necessária conceituação, a fim de que seja possível compreender o que realmente se entende por *moradia* e quais os requisitos básicos para que um lugar seja considerado como adequado à habitabilidade humana.

O direito fundamental à moradia, conforme será demonstrado no correr do presente trabalho, tem relação direta com outros importantes direitos fundamentais, daí porque a busca de fundamentos para sua efetivação não só é um problema ainda atual, mas urgente, pois quanto maior o tempo em que a pessoa humana fica privada desse direito mínimo, mais estará exposta à violação de outros direitos fundamentais.

Diante desse quadro, o problema central a ser analisado na pesquisa é a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, à luz do art. 5º, § 1º, da Constituição da República, com enfoque específico no direito fundamental à moradia, pretendendo-se analisar, outrossim, se existem diferenças de tratamento possíveis entre as diversas espécies de direitos fundamentais, ante a disparidade de critérios para a positivação de tais direitos, o que irá culminar na análise da própria forma simplista como inserido o direito à moradia no texto constitucional.

A partir da classificação do direito fundamental à moradia e quais as consequências dessa classificação no que diz respeito à sua eficácia, pretende-se apontar uma resposta para o problema da vinculação do Estado no que tange à sua efetividade e de que forma essa vinculação se manifesta, passando-se pela necessária indagação quanto à titularidade dos direitos sociais, se individual ou coletiva.

A problematização apresentada parte do pressuposto de que a todo ser humano é assegurado o direito a um mínimo existencial, que lhe permita vivenciar a sua dignidade enquanto tal, sem, contudo, descuidar-se das limitações (reais) para a implementação dos direitos sociais e, não diferente, do direito à moradia, o que denota a inviabilidade de qualquer solução simplista para o problema.

O presente trabalho objetiva analisar também a viabilidade da judicialização do direito à moradia, o que se traduz em dois problemas, quais sejam, a possibilidade, em primeiro lugar, de se reclamar judicialmente a implementação de tal direito pelo Estado e, em segundo lugar, caso se considere tal possibilidade como viável, como e em que condições essa judicialização se mostraria legítima.

Para alcançar-se esses objetivos, a pesquisa foi dividida em quatro capítulos. No primeiro, é traçado uma panorama sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, com a delimitação de seus conceitos, dimensões e funções, bem como é analisada a titularidade das diversas categorias de direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, dentre os quais encontra-se catalogado o direito à moradia.

Ainda no primeiro capítulo buscou-se conceituar a moradia e destacar os elementos que são considerados como indispensáveis para que uma moradia seja considerada como adequada à habitabilidade humana, passando-se, ao depois, à análise de sua inserção em documentos internacionais e do percurso transcorrido até sua inclusão, de modo expresso, na Constituição da República, finalizando-se com a análise da posição assumida pelo direito à moradia dentre os direitos fundamentais.

O segundo capítulo foi destinado a uma análise aprofundada da eficácia das normas constitucionais que definem os direitos fundamentais, iniciando-se por algumas definições terminológicas e, depois, passando-se à análise da eficácia de tais normas a partir das classificações propostas por José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso, sendo certo, porém, que ao ser analisada a eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, recorreu-se até mesmo à interpretação histórica, com consulta aos diários da Assembleia Nacional Constituinte objetivando conhecer as pretensões do constituinte no que se refere ao tema.

A correlação entre o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana foi o tema escolhido para o terceiro capítulo, no qual, após apontar-se a natureza jurídica e o conteúdo da dignidade humana, passou-se à análise das razões pelas quais o direito à moradia pode ser tido como estritamente relacionado à dignidade humana, permitindo-se, a partir dessas premissas,

o desenvolvimento, no quarto capítulo, de um diálogo entre a norma que define o direito à moradia e a realidade brasileira no que toca à efetivação desse direito fundamental.

Esse diálogo entre norma e realidade, desenvolvido no quarto capítulo, iniciado com a investigação de dados estatísticos sobre o déficit habitacional brasileiro, passando pelo exame da chamada *reserva do possível* e a possibilidade (ou não) de sua oposição à concretização do direito à moradia, teve por objetivo permitir a análise, de modo mais aprofundado, da exigibilidade do direito à moradia em face do Estado, com base em todas as premissas levantadas nos capítulos precedentes e no próprio quarto capítulo.

O presente trabalho tem como pressuposto teórico a análise crítica do sistema jurídico pátrio, naquilo em que se refere aos direitos fundamentais e, de um modo mais específico, ao direito fundamental social à moradia, relacionado ao tema central da pesquisa que se desenvolveu.

Com relação à metodologia, o trabalho utiliza como métodos de abordagem os métodos dedutivo e dialético. Dedutivo porque parte de certas premissas gerais para chegar-se à tomada de posição particular, alcançando-se uma conclusão válida, principalmente no que se refere à análise das normas definidoras de direitos fundamentais - em particular do direito à moradia -, mas também dialético por compreender-se que na ciência nada está definitivamente acabado, sendo sempre possível chegar a novas conclusões.

O procedimento técnico adotado foi o bibliográfico, com pesquisas em doutrinas especializadas, em livros ou artigos, permitindo-se analisar, de modo crítico, se o direito à moradia tem encontrado efetividade no Brasil, assim como as possibilidades de sua exigibilidade a partir da norma constitucional que o consagra como um direito fundamental.

1 - O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

1.1 Algumas noções sobre a teoria geral dos direitos fundamentais

Antes de iniciar a análise do conceito de moradia e de sua incorporação como direito fundamental social expressamente reconhecido ao ordenamento jurídico brasileiro, faz-se mister apontar os principais pontos da teoria geral dos direitos fundamentais, estabelecendo seu conceito, suas funções, sua classificação e, ainda que de modo breve, contextualizando o reconhecimento dos direitos fundamentais, em suas diversas dimensões, o que por certo se mostrará não só útil, mas também necessário para as conclusões que serão adotadas neste trabalho.

1.1.1 Conceito

Delimitar o conceito da expressão "direitos fundamentais" torna-se necessário à vista da diversidade de expressões utilizadas na doutrina, a exemplo de "direitos humanos", "direitos do homem", "direitos subjetivos públicos", "liberdades públicas", "direitos individuais", "liberdades fundamentais", "direitos humanos fundamentais", dentre outras (SARLET, 2015, p. 27).

A própria Constituição da República incorporou em seu texto grande diversidade de expressões, destacando-se, à guisa de ilustração, as expressões "direitos humanos", no art. 4º, inciso II; "direitos e garantias fundamentais", na epígrafe do Título II e no art. 5º, § 1º; "direitos e liberdades constitucionais", no art. 5º, inciso LXXI; "direitos e garantias individuais", no art. 60, § 4º, inciso IV (SARLET, 2015, p. 27).

É de se ressaltar, porém, que a Constituição da República, quando adotou um termo genérico para se referir a todas as demais categorias ou espécies de direitos fundamentais, o fez valendo-se da expressão "Direitos e Garantias Fundamentais", conforme se vê na epígrafe do Título II (SARLET, 2015, p. 28), razão pela qual a expressão "direitos fundamentais" é

adotada neste trabalho, fugindo aos seus limites a pretensão de definir as demais expressões encontradas tanto na doutrina quanto em sede constitucional.

Feitas essas considerações, os direitos fundamentais podem ser conceituados como todos aqueles direitos da pessoa humana que são expressamente reconhecidos e positivados como tais no texto da Constituição de determinado Estado, distinguindo-se, assim, dos direitos humanos, reservados para os direitos da pessoa humana declarados nos documentos internacionais, independentemente de estarem ou não previstos na ordem constitucional de determinado Estado (SARLET, 2015, p. 29).

Essa mesma distinção é adotada por Zisman (2011, p. 173), quando reconhece que os direitos podem ser humanos, liberdades públicas, direitos subjetivos, sem que sejam reconhecidos como direitos fundamentais, uma vez que o ponto de diferenciação destes direitos para os direitos fundamentais é que estes são reconhecidos na Constituição, o que permite que deem ensejo a consequências na ordem jurídica interna.¹

Canotilho (2003, p. 377) observa que "sem a positivação jurídica, os 'direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política', mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional". A Constituição é o *locus* no qual os direitos fundamentais se manifestam, pois onde não houver Constituição, não haverá, por conseguinte, direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Zisman (2011, p. 173-174), entretanto, é enfática ao defender que a ausência de reconhecimento constitucional de determinado direito não lhe afasta o valor intrínseco à natureza humana, possuindo qualidade de norma moralmente justificada, ainda que não positivado no texto constitucional, não sendo admissível, segundo sustenta, que a proteção dos direitos humanos fique à mercê de sua incorporação ao texto da Constituição ou à efetivação do que consta no texto constitucional de cada país.

Isso porque há que se fazer uma distinção entre a fundamentalidade formal e a material. A primeira (fundamentalidade formal) surge no exato momento em que o direito é incorporado, com a qualidade de direito fundamental, no texto da Constituição de

¹ Há que se registrar que essa distinção entre direitos humanos e fundamentais, baseada nos documentos em que são reconhecidos (direitos humanos, nas declarações e convenções internacionais, e direitos fundamentais, nas constituições), não é pacífica e imune a críticas, havendo quem prefira diferenciá-los não em razão de seu conteúdo, mas, antes, em razão das funções que se propõem a cumprir, tal como faz Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 24), para quem a análise a partir de suas funções lhes atribuem maior pujança, uma vez que "previsto pela ordem interna, consagrará um direito, uma prerrogativa ou uma liberdade, podendo, inclusive, ser judicializado. Hospedado em uma declaração ou em uma convenção internacional, caso se evidencie o desrespeito a seu conteúdo, o Estado cuja Constituição o reconhece poderá ser condenado pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos."

determinado país, diferentemente da fundamentalidade material, que são aqueles direitos que trazem consigo a "substância de direitos intrínsecos à natureza humana" (ZISMAN, 2011, p. 176).

Ana Maria D'Ávila Lopes (2011, p. 69), numa descrição que bem se amolda ao conceito material de direitos fundamentais, salienta que

[...] os direitos fundamentais devem exaurir a ideia de dignidade humana, porém não mais uma ideia de dignidade associada a uma natureza ou essência humana entendida como um conceito unitário e abstrato, mas como o conjunto de valores ou necessidades decorrentes da experiência histórica concreta da vida prática e real.

A consequência da fundamentalidade formal, para Canotilho (2003, p. 379), é destacar quatro importantes dimensões dos direitos fundamentais: 1) o reconhecimento da superioridade das normas de direitos fundamentais na ordem jurídica; 2) o agravamento dos procedimentos revisionais das normas definidoras de direitos fundamentais; 3) a criação de limites materiais à revisão da Constituição; e 4) a definição de parâmetros para que os poderes públicos façam suas escolhas, tomem decisões, adotem ações e controles, dada a vinculação imediata dos poderes públicos acarretada pela positivação.

A positivação dos direitos fundamentais (e o conseqüente reconhecimento de sua fundamentalidade formal) pode sugerir ser desnecessária a análise da fundamentalidade material do direito, mas assim não o é, porque além do fato de a fundamentalização não estar necessariamente atrelada a uma Constituição escrita (a exemplo do que ocorre nas *Common-Law Liberties* inglesas), é apenas a fundamentalidade material que dá suporte à abertura da Constituição para o reconhecimento de outros direitos que não tenham sido positivados no texto constitucional, mas que são igualmente fundamentais (*cláusula aberta* ou *princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais*) e à incidência de alguns aspectos do regime jurídico próprio dos direitos fundamentais formais também aos direitos só materialmente fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 379).

Desta distinção entre direitos fundamentais formais e materiais, é possível concluir pela existência de direitos fundamentais no plano formal, já que positivados no texto constitucional, ainda que, no aspecto material não tenham natureza de fundamentalidade, por não estarem relacionados a uma necessidade ou valor inerente à natureza humana e sem o qual a pessoa se vê ferida ou mesmo despida de sua dignidade, ao passo que também se torna possível reconhecer a existência de direitos materialmente fundamentais que ainda não sejam formalmente fundamentais, pelo simples fato de não terem ainda sido positivados no texto da Constituição.

1.1.2 As dimensões dos direitos fundamentais

O lema da Revolução Francesa - *liberdade, igualdade e fraternidade* - profetizou a sequência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais (BONAVIDES, 2015, p. 577), atualmente divididos pela doutrina majoritária em três dimensões (ou gerações), havendo quem sustente a existência de uma quarta e até quinta dimensões de direitos.

A questão das dimensões ou gerações dos direitos fundamentais somente passou a ter relevância após o reconhecimento e consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições, por estarem diretamente ligadas à evolução do Estado Liberal (que era um Estado de Direito apenas no seu aspecto formal) para o moderno Estado Social e Democrático de Direito, em sentido material, que culminaram no reconhecimento e incorporação, nos textos constitucionais, de novas necessidades básicas. Não se desconhece - é importante ressaltar - que outros fatores, como o processo de industrialização, as transformações nas ciências e na tecnologia, o processo de descolonização, dentre outros, também contribuíram para o surgimento das novas dimensões de direitos (SARLET, 2015, p. 37).

A opção pelo emprego da expressão "dimensões" ao invés de "gerações" de direitos fundamentais visa a evitar as críticas que o emprego da palavra "gerações" têm gerado, por propagar uma falsa ideia de que a geração seguinte substituiria a anterior, o que não é, em absoluto, verdade, pois que o reconhecimento dos direitos fundamentais vem se dando² de forma progressiva e cumulativa, com as novas dimensões complementando as anteriores, daí porque a opção pelo termo "dimensões", em que pese a existência de consenso ao menos no que toca ao conteúdo de cada uma das dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 45)³.

² Por certo o reconhecimento dos direitos fundamentais ainda não se findou, sendo não só possível como também provável que em breve seja reconhecida pela doutrina, de forma majoritária, a existência de novas dimensões de direitos fundamentais.

³ O termo *dimensões* também não passa imune a críticas. Dimoulis e Martins (2012, p. 23) sustentam que embora a opção pelo termo *dimensões*, no lugar de *gerações*, evite graves equívocos, pela falsa noção de que haveria substituição das gerações precedentes pelas posteriores, quando se fala em dimensão em verdade se está a indicar "dois ou mais componentes do mesmo fenômeno ou elemento", o que se mostra relevante pelo fato de que existem grupos de direitos fundamentais com finalidade e funcionamento distintos no que se refere a seu âmbito jurídico, optando, assim, por utilizarem os termos "categorias" ou "espécies" de direitos fundamentais, reservando o termo *dimensão* às funções objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais. Reafirma-se, contudo, muito embora não se possa negar razão aos ilustres juristas, que continua-se a fazer, no estreito espectro da presente pesquisa, a opção pelo uso do termo *dimensões*, até porque não se pretende uma análise pormenorizada da teoria dos direitos fundamentais, o que por certo demandaria um ensaio

As diversas dimensões dos direitos fundamentais apontam para a variabilidade dos direitos fundamentais conforme variaram (e ainda variam), ao longo do tempo, as necessidades humanas, tal como preconizado por Bobbio (2004, p. 18), a exemplo da propriedade, que no final do século XVIII era vista como um direito sagrado e inviolável, características estas que deixaram de ser previstas nas declarações de direitos da atualidade, do mesmo modo que os direitos sociais, que sequer eram mencionados nas declarações do século XVIII e agora são proclamados com grande ostentação, "o que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas." (BOBBIO, 2004, p. 18).

Houve, assim, um reconhecimento gradual dos direitos que, por mais fundamentais que possam ser considerados, são frutos de acontecimentos históricos, "nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes" (BOBBIO, 2004, p. 5). É devido a esse reconhecimento gradual que se fala em dimensões (ou gerações) de direitos fundamentais, as quais passam a ser analisadas, de forma sintética, a seguir.

Os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade, que foram os primeiros a serem inseridos no texto de uma Constituição. São os direitos civis e políticos que correspondem, em grande parte, à fase inicial do constitucionalismo ocidental. (BONAVIDES, 2015, p. 577).

Em que pese na atualidade nenhuma Constituição possa assim ser denominada se não trouxer em seu bojo os direitos civis e políticos, o seu reconhecimento formal se deu num processo ascendente, permeado por alguns retrocessos, até sua máxima consolidação nos países democráticos (BONAVIDES, 2015, p. 577-578).

São direitos cuja titularidade pertence ao indivíduo, sendo, assim, oponíveis ao Estado, vale dizer, permitem ao indivíduo exercer resistência perante o Estado, o que torna mais evidente a separação deste com a sociedade (BONAVIDES, 2015, p. 578). Por esta razão, são apresentados como "direitos de cunho 'negativo', uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, 'direitos de resistência ou oposição ao Estado'" (SARLET, 2015, p. 47).

Enquanto os direitos fundamentais da primeira dimensão dominaram o século XIX, os da segunda tiveram domínio no século XX. São da segunda dimensão os direitos sociais,

culturais e econômicos, assim como os direitos coletivos ou de coletividade, que surgem diretamente ligados ao princípio da igualdade (BONAVIDES, 2015, p. 578).

É incorreto imaginar, entretanto, que somente no século XX é que por primeiro se prescreveu a existência dos direitos sociais. Em verdade, as primeiras Constituições e Declarações do século XVIII e início do século XIX já garantiam alguns direitos sociais, a exemplo da Constituição francesa de 1791, que previa, em suas "disposições fundamentais" de seu primeiro título o dever estatal de criar instituições públicas voltadas a assistir crianças abandonadas, indigentes com enfermidades e oferecer trabalho a desempregados. O que houve, isto sim, a partir do século XX, foi uma alteração quantitativa em relação ao reconhecimento de direitos sociais (DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 22-23).

Os direitos fundamentais da segunda dimensão têm como característica distintiva a sua dimensão positiva, por implicarem não apenas uma barreira contra a ingerência Estatal na esfera de liberdade individual, mas, antes, no "direito de participar do bem-estar social", uma vez que outorgam ao indivíduo o direito a prestações a serem implementadas pelo Estado nas áreas de saúde, educação etc., numa clara transição das liberdades formais abstratas, características dos direitos da primeira dimensão, para as liberdades materiais concretas, que identificam os direitos da segunda dimensão (SARLET, 2015, p. 47).

A terceira dimensão dos direitos fundamentais funda-se na ideia de fraternidade, visando reduzir a desigualdade entre as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas ou em precário estágio de desenvolvimento (BONAVIDES, 2015, p. 583). Não têm como destinatário um indivíduo, grupo de indivíduos ou um determinado Estado, mas o gênero humano como um todo, tendo, assim, uma titularidade coletiva ou difusa (SARLET, 2015, p. 48).

Cinco direitos fundamentais de fraternidade já foram identificados: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação, não se descartando, porém, a existência de outros direitos fundamentais de fraternidade que ainda estejam em fase de gestação (BONAVIDES, 2015, p. 584).

A quarta dimensão dos direitos fundamentais tem como seus componentes o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, dos quais "depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência" (BONAVIDES, 2015, p. 586).

Trata-se da globalização dos direitos fundamentais, que os eleva, assim, ao mais alto patamar de juridicidade, fortalecendo os direitos de primeira dimensão com as expectativas e os pressupostos de que sejam concretizados, através da efetivação dos direitos da igualdade e fraternidade (BONAVIDES, 2015, p. 587).

A quinta dimensão dos direitos fundamentais é capitaneada pelo direito à paz, que fora incluído por Karel Vazak, inicialmente, como integrante do rol dos direitos de fraternidade, na terceira dimensão, e que agora vem sendo reconhecido pela doutrina como uma categoria própria, o que, para Bonavides (2015, p. 587), "configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais".

Segundo Sarlet (2015, p. 53), essas diversas dimensões dos direitos fundamentais são resultado da evolução do processo de seu reconhecimento e apontam para a característica de abertura e mutabilidade de tais direitos ao longo do tempo, em que pese se reconheça a existência de estabilidade em relação a determinados direitos, a exemplo do direito à vida, à liberdade de locomoção e de expressão, dentre outros.

O que fica claro com essa sobreposição de dimensões dos direitos fundamentais é que cada dimensão imediatamente seguinte funde-se à anterior, numa incessante busca de efetivação de todos esses direitos o que, infelizmente, ainda tem sido um desafio a ser superado.

1.1.3 Funções dos Direitos Fundamentais

A análise das funções dos direitos fundamentais é deveras importante para que se possa compreender a que se destinam os direitos fundamentais, em suas diversas categorias. Trata-se, assim, de possibilitar a descoberta não apenas de quais são, mas para que servem as diversas categorias de direitos fundamentais.

De há muito a doutrina reconhece a existência de uma multiplicidade de funções dos direitos fundamentais, que não mais se resume à sua clássica função de direito de defesa dos particulares contra os poderes públicos, remontando o reconhecimento dessa multiplicidade de funções à doutrina de Georg Jellinek do final do século passado, que, embora tenha sofrido importantes desdobramentos posteriores, ainda é um referencial no que se refere à classificação dos direitos fundamentais (SARLET, 2015 p. 162).

Para os limites impostos pelo presente trabalho, faz-se a opção pela análise das funções dos direitos fundamentais tal como propostas por Sarlet (2015, p. 173), já que formuladas com olhos voltados para o sistema constitucional brasileiro, deixando claro, desde já, que não há a pretensão de completude na análise do tema, mas tão somente de se traçar um panorama geral de suas principais funções que possibilite um posicionamento acerca da questão central da pesquisa, qual seja, o regime jurídico aplicável ao direito à moradia.

1.1.3.1 Direitos fundamentais como direitos de defesa

A primeira das funções dos direitos fundamentais é promover a defesa da pessoa humana e de sua dignidade face ao Estado (CANOTILHO, 2003, p. 407), impedindo, assim, as ingerências deste que impliquem em violações àqueles direitos essenciais à vida humana com dignidade. Esta função corresponde aos direitos de liberdade, reconhecidos na primeira dimensão dos direitos fundamentais.

Ainda que se esteja diante de uma ordem constitucional de um país democrático, o reconhecimento dos direitos de defesa continua a ser necessário, pois também na democracia o exercício do poder continua a ser função de homens que governam outros homens, o que os deixam expostos à tentação de abusarem do poder, assim como pelo fato de que mesmo um Estado de Direito não existe imunidade contra a prática de injustiças (SARLET, 2015, p. 175).

[...] os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições (SARLET, 2015, p. 175)

Canotilho (2003, p. 408) destaca que o cumprimento da função de defesa dos direitos fundamentais se dá sob uma dupla perspectiva, atuando como "normas de competência negativa para os poderes públicos", de modo a impedir a ingerência estatal na esfera jurídica individual da pessoa humana, bem como o direito de se exercer positivamente os seus direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir dos poderes públicos que não tenham condutas capazes de lesar esses mesmos direitos (liberdade negativa).

À guisa de ilustração, a forma como positivado, na Constituição brasileira, o direito fundamental à crença e ao culto religioso, permite uma visão clara desta função de defesa dos direitos fundamentais, como liberdades positiva e negativa, uma vez que a Constituição da

República, em seu art. 5º, inciso VI, ao prever que "é inviolável a liberdade de crença" nitidamente estabeleceu uma liberdade negativa, visando a impedir qualquer ingerência a essa liberdade, ao mesmo tempo em que, ao assegurar que é "livre o exercício dos cultos religiosos", estatuiu uma liberdade positiva, assegurando-se o pleno exercício desse direito.

Não há dúvida, outrossim, de que esse dispositivo constitucional também atua como uma "norma de competência negativa" para os poderes públicos, já que, por ser reconhecida como um direito fundamental, apresenta-se imune às modificações legislativas tendentes a reduzir ou suprimir o direito por ela reconhecido e positivado (e, por isso, transformado em direito formalmente fundamental), por força do que prevê o art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República.

Importante ressaltar que o direito à crença e ao culto religioso, como dito, foi tomado apenas para permitir uma clara exemplificação dessas funções, dada a forma como foi inserido no texto constitucional, o que não afasta de outros direitos igualmente fundamentais a sua função de defesa ou de liberdade, ainda que o modo pelo qual se encontrem positivados na Constituição não exprima essa função de modo claro.

Sarlet (2015, p. 151) faz uma síntese bastante esclarecedora acerca dessa dupla perspectiva da função de defesa dos direitos fundamentais ao afirmar que "aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles objetivamente retiram do Estado".

Há, assim, uma relação recíproca entre o reconhecimento dos direitos fundamentais e o campo de atuação estatal, haja vista que quanto menor o rol e a abrangência dos direitos fundamentais, tanto maior será o campo de interferência do Estado na vida do indivíduo, ao passo que, quanto mais alargados forem os direitos fundamentais reconhecidos, tanto menor serão as possibilidades de ingerência estatal na esfera jurídica individual da pessoa.

Nessa perspectiva, não há dúvida de que os direitos fundamentais também devem ser levados em conta para o controle de constitucionalidade das leis e outros atos normativos estatais, que não podem retirar-lhes eficácia, além de fornecerem parâmetros para que se aplique e interprete a legislação infraconstitucional (SARLET, 2015, p. 153), de modo que toda interpretação e consequente aplicação legislativa se amolde às diretrizes firmadas pelos direitos fundamentais, e não o contrário.

Os direitos fundamentais também assumem a função de imperativos de tutela, no sentido de que, havendo monopólio estatal no emprego da força (já que vedada, como regra, a autotutela), há uma vinculação direta do Estado em proteger as pessoas contra violações aos

seus direitos fundamentais, tanto por parte dos poderes públicos quanto dos particulares (SARLET, 2015, p. 155).

Tratou-se, neste item, ainda que de modo breve, da vinculação estatal às normas de direitos fundamentais, mas é preciso fazer registro de que é tema de acentuada discussão também as possibilidades e formas de vinculação dos particulares quanto aos direitos fundamentais, vale dizer, de sua eficácia no plano horizontal.

Tal questão, porém, não será objeto de análise, haja vista que refoge ao tema da presente abordagem, que se propõe, exclusivamente, à análise da eficácia e efetividade do direito fundamental à moradia e sua exigibilidade em face do Estado, resumindo-se o enfoque do presente trabalho, portanto, à indiscutível eficácia vertical dos direitos fundamentais.

1.1.3.2 Direitos fundamentais como direitos a prestações

Os direitos fundamentais, como direito a prestações sociais, se traduzem no direito que cabe aos particulares de exigir, através do Estado, a implementação de um direito social, tal como saúde, educação, trabalho, lazer, moradia, segurança social (CANOTILHO, 2003, p. 408). Trata-se do reconhecimento de que os direitos fundamentais conferem não apenas uma liberdade de autonomia perante o Estado, mas também uma liberdade através do próprio Estado, porquanto a conquista e manutenção da liberdade individual também passa, em grande parte, por uma postura ativa dos poderes públicos para assegurá-la (SARLET, 2015, p. 191).

Com efeito, a eficácia dos direitos fundamentais pretendida pela Constituição não seria suficientemente assegurada com o reconhecimento, apenas, dos direitos fundamentais como direitos de defesa (MENDES, 2004, p. 6), sendo mister, também, que assumam a função, quando necessária, de direito a prestações.

Os direitos fundamentais a prestações referem-se aos direitos de segunda dimensão, que se incorporaram à maioria das constituições após a segunda guerra mundial, tendo encontrado na Constituição de 1988 um espaço sem precedentes, uma vez que houve a destinação de um capítulo específico, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais, para tratar dos direitos sociais (SARLET, 2015, p. 192).

Dentro da classificação proposta por Ingo Wolfgang Sarlet (2015), aqui adotada como referencial, os direitos fundamentais como direitos a prestações se subdividem em

direitos a prestações em sentido amplo (que englobam os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os direitos a prestações em sentido estrito.

Os direitos a prestações englobam uma gama bastante ampla e diversificada de posições jurídicas, podendo variar "quanto ao seu objeto, seu destinatário e mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação" (SARLET, 2015, p. 194).

1.1.3.2.1 Direitos a prestações em sentido amplo

Ao Estado, como é cediço, compete o monopólio do uso da força, prerrogativa esta assumida com a também monopolização da justiça e da consequente vedação à autotutela, o que lhe implica, por conseguinte, no dever de conferir proteção aos direitos dos cidadãos, editando normas de natureza jurídico-penal, assim como estabelecendo normas de organização e procedimento, donde se conclui que os direitos a prestações em sentido amplo subdividem-se em *direitos à proteção* e *direitos à participação na organização e procedimento* (SARLET, 2015, p. 196-197).

Canotilho (2003, p. 408-409) observa que a função prestacional dos direitos fundamentais encontra-se associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, económicos e culturais:

[...] (1) ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no "direito de exigir" uma casa); (2) ao problema dos **direitos sociais derivados** que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das "normas constitucionais sociais" (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a **políticas sociais activas** conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas).

Em relação ao terceiro ponto, não parece haver dúvida de que os poderes públicos estejam vinculados a implementar políticas sociais ativas direccionadas à concretização dos direitos fundamentais sociais, económicos e culturais, até porque numa perspectiva objetivo-

valorativa dos direitos fundamentais, é inegável que eles devem exercer uma ordem dirigente aos órgãos estatais para que assumam sua obrigação de efetivá-los (torná-los concretos) (SARLET, 2015, p. 152).

O que por certo demanda uma análise mais destacada são justamente os dois primeiros pontos problemáticos suscitados pelo mestre conimbricense e, de forma ainda mais acentuada, o primeiro, que é justamente um dos pontos centrais da presente análise, o que será feito no momento oportuno.

Por ora, parte-se para a análise da primeira parte do segundo ponto problemático apontado por Canotilho, qual seja, o direito de se exigir uma ação legislativa concretizadora de direitos fundamentais, a que Sarlet denomina de *direito à proteção*.

Fundamentando-se na formulação proposta por Alexy, Sarlet (2015, p. 197) define os direitos à proteção "como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em determinados bens pessoais".

Esse dever de proteção possui uma dimensão objetiva, no sentido de que cabe ao Estado agir visando a dar efetiva proteção aos direitos fundamentais, mas também traz consigo uma dimensão subjetiva, vale dizer, um direito subjetivo atribuído aos particulares de exigir essa proteção estatal que, por envolver ações estatais das mais diversas naturezas, sempre requer cautela em seu reconhecimento (SARLET, 2015, p. 200).

É fato que, se em relação aos direitos a prestações em sentido estrito (que, conforme será visto adiante, referem-se às prestações materiais) são incontáveis os problemas enfrentados para sua efetivação, tais problemas agravam-se quando a questão diz respeito à implementação do direito à proteção que se traduza na exigibilidade, pelos particulares, por exemplo, de elaboração legislativa (direito subjetivo à legislação), em razão de a omissão legislativa implicar em dificuldades ou mesmo impossibilidade de concretização de um direito fundamental. Essa questão ainda continua a ser um desafio para a dogmática jurídico-constitucional (SARLET, 2015, p. 200).

Há que se reconhecer que a Constituição brasileira estabeleceu um importante mecanismo para o suprimento de omissão legislativa que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, qual seja, o mandado de injunção, relacionado entre os direitos e garantias fundamentais, no inciso LXXI do art. 5º da Constituição da República.

Sua eficácia, contudo, acabou por ser drasticamente reduzida pelo entendimento que lhe foi conferido pelo Supremo Tribunal Federal, ante a prevalência da tese não concretista ao

mandado de injunção, o que significa dizer que a tendência daquele tribunal, a despeito da existência de exceções (a exemplo do que restou decidido no Mandado de Injunção nº 232/RJ)⁴, é de conferir-lhe um resultado prático equivalente à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, com o reconhecimento da mora do legislador e cientificação do Congresso para que supra a lacuna, sem, porém, que o Supremo Tribunal Federal estabeleça as balizas através das quais o direito possa ser exercido (SARLET e STRECK, 2013c, p. 485).

Diante dessas considerações, é preciso esclarecer que não se pretende, por óbvio, uma aprofundada análise dessa questão. O que se buscou foi unicamente apontar o conceito do direito à proteção, que se insere na quadra do direito a prestações em sentido amplo, assim como suas dimensões objetiva e subjetiva, análise esta suficiente para os propósitos do presente trabalho.

Ao lado do direito à proteção, o direito a prestações em sentido amplo também engloba os direitos à participação na organização e procedimento, os quais Konrad Hesse chegou a defender que, em muitos casos, seriam o "único meio para alcançar um resultado conforme aos direitos fundamentais e de assegurar a sua eficácia" (SARLET, 2015, p. 201).

O *direito à organização* refere-se àqueles direitos cuja fruição dependa da adoção de ações estatais, como a criação de órgãos e definição de suas funções, ao passo que o *direito ao procedimento* relaciona-se diretamente com os direitos fundamentais que pressupõem ações estatais, normalmente normativas, de modo a ordenar a sua fruição (MENDES, 2004, p. 8).

Sarlet (2015, p. 203) reforça essas observações, destacando que:

Dois aspectos merecem ser ressaltados neste contexto: em primeiro lugar, o fato de que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível, ou, no mínimo, perde em efetividade, sem que sejam colocadas à disposição prestações estatais na esfera organizacional e procedimental; além disso, importa considerar que importantes liberdades pessoais somente atingem um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação (no sentido de atuação conjunta e ordenada) por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório, em regra de natureza normativa. É com base nestas constatações que se verifica a necessidade dos assim denominados direitos de participação na organização e procedimento (ou direitos à organização e

⁴ EMENTA: Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7., da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida. (STF. MI 232, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJ 27-03-1992 PP-03800 EMENT VOL-01655-01 PP-00018 RTJ VOL-00137-03 PP-00965).

ao procedimento), na qualidade de posições jurídico-prestacionais fundamentais. Retoma-se aqui a ideia já referida de que a organização e o procedimento de um modo geral (e não apenas no aspecto prestacional) se encontram a serviço dos direitos fundamentais e, neste sentido, pode ser considerada até mesmo uma das condições de sua efetivação.

O direito fundamental de acesso à justiça (CR, art. 5º XXXV) é um desses direitos que pressupõem, para sua eficácia, tanto do direito à organização quanto do direito ao procedimento, uma vez que, para poder ser exercido, é mister que o Estado crie os órgãos incumbidos da prestação jurisdicional, estabelecendo sua estrutura e competências (*direito à organização*), e também defina os procedimentos a serem adotados por aqueles que, diante de uma lesão ou ameaça de lesão a um direito, se vejam na necessidade de recorrer ao Poder Judiciário (*direito ao procedimento*).

Há o direito não só à organização e ao procedimento, como uma tarefa exclusiva estatal, alheia à intervenção dos particulares, mas também o direito de participação na organização e no procedimento, de modo ativo, que é um importante mecanismo de implementação de uma democracia participativa, notadamente quando se observa que a Constituição da República estabeleceu relevantes mecanismos de participação direta da população nos processos decisórios de natureza política, a exemplo do plebiscito, do referendo, da iniciativa legislativa popular (SARLET, 2015, p. 204).

1.1.3.2.2 Direitos a prestações em sentido estrito

Enquanto os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo englobam os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento, os direitos fundamentais a prestações em sentido estrito consagram direitos a prestações materiais aos seus destinatários, sendo normalmente identificados pela doutrina como os direitos fundamentais sociais (ALEXY, 2008, p. 499).

No ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, por opção do constituinte, foram incluídos dentre os direitos sociais muitos direitos que não têm natureza prestacional, a exemplo do direito de greve e de liberdade sindical, que são genuínos direitos de defesa (SARLET, 2015, p. 205), ao mesmo tempo em que, revelando pouca sistematicidade da Constituição, encontram-se algumas proibições que não têm qualquer relação com a estrutura e finalidade dos direitos sociais, a exemplo da proibição do trabalho infantil, prevista no art. 7º, inciso XXXIII da Constituição, que se traduz numa "limitação que se impõe mesmo contra

a vontade dos jovens e de suas famílias e que, seguramente, não possui nenhuma relação com os direitos sociais" (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 80).

Assim, a menção a direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, ao longo deste trabalho, estará sempre relacionada aos direitos fundamentais de natureza prestacional, já que é correta a identificação entre ambos, conforme defende Sarlet (2015, p. 206):

O certo é que os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada.

Esta é, ademais, a essência do Estado Social e Democrático de direito, que não se contenta e nem pode se contentar em assegurar uma igualdade apenas formal entre as pessoas mas que, ao contrário, pressupõe que se criem mecanismos capazes de igualar, no plano material, os desiguais, proporcionando-lhes concretas possibilidades de igualdade, o que somente se mostra possível com o reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais a prestações.

Os direitos a prestações em sentido estrito são, segundo Alexy (2008, p. 499), "direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares", a exemplo do direito à assistência à saúde, à moradia, à educação etc.

Conforme já destacado, os direitos fundamentais a prestações tanto podem ser originários como derivados. Os primeiros são aqueles cujas pretensões prestacionais podem ser formuladas com fundamento direto nas normas constitucionais, ao passo que os segundos referem-se ao direito a igual acesso àquelas prestações já disponibilizadas pelo legislador ou administrador (SARLET, 2015, p. 213) ou, ainda, ao direito de se exigir uma atuação legislativa que torne possível a concretização das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais (CANOTILHO, 2003, p. 408).

Ponto de fundamental importância para o que se propõe na presente análise diz respeito à judiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, vale dizer, à possibilidade de se formular, perante o Poder Judiciário, uma pretensão direta de implementação dos direitos fundamentais sociais a prestações, o que, porém, será abordado mais adiante, após a análise da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais e das necessárias observações relacionadas à reserva do possível e ao mínimo existencial.

Importante destacar, por fim, que a classificação de um determinado direito fundamental como direito de defesa ou como direito a prestações não importa numa separação

entre duas categorias distintas e incomunicáveis entre si, mas, ao contrário, busca apenas ressaltar a função mais evidente e primordial de determinada categoria de direitos fundamentais, uma vez que não há dúvida de que todos os direitos fundamentais apresentam uma dupla dimensão negativa (como direitos de defesa) e positiva (como direitos a prestações) (SARLET, 2015, p. 214).

1.1.4 A titularidade dos direitos fundamentais

A análise da titularidade dos direitos fundamentais, tal como consagrados na Constituição brasileira, não é tarefa fácil, dada a ausência de sistematização adequada no momento de sua positivação, porquanto foram incluídos determinados direitos no rol de categorias às quais evidentemente não pertencem, a exemplo da proibição do trabalho infantil, que consta do elenco constitucional dos direitos sociais, mas que não guarda qualquer relação com estes, tal como brevemente já se observou acima.

De qualquer modo, o que se pretende, neste ponto, é traçar um panorama geral da titularidade dos direitos fundamentais, com enfoque nos direitos sociais, pelo fato de ser nesta categoria que se encontra incluído o direito à moradia.

É possível encontrar em considerável doutrina a utilização da expressão "destinatário" dos direitos fundamentais como sinônima de "titular" dos direitos fundamentais, o que, conforme a tendência que vem prevalecendo no cenário jurídico contemporâneo, não se mostra adequado, já que o *destinatário* do direito é a pessoa física, jurídica, ou ente despersonalizado em face do qual o direito pode ser exigido por seu titular, ao passo que este - o titular do direito - "notadamente na perspectiva da dimensão subjetiva dos direitos e garantias fundamentais, é quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva" (SARLET, 2013a, p. 189).

De início, é importante registrar que se trata de um equívoco afirmar que a titularidade dos direitos fundamentais pertence a "todos", haja vista que, salvo algumas exceções, os direitos fundamentais são garantidos, pela Constituição da República, a determinadas categorias de pessoas, com exclusão implícita das demais (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 68). Isso não significa, contudo, que a Constituição brasileira não tenha adotado o princípio da universalidade, que assegura a todas as pessoas, pelo simples fato de serem pessoas, a titularidade de direitos e deveres fundamentais.

Não há qualquer incompatibilidade entre o princípio da universalidade e o fato de que nem mesmo os brasileiros e os estrangeiros residentes no país sejam titulares de *todos* os direitos fundamentais, porque é perfeitamente possível que a universalidade seja ampliada ou restringida, por decisão do constituinte, desde que respeitado o núcleo essencial de direitos fundamentais (SARLET, 2013a, p. 191), notadamente pela necessidade de divisão dos direitos fundamentais em diversas categorias. A universalidade estará assegurada, ainda segundo Sarlet (2015, p. 217), se "toda e qualquer pessoa que se encontre inserida em cada uma dessas categorias, seja em princípio titular dos respectivos direitos."

Por outro lado, não se pode olvidar que a palavra *todos* é por demais abrangente, sugerindo que a Constituição brasileira pudesse irradiar seus efeitos sobre toda a humanidade, gerando posições jurídicas nela fundamentadas inclusive para estrangeiros residentes no exterior, o que por certo está fora de cogitação.

Assim é que o direito à igualdade perante a lei, por exemplo, inscrito no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, assegura o direito de que, quando da aplicação da lei por qualquer *autoridade brasileira*, não poderá haver discriminação de qualquer espécie, seja fundamentada em razões de sexo, religião, opção sexual, nacionalidade, cor da pele etc. (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 69).

É importante observar que, nesse caso, mesmo um estrangeiro não residente no país, que venha a formular alguma pretensão perante o Poder Judiciário brasileiro, terá assegurado para si um tratamento igualitário. De fato, à guisa de ilustração, se um estrangeiro formular uma pretensão de reparação civil por danos morais em razão de alguma ofensa à sua honra de que tenha sido vítima e cuja competência para julgamento seja atribuída ao Judiciário brasileiro, não pode ele sofrer qualquer tipo de discriminação ou restrição em seu direito pelo simples fato de ser estrangeiro e não residente em território nacional.

Os demais direitos relacionados no *caput* do art. 5º, quais sejam, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade são assegurados apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Para os brasileiros, o direito de usufruir desses direitos decorre única e exclusivamente do vínculo jurídico de nacionalidade, pouco importando o fato de não terem residência no território nacional, o que somente é exigido para os estrangeiros que pretendam gozar desses mesmos direitos (DIMOULIS e MARTINS 2012, p. 69). Essa exigência, contudo, deve ser interpretada com certo comedimento.

Dimoulis e Martins (2012, p. 71-72) sustentam que, em relação aos estrangeiros, a proteção constitucional brasileira existe enquanto mantenham com o país um vínculo de residência, não abarcando, assim, os cidadãos estrangeiros que transitoriamente estejam em

território nacional, a exemplo dos turistas. Por outro lado, ainda segundo os citados autores, os estrangeiros que sejam residentes no país preservam os seus direitos ainda que ausentes temporariamente do território nacional sem a intenção de fixar residência em outro país.

Esta não parece ser a melhor interpretação a ser dada ao disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, até porque, ante a adoção do princípio da universalidade, e à vista dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, não se pode negar ao estrangeiro, mesmo que não residente no país, todos direitos ali assegurados (SARLET, 2013a, p. 191).

É perfeitamente possível que se façam distinções e até mesmo restrições quanto a titularidade de determinados direitos fundamentais tendo por fundamento o fato de a pessoa ser brasileira nata, naturalizada, estrangeira residente ou não residente. Mas não há como negar que um estrangeiro não residente no país, que aqui esteja transitoriamente por qualquer razão, tenha assegurada a inviolabilidade do direito à vida ou à liberdade, apenas para ficar nestes dois exemplos.

Com efeito, na lição de Mendes (2009, p. 306), "o respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade", o que implicaria afronta à dignidade da pessoa humana, que é princípio estruturante do Estado democrático de direito brasileiro.

Discorrendo sobre o direito à vida, Gilmar Mendes (2009, p. 395-396) salienta não ser possível estabelecer qualquer tipo de tratamento discriminatório no que toca à sua titularidade, enfatizando que

Se todo ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única - o direito a existir. A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito à vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de qualquer pessoa.

Tal constatação deixa claro que, a depender da natureza do direito e de sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, sua proteção estende-se também aos estrangeiros não residentes que se encontrem em território nacional.

Não se nega, com isso, que apenas o princípio da dignidade da pessoa humana talvez não resolva o problema como um todo, eis que existem direitos relacionados nos incisos do art. 5º da Constituição que, ainda que violados, não acarretariam lesão à dignidade da pessoa, a exemplo do direito à gratuidade do *habeas data*, previsto no inciso LXXVII.

É por essa razão que existem fundadas críticas à redação do *caput* do art. 5º da Constituição e defesa da necessidade de sua alteração para que seja excluída a limitação feita

aos *estrangeiros não residentes no país* (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 72-77), o que, contudo, não comporta análise nos estreitos limites da discussão ora proposta que, conforme visto, pretende apenas traçar um panorama geral da titularidade dos direitos fundamentais, com foco principal nos direitos sociais.

Em relação aos direitos assegurados pelos incisos do art. 5º da Constituição, há que se observar que possuem variados titulares, conforme se vê da própria redação de cada dispositivo legal. É verdade que grande parte deles abrange todos os que estiverem sob a jurisdição da autoridade judiciária brasileira, a exemplo da livre manifestação do pensamento (inciso IV), da liberdade de crença (inciso VI), da inviolabilidade de domicílio (inciso XI) etc.

Existem outros direitos previstos nos incisos do art. 5º da Constituição da República, porém, que se destinam a determinadas categorias de pessoas, a exemplo do *preso*, tais como os direitos previstos nos incisos XLIX (respeito à sua integridade física e moral) e LXIV (identificação dos responsáveis por sua prisão), das *presidiárias que estejam amamentando* (inciso L), das *pessoas com insuficiência de recursos para arcar com as despesas processuais* (inciso LXXIV) etc. A análise dos direitos ali relacionados deve ser feita, portanto, de forma casuística para que se verifique quem são seus titulares.

Quanto aos direitos políticos, sua titularidade pertence, como regra, às pessoas de nacionalidade brasileira, variando, ainda, a titularidade em função de cada direito, tal como a idade mínima para se ocupar o cargo de Presidente da República, que é de 35 anos (art. 14, § 3º, VI, *a*, da CF), ou o cargo de vereador, para o qual são elegíveis pessoas a partir dos 18 anos completos, como previsto no art. 14, § 3º, *d*, da Constituição da República (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 80).

Fala-se que a titularidade dos direitos políticos pertence, *como regra*, aos brasileiros, porque existem exceções. As pessoas de nacionalidade portuguesa com residência permanente no País, e desde que haja reciprocidade em favor dos brasileiros, poderão gozar de todos os direitos políticos atribuídos aos brasileiros, com as exceções estabelecidas pela própria Constituição (art. 12, § 1º, da CF).

Dimoulis e Martins (2012, p. 81) defendem que, pelo fato de o art. 17 da Constituição não incluir a nacionalidade brasileira como um dos requisitos para a atividade partidária, também os estrangeiros poderiam atuar em partidos políticos, havendo, assim, uma universalidade no direito de participação em partidos políticos, de modo que o art. 16 da Lei 9.096, de 19 de setembro de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), que prevê que apenas os eleitores em pleno gozo de seus direitos políticos poderiam filiar-se a partidos políticos, seria de constitucionalidade duvidosa.

A titularidade dos direitos coletivos, por se constituírem em direitos fundamentais de três categorias distintas, depende da análise do tipo de direito a que se refere. A proteção aos consumidores, por exemplo, requer que se conheça os critérios definidos na legislação infraconstitucional para que a pessoa, em dada situação, seja considerada como *consumidora*, diferentemente do direito ao meio ambiente, que é assegurado a *todos* pelo art. 225 da Constituição da República, pouco importando a nacionalidade ou outros critérios de diferenciação (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 82).

Ainda no que se refere aos direitos à solidariedade e ao desenvolvimento, sua titularidade dificilmente pode ser identificada "por se tratar de direitos abstratos e assemelhados à enunciação de programas políticos. Só se pode afirmar que tais direitos pertencem a todos e a cada um em separado" (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 82).

No que se refere às garantias fundamentais, a regra é que a titularidade seja atribuída a quem teve o direito violado ou ameaçado de lesão, muito embora, conforme ressaltam Dimoulis e Martins (2012, P. 82-83), possa haver desvios a essa regra, tal como se vê em relação ao mandado de segurança coletivo, cuja legitimidade ativa pertence aos partidos políticos e às associações sindicais que preencham os requisitos legais (art. 5º, LXX, da CF), ou mesmo em relação ao *habeas corpus*, que de acordo com o art. 654 do Código de Processo Penal pode ser "impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público".

Em relação às pessoas jurídicas, há que se reconhecer a titularidade de direitos fundamentais que sejam compatíveis com as suas "peculiaridades estruturais [...] e, principalmente, com a sua inexistência biológica ou caráter artificial" (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 83).

Com efeito, não se pode imaginar a proteção do *direito à vida*, *v. g.*, como extensivo a uma pessoa jurídica, mas não há dúvida de que outros direitos fundamentais, tais como o direito de propriedade, o direito ao sigilo das correspondências e telefônico, dentre outros que sejam compatíveis com sua peculiar situação lhe sejam assegurados.

Chega-se, por fim, à análise da titularidade dos direitos fundamentais sociais.

Para Dimoulis e Martins (2012, p. 77), a definição da titularidade dos direitos sociais não apresenta grandes complicadores, pelo fato de que o art. 6º da Constituição da República faz uso de alguns termos que já apontam para sua titularidade, a exemplo da "assistência aos desamparados", restando apenas a delimitação das fronteiras econômicas do que se entende por *desamparado*, vale dizer, em que circunstâncias sociais uma pessoa deve ser considerada *desamparada* para fins de gozo da tutela constitucional.

Outros direitos sociais já apontam de modo claro para sua titularidade. É o caso da proteção contra a despedida arbitrária (art. 7º, inciso I, da CF), que só pode ser conferida aos trabalhadores que mantenham relação de emprego; da licença maternidade (art. 7º inciso XVIII, da CF), voltado, por óbvio, às gestantes e mães, dentro do período legal; do direito à assistência aos filhos e dependentes desde o nascimento até os 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escola (art. 7º, inciso XXV, da CF), voltada para os pais de crianças até essa idade (e às próprias crianças), dentre tantos outros que poderiam aqui ser enumerados e cuja titularidade se evidencia pela simples leitura do dispositivo constitucional que consagra o direito.

Em relação aos demais direitos relacionados no art. 6º a Constituição da República e que não estão acompanhados de indicação de titularidade, deve-se compreender como sendo seus titulares *todos aqueles que deles necessitem*. Incluem-se nesse rol o direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança e previdência social (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 78).

Quando se aponta que a titularidade dos mencionados direitos sociais é de "todos aqueles que deles necessitem", excluem-se da proteção estatal, ao menos no que toca a um direito a prestações, as pessoas que, por sua situação econômico-social, podem prover por conta própria a fruição do direito, ou que não preencham os requisitos legais para sua fruição (como é o caso da previdência social).

Com razão Dimoulis e Martins (2012, p. 78), quando apontam que

[...] a titularidade do direito social não é reconhecida a todos, mas tão somente às pessoas que necessitam de prestação estatal para satisfazer sua respectiva necessidade. Aquele que pode se alimentar utilizando recursos próprios ou de sua família não pode reivindicar do Estado prestações materiais ou em dinheiro para tanto. Ele possui, obviamente, a necessidade de se alimentar, mas não o direito social à alimentação. Temos aqui uma restrição teoricamente simples, mas que, na prática, gera problemas porque não é evidente em quais condições a pessoa necessita da prestação estatal.

Essa restrição quanto à titularidade do direito social vale, obviamente, quando tomados exclusivamente em sua função de direito a prestações. Há que se lembrar, contudo, que os direitos sociais, dada a multifuncionalidade inerente a todos os direitos fundamentais, também estão investidos da qualidade de direitos de defesa. Assim, quando observados na perspectiva funcional de direitos de defesa, a titularidade dos direitos sociais é a mais ampla possível, uma vez que mesmo aquele que, por sua condição social e econômica, não necessite de assistência estatal para usufruir do direito fundamental à alimentação ou à moradia, por exemplo, não pode, por outro lado, sofrer ingerências indevidas nesses direitos, seja por ação do próprio Estado ou de terceiros.

Existem outros direitos sociais que têm regulamentação constitucional fora do capítulo a eles especificamente destinado e cuja titularidade pertence a *todos*, como é o caso da saúde e da educação, conforme dispõem, respectivamente, os artigos 196 e 205 da Constituição da República, não havendo, em relação a estes, sequer a previsão equívoca contida no *caput* do art. 5º da Constituição, no sentido de que seriam assegurados apenas aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

É preciso, contudo, que se dê uma interpretação consentânea com a realidade constitucional, compreendendo-se a expressão *todos* no sentido de referir-se a todas as pessoas que forem residentes no Brasil, englobando, em alguns casos específicos, também aqueles que, embora não residentes, estejam em território nacional ainda que transitoriamente, como é o caso do direito à saúde.

Não é de se imaginar que um turista estrangeiro, em visita ao Brasil, sofra um acidente de trânsito, por exemplo, e lhe seja negada a assistência à saúde, dada a forma abrangente como esse direito foi inscrito na Constituição e até mesmo por estar diretamente atrelado ao direito à vida. Por outro lado, não se pode imaginar que seja um direito desse mesmo turista obter do governo brasileiro moradia, transporte ou lazer gratuitos, pelo simples fato de o art. 6º da Constituição da República não ter feito qualquer restrição a esse respeito.

Dimoulis e Martins (2012, p. 78) argumentam que:

[...] do ponto de vista da política constitucional (*de constitutione ferenda*), o art. 5º da Constituição Federal revela-se indevidamente restritivo, privando os não residentes no Brasil dos direitos individuais e coletivos, enquanto o art. 6º da CF mostra-se indevidamente amplo, reconhecendo-lhes direitos que, por sua natureza, referem-se a pessoas ligadas ao Brasil.

Concorda-se em parte com as observações feitas pelos citados doutrinadores, no tocante à falta de sistematização do constituinte ao disciplinar, no texto constitucional, os direitos fundamentais, já que poderiam ter evitado os já mencionados equívocos de linguagem, que facilitariam a tarefa interpretativa. Todavia, não é possível admitir que os direitos sociais (salvo algumas exceções) também se estendam a pessoas que não mantenham ligações duradouras com o Brasil, até porque quando o constituinte definiu o texto da Constituição brasileira, o fez com olhos voltados à realidade local e para atender as necessidades daqueles que se encontram sob a égide da Constituição brasileira com vínculo de definitividade ou, no mínimo, de uma relação duradoura.

O que é preciso deixar claro em relação à titularidade dos direitos sociais é justamente o fato de que, em sua função de direito a prestações, são voltados para atender as necessidades das pessoas residentes no Brasil que, em razão de condições socioeconômicas, não podem prover, por recursos próprios, o gozo de tais direitos, salvo aquelas hipóteses em

que a própria Constituição ou a legislação infraconstitucional asseguram o direito independentemente da condição social (como é o caso da educação) ou de sua ligação com o Brasil (como é exemplo a saúde).

A afirmação de que determinado direito social pertence a *todos* (no sentido acima apontado) não pode ser compreendida como uma titularidade coletiva dos direitos sociais, que afaste sua titularidade individual. Sarlet (2015, p. 221-226) destaca que não obstante os direitos sociais tenham uma dimensão coletiva e que direitos sociais também podem ser direitos coletivos, todos os direitos fundamentais se referem, num primeiro momento, à pessoa considerada em sua individualidade.

Essa constatação é de grande relevância, porquanto fossem os direitos sociais direitos pura e simplesmente de titularidade coletiva, haveria a inviabilidade prática de uma pessoa, por si só, postular junto ao Estado a sua efetivação, o que acabaria por restringir demasiadamente sua eficácia. Não é demais enfatizar: ainda que surgidos no contexto reivindicatório de movimentos sociais, os direitos fundamentais sociais estão diretamente atrelados à dignidade de cada pessoa individualmente considerada (SARLET, 2015, p. 222).

1.2 Conceito de moradia

A moradia passou a ser, desde tempos remotos, muito mais do que um lugar em que habita um ser humano ou um espaço ocupado por uma família. Quando o ser humano tomou consciência de si e de sua relação com os outros, a moradia assumiu uma conotação sagrada de cuja existência passou a depender a existência da própria família.

Nas casas gregas e romanas, era obrigação do senhor de cada casa a conservação do fogo aceso sobre o altar, dia e noite, como sinal de que ali existia uma família, com sua divindade, o fogo. Entre os antigos, eram sinônimas as expressões "lareira extinta, família extinta" (COULANGES, 2009, p. 34).

A existência e dignidade de uma família grega ou romana estava diretamente relacionada à sua lareira, onde ardia o fogo sagrado no altar, ao redor do qual a família se reunia todas as manhãs, para as primeiras preces, durante as refeições e à noite, para as últimas devoções. Do lado de fora da casa, bem próximo, havia um túmulo, local da segunda residência da família, onde repousavam várias gerações de antepassados, numa demonstração de que a morte não os havia separado e continuavam a formar uma família indissolúvel

mesmo nessa segunda existência, de modo que entre a parte viva e a parte morta da família não havia senão a distância de alguns passos, que separavam a casa do túmulo (COULANGES, 2009, p. 51-52).

A fixação da lareira, onde ardia o fogo sagrado, está relacionada à origem do direito de propriedade, já que o deus de cada família desejava ter uma morada fixa.

Quando se coloca a lareira, é com o pensamento e a esperança de que ele permaneça sempre no mesmo lugar. O deus instala-se ali, não por um dia, nem mesmo pelo tempo de uma vida humana, mas por todo o tempo que essa família durar e enquanto houver alguém para conservar a sua chama pelo sacrifício. Assim, a lareira toma posse do solo; essa parte de terra, ele a torna sua; ela é a sua propriedade. (COULANGES, 2009, p. 73-74).

A preocupação com a segurança da posse do local de moradia já pode ser percebida nesse contexto histórico, pois sem a segurança de que o lar (a lareira) permaneceria intocável, como um local sagrado do culto familiar, não havia segurança para a própria existência digna da família, entendendo por existência digna, nesse contexto, o direito de preservação de sua lareira onde ardia o fogo sagrado, pois sem ela a família deixaria de existir.

Muitos séculos transcorreram desde a realidade primitiva acima narrada, mas o local de moradia do ser humano, só ou companhia de outros, ainda continua a ter um significado sagrado, pois é lá, no seio de seu lar, que o ser humano vive a sua privacidade, sente-se seguro, repousa, cria a sua prole. A moradia é uma das formas pelas quais o ser humano manifesta sua natureza humana e vivencia a sua dignidade.

Por esta razão, a moradia humana, para que possa receber essa adjetivação, pressupõe o cumprimento de certos requisitos básicos relacionados ao conforto proporcionado aos seus habitantes, à segurança, à higiene, à privacidade, ao saneamento básico, sem os quais não poderá ser considerada verdadeiramente uma moradia (ONU, 2015).

A preocupação com o precariedade das moradias brasileiras não é recente. No ano de 1993, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil adotou como tema da Campanha da Fraternidade a pergunta "*Onde moras?*", justamente objetivando refletir sobre o problema das moradias no Brasil. Em carta endereçada aos fiéis católicos naquela oportunidade, o Papa João Paulo II (1993) destacou que o abrigo modelo de todos os cristãos não pode ser apenas um lugar físico, mas um lugar de afetividade, de integração e de educação; um abrigo protetor em que a família possa projetar sua própria intimidade, tendo afirmado, ainda, que a moradia é um direito pessoal e familiar, além de importante fator de estabilidade social.

O direito fundamental à moradia relaciona-se, de modo direto, com outros importantes direitos fundamentais, com destaque para o direito à saúde e, por conseguinte, com o próprio direito à vida, já que a preservação da saúde é pressuposto para se preservar o

direito à vida. A habitação, segundo Cohen (2007) é um espaço onde se constrói a saúde e se consolida seu desenvolvimento, traduzindo-se num dos primeiros e mais vulneráveis espaços para sua promoção.

Cohen (2004) também observa a existência de confusão entre os termos habitação e moradia, sendo aquele um conceito mais amplo do que este. A habitação engloba todos os locais onde a vida de uma pessoa se desenvolve numa *habitat*-ação, tais como a rua, a escola, os locais de lazer, o local de trabalho etc., que são também considerados como habitações temporárias, ao passo que a moradia seria apenas um dos componentes da habitação, sendo o seu elemento estático.

Ao longo deste trabalho, porém, a expressão *habitação* será utilizada como sinônimo de moradia, muito embora se reconheça a pertinência da distinção entre uma e outra.

Não há dúvida, entretanto, que para a existência de uma *habitação* adequada, no sentido amplo que lhe atribuiu Cohen, é preciso que a moradia também seja adequada. De nada adiantaria a uma pessoa habitar um bairro ou uma cidade dotados de todas as infraestruturas necessárias, com espaços de lazer e cultura adequados, transporte público, saneamento básico, se o elemento estático de sua habitação - sua moradia - não lhe garantisse as condições mínimas exigidas para a habitabilidade humana de forma digna.

A moradia é, assim, o local adequado à habitação (estática) humana, entendendo-se por *adequado* o lugar que seja dotado da infraestrutura mínima necessária para proporcionar aos seus ocupantes segurança contra ataques externos e também contra fatores ambientais relacionados à construção, que deve ser hígida; higiene, no que se inclui a existência de serviços de fornecimento de água e captação de esgoto; salubridade em razão da coexistência de aeração e luminosidade adequadas; privacidade tanto em relação ao exterior quanto em relação aos próprios ocupantes da residência (ONU, 2015).

Conforme será visto adiante, esses e outros fatores são reconhecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU) como requisitos mínimos para que uma habitação seja considerada adequada à ocupação humana.

1.3 O direito à moradia nos instrumentos internacionais

O primeiro instrumento internacional a reconhecer, ainda que de forma tímida, o direito à habitação adequada como um direito humano foi a Declaração Universal dos Direitos

Humanos de 1948, ao estabelecer, em seu art. 25, o direito de toda pessoa humana ao gozo de um nível de vida que seja suficiente para assegurar a si e aos seus familiares saúde e bem-estar, notadamente no que se refere à alimentação, ao vestuário, à habitação, à assistência médica e aos serviços sociais de que necessitar.

Posteriormente, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, admitido no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, reforçou a previsão já contida na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e declarou a moradia adequada como parte do direito a um padrão de vida adequado, ao determinar, em seu art. 11, o reconhecimento, por todos os Estados partes, de que toda pessoa tem direito a um nível de vida adequado para si mesma e para sua família, no que se inclui a alimentação, vestimenta e moradia adequadas, bem como a uma contínua melhoria de suas condições de vida, definindo, ainda, como dever dos Estados Partes a adoção das medidas apropriadas para a efetivação desses direitos.

A principal inovação trazida pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 em relação à Declaração dos Direitos Humanos de 1948 está justamente na definição de que os Estados Partes têm o dever de adotar os mecanismos que se fizerem necessários para tornar concretos os direitos nele previstos, dentre os quais a moradia adequada.

O Brasil, apesar de ter aderido formalmente ao Pacto no ano de 1992, somente no ano 2000, como será visto adiante, incorporou de modo expreso o direito à moradia no rol dos direitos fundamentais sociais.

1.3.1 Programa das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Sustentável - ONU-Habitat

A preocupação por parte da Organização das Nações Unidas (ONU) com o direito a uma moradia adequada a toda pessoa humana pode ser percebida pela realização das conferências das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável.

A primeira conferência, denominada Habitat I, foi realizada em Vancouver, no Canadá, no ano de 1976, tendo como resultado a criação, no ano de 1978, do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, a ONU-Habitat, sediada em Nairobi, no Quênia, com a finalidade de coordenar e harmonizar as atividades da ONU nos assentamentos

humanos que integram o sistema das Nações Unidas, facilitando, assim, a troca de informações sobre moradia e desenvolvimento sustentável nos assentamentos humanos, bem como colaborando com os países no desenvolvimento de políticas públicas e assessoria técnica que permitam o enfrentamento do crescente número de desafios que surgem nas cidades (ONU, 2017). Desde 1996, a ONU-Habitat mantém um escritório Regional para a América Latina e Caribe na cidade do Rio de Janeiro.

Em 1996 realizou-se a segunda Conferência (Habitat II) em Istambul, na Turquia e, por fim, no ano de 2016, em Quito, Equador, no mês de outubro, realizou-se a Terceira Conferência das Nações Unidas sobre Habitação e Desenvolvimento Urbano Sustentável (Habitat III).

No documento temático sobre a habitação, elaborado para a Habitat III (ONU, 2015), a ONU deixa claro que "habitação adequada deve providenciar mais do que quatro paredes e um telhado", reforçando uma série de condições já previstas em documentos anteriores que devem ser atingidas para que um abrigo possa ser considerado como uma "habitação adequada":

- Segurança de posse: a habitação não é adequada se os ocupantes não tem um grau de posse segura que garanta proteção legal contra despejos forçados, assédio e outras ameaças.
- Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a habitação não é adequada se os seus ocupantes não tem água potável segura, saneamento adequado, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.
- Acessibilidade financeira: a habitação não é adequada se o seu custo ameaça ou compromete o desfrute de outros direitos humanos do morador.
- Habitabilidade: a habitação não é adequada se não garante segurança física ou fornece espaço adequado, assim como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde e riscos estruturais.
- Acessibilidade: a habitação não é adequada se as necessidades específicas de grupos desfavorecidos e marginalizados não forem levados em conta.
- Localização: a habitação não é adequada se está separada de oportunidades de emprego, serviços de assistência médica, escolas, centros de creches e outras instalações sociais, ou se localizada em áreas poluídas ou perigosas.
- Adequação cultural: a habitação não é adequada se não respeita e leva em consideração a expressão da identidade cultural.

Apesar de não possuir a força de um tratado internacional, a agenda proposta pela ONU-Habitat não deixa de ter importância, servindo como referência para a formulação das ações governamentais e não governamentais no que se refere ao direito fundamental à moradia, podendo sua implementação ser exigida como requisito para que o País possa obter recursos internacionais (BRASIL, 1998).

Pela simples análise dessas condições *mínimas*, definidas pela ONU, para que uma habitação possa ser credenciada como adequada à ocupação humana já se percebe a distância

existente entre o reconhecimento de que a moradia é um direito fundamental e sua concretização no mundo real.

O mesmo documento temático sobre a habitação (ONU, 2015) evidencia que cerca de um quarto da população mundial continua a viver em favelas ou assentamentos informais, já que "uma habitação financeiramente acessível é inadequada e uma habitação adequada não é financeiramente acessível" aos mais pobres.

De acordo com a visão geral da pobreza, divulgada pelo Banco Mundial (2016), em que pese ter havido um progresso acentuado na redução da pobreza nas últimas décadas, com o alcance do primeiro objetivo de desenvolvimento do milênio, através da redução da taxa de pobreza em 1990 para a metade até 2015, objetivo este alcançado antes do previsto, em 2010, o número de pessoas que viviam em extrema pobreza ainda era muito elevado.

Estimativas mais recentes - também disponibilizadas pelo Banco Mundial (2016) - apontam que, no ano de 2013, 10,7% da população mundial viviam com menos de US\$ 1,90 por dia, o que corresponde a 767 milhões de pessoas, tornando impossível o acesso ou permanência em uma habitação adequada, diante de tão gritante escassez de recursos financeiros, que são insuficientes até mesmo para o suprimento das necessidades alimentares.

Diante dessa triste realidade, que faz com que milhões de pessoas vivam em moradias inadequadas, o local de habitação, ao invés de contribuir para melhorias na saúde, tem servido, ao contrário, para o aumento na exposição aos riscos, em razão da falta de condições de habitabilidade, à inadequação dos serviços à disposição dos moradores e da superlotação, que figura entre as mais sérias ameaças à saúde, por aumentar os riscos de transmissão de doenças entre os habitantes da casa, de modo especial entre pessoas idosas, com deficiência e crianças, que passam a maior parte do dia na casa. Não se pode olvidar, outrossim, dos próprios riscos ambientais relacionados à baixa qualidade das construções e ao local em que se encontram erigidas as residências, que põem em risco constante seus moradores (ONU, 2015).

1.4 O direito à moradia na Constituição brasileira de 1988

Na linha dos instrumentos internacionais que reconheceram expressamente o direito à moradia como um direito fundamental da pessoa humana, a Constituição da República de 1988 também inseriu expressamente em seu texto, através da Emenda Constitucional nº 26, de

14 de fevereiro de 2000, a moradia entre os direitos sociais fundamentais de todos os brasileiros.

Nenhuma outra Constituição brasileira anterior tratou do tema expressamente e mesmo a Constituição da República de 1988 não o previu em sua redação original. Sua inclusão, de forma explícita, no texto constitucional enfrentou certa resistência, já que somente cerca de doze anos após a promulgação da Constituição é que o direito fundamental à moradia foi incluído - de modo expresse, repita-se - no texto da Carta Maior, demora essa que pode ser atribuída, em grande parte, às resistências do Brasil no que se refere a muitos aspectos que foram regulados nos instrumentos internacionais no que se refere à moradia (SARLET, 2013b, p. 547) e nos próprios documentos temáticos elaborados pela ONU-Habitat.

A Emenda Constitucional nº 26/2000 originou-se de Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 28, de 1996, de autoria do Senador Mauro Miranda, que foi apresentada ao Senado Federal no dia 18 de junho daquele ano, quando teve sua leitura realizada no plenário daquela casa legislativa. Após regular tramitação, a aprovação do texto no Senado, em segundo turno, se deu na sessão plenária realizada em 27 de maio de 1998, tendo sido encaminhada, à Câmara dos Deputados, através do Ofício do Senado Federal de nº 505, de 29 de maio do mesmo ano.

Na justificação de sua proposta, o Senador Mauro Miranda deixou clara a influência exercida pela conferência Habitat II, realizada pela ONU no período de 3 a 14 de junho de 1996, em Istambul, na Turquia, evento do qual o Brasil foi indicado relator da parte relacionada à carta de intenções da conferência (BRASIL, 1996).

A participação ativa do Brasil na conferência Habitat II, importante evento de abrangência mundial, o colocou numa situação delicada, pois a despeito da crítica situação das áreas urbanas brasileiras, havia uma lacuna na Constituição da República de 1998, por ainda não reconhecer, de forma expressa, a moradia como um direito fundamental, tal como fez com a saúde, o lazer, o trabalho, dentre outros (BRASIL, 1996).

O Senador Mauro Miranda, ao justificar a apresentação da PEC 28/1996, enfatizou que

As atuais condições de moradia de milhões de brasileiros chegam a ser deprimentes e configuram verdadeira "chaga social" para grande parte das metrópoles do País. Faz-se, portanto, urgente que se dê início a um processo de reconhecimento da moradia como a célula básica, a partir da qual se desenvolvem os demais direitos do cidadão, já reconhecidos por nossa Carta Magna: a saúde, o trabalho, a segurança, o lazer, entre outros. Sem a moradia o indivíduo perde a identidade indispensável ao desenvolvimento de

suas atividades, enquanto ente social e produtivo, se empobrece e se marginaliza. Com ele se empobrece, invariavelmente, a Nação. (BRASIL, 1996)

Na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição recebeu nova numeração, passando a tramitar sob o nº 601, de 1998⁵, obtendo parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação em 25 de novembro daquele ano, seguindo, então, para a Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de emenda à constituição nº 601-A, de 1998, do Senado Federal, que objetivava alterar a redação do art. 6º da Constituição da República.

De acordo com parecer exarado por essa Comissão Especial (BRASIL, 1999), uma análise do art. 7º da Constituição apontava que não havia razão para que o direito à moradia não estivesse incluído no rol do art. 6º, já que ao tratar do salário mínimo, o art. 7º, IV, da Constituição determina que o salário mínimo seja capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, já prevendo, assim, a moradia como um direito fundamental da pessoa humana.

A moradia pode ser considerada como uma necessidade básica como a alimentação e a vestimenta. No Brasil, o acesso à moradia confunde-se, ainda, com o acesso à propriedade, considerada importante do ponto de vista da segurança familiar e também como símbolo de ascensão social. Vista como uma mercadoria a ser comprada ou um patrimônio a ser conquistado por esforço pessoal, a terra e, conseqüentemente, a habitação, passam a depender somente da capacidade de pagamento de cada um.

Mais do que uma necessidade, a moradia pode ser identificada como um direito que integra o direito à subsistência, o qual, por sua vez, representa a expressão mínima do direito à vida. A mudança de foco é da maior relevância, visto que a moradia, enquanto direito, deixa de ser apenas fruto da capacidade econômica ou produtiva das pessoas. Nessa ótica, o acesso à moradia passa a depender também, direta ou indiretamente, do Estado, que se apresenta como principal responsável pela salvaguarda dos direitos sociais. (BRASIL, 1999).

Essa mudança de foco, apontada pela Comissão Especial formada na Câmara dos Deputados para emitir parecer na Proposta de Emenda Constitucional nº 601/98, é de fato relevante, uma vez que o direito à moradia não pode se resumir ao direito à propriedade. Se o direito à propriedade é uma das formas de se ter acesso ao direito à moradia, obviamente que esta não é a única forma. Ademais, quando o direito à moradia é reconhecido como um direito social, torna-se uma obrigação do Estado adotar ações concretas visando implementá-lo. A abrangência dessas ações será analisada em outro momento.

⁵ Em determinados pontos do processo legislativo na Câmara dos Deputados, a Proposta de Emenda à Constituição é mencionada com o número 601-A, de 1998.

1.5 A posição do direito fundamental à moradia entre os direitos fundamentais

O direito à moradia é, além de um direito humano (já que reconhecido expressamente em documentos internacionais), também um direito fundamental, sob o aspecto formal, por se encontrar, atualmente, inserido de forma expressa no art. 6º da Constituição da República.

Não há dúvida, por outro lado, de que também assume a natureza de um direito materialmente fundamental, por encontrar-se inteiramente entrelaçado com a noção de dignidade humana, manifestando-se claramente como uma necessidade da vida prática e real. A habitação, conforme já destacado, é um espaço onde se constrói a saúde e se consolida seu desenvolvimento, traduzindo-se num dos primeiros e mais vulneráveis espaços para sua promoção (COHEN, 2007), o que a transforma em expressão mínima do direito à vida (BRASIL, 1999).

A moradia encontra-se catalogada entre os direitos fundamentais de segunda dimensão, dada sua natureza de direito social, cujo reconhecimento fundou-se no espírito de igualdade, ao se compreender que não bastava ao Estado apenas assegurar os direitos de liberdade, tornando-se necessário, de sua parte, também agir para compensar as desigualdades sociais.

Dentre as espécies de direitos que compõem a segunda dimensão dos direitos fundamentais, o direito à moradia inclui-se entre os direitos a prestações em sentido estrito, dada sua natureza eminentemente prestacional. Mais adiante, será analisado, ainda, se se trata de um direito a prestações originário ou derivado, vale dizer, se é possível extrair pretensões relacionadas à moradia diretamente do texto constitucional ou se apenas seria possível gozar das prestações já disponibilizadas pelo Estado ou, se inexistentes ou insuficientes, exigir atuação legislativa capaz de assegurar a fruição desse direito.

Relembre-se, entretanto, que classificar o direito à moradia como um direito a prestações em sentido estrito não significa negar-lhe sua carga axiológica como direito de defesa, mas, antes, ressaltar sua função mais evidente e primordial, que é justamente assegurar o direito a fruição de prestações materiais por aqueles que delas necessitam. Os direitos fundamentais, como visto, são multifuncionais. Sua inserção numa ou noutra categoria leva em consideração sua principal função.

Como direito a prestações em sentido estrito, o direito à moradia tem como titulares todos aqueles que, por sua condição social economicamente vulnerável, não têm condições de

assegurarem a si e a seus familiares e dependentes uma moradia digna. Em sua perspectiva secundária, como direito de defesa, beneficia a todos, eis que, como observado anteriormente, mesmo quem não necessite de uma prestação estatal para assegurar-lhe o direito fundamental à moradia, não pode, por outro lado, sofrer ingerências indevidas nesse direito, seja por ação do próprio Estado ou de terceiros.

Por ser um direito social, o direito à moradia, não obstante tenha uma dimensão coletiva, não há dúvida de que tem por titular o indivíduo, porquanto refere-se, num primeiro momento, como todos os demais direitos sociais, à pessoa considerada em sua individualidade, uma vez que indispensável para uma vida com dignidade.

Por fim, há que se lembrar que o reconhecimento expresso do direito à moradia pela Constituição da República, tornando-o um direito formalmente fundamental, foi de substancial importância para uma mudança de paradigma, não mais se resumindo ao direito de propriedade (e, portanto, relacionado à acumulação capitalista), mas, antes, expressamente reconhecido como um direito vital, como o são a alimentação e a vestimenta, integrando, assim, o direito à subsistência e passando a representar, conforme já destacado, a expressão mínima do direito à vida (BRASIL, 2009).

Seu reconhecimento como direito fundamental não mais permite que seja confundido com o direito de propriedade, ou que a ele se resuma. Sua fundamentalização formal fez com que a moradia deixasse de ser fruto apenas da capacidade econômica ou produtiva de cada pessoa, passando a depender de ações concretas estatais para implementá-lo e assegurá-lo, por ser o Estado o principal responsável pela salvaguarda e efetivação dos direitos sociais (BRASIL, 1999).

2 - EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS DEFINIDORAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 Introdução

Os estudos acerca da efetividade dos direitos fundamentais têm avançado cada dia mais, dada a importância que o tema revela para o ser humano, em sua individualidade, e para a coletividade como um todo. Esses estudos, contudo, não têm garantido a concretização de tais direitos. Ao contrário, "o problema de sua concretização tende a piorar" (SILVA FILHO, 2008, p. 109). Tal constatação, entretanto, não pode levar ao abandono do tema, mas, ao contrário, deve tornar-se motivo de ampliação de sua análise para que sejam buscadas alternativas capazes de propiciar a efetividade dos direitos fundamentais.

A efetividade dos direitos fundamentais, contudo, passa pela análise da eficácia das normas constitucionais que os definem, de modo que se torna imperioso seu estudo, fazendo-se mister, assim, a definição dos conceitos de *validade*, *vigência*, *vigor*, *eficácia* e *efetividade* das normas, para que não haja confusão terminológica entre elas, permitindo-se que se possa analisar a própria eficácia e efetividade da norma constitucional que assegura o direito à moradia como um direito fundamental.

No presente capítulo, pretende-se analisar, a partir dos estudos acerca das normas constitucionais realizados por José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso, se é possível estabelecerem-se diferentes graus de eficácia para as normas que definem os direitos fundamentais ou, ao contrário, se a todas elas corresponde o mesmo grau de eficácia, tema este que, num país de modernidade tardia como o Brasil, ainda se mostra atual e de elevada importância para que as promessas constitucionais acerca dos direitos fundamentais não se apresentem apenas como um objetivo a ser alcançado num futuro distante, mas possam, de fato, realizar-se no presente.

2.2 Definições terminológicas: *validade, vigência, vigor, eficácia e efetividade*

Para que um ato jurídico seja considerado válido, é imprescindível "constatar se os elementos do ato preenchem os atributos, os requisitos que a lei lhes acostou para que sejam recebidos como atos dotados de perfeição" (BARROSO, 2009, p. 80). Com a norma jurídica dá-se o mesmo. A norma somente será considerada válida se tiver sido editada com observância das regras de competência e seguindo os procedimentos formais exigíveis para sua edição, bem como não contrariar o texto constitucional.

José Afonso da Silva (2002, p. 216) observa que a validade das normas jurídicas subdivide-se em *validade formal* e *validade material*. A *validade formal* existe quando as normas tenham sido "formadas por autoridades criadas de acordo com ela, dentro da esfera de competência e conforme o procedimento por ela estabelecido." A validade material, por sua vez, consiste na adequação do conteúdo da norma aos preceitos da constituição.

Não se pode confundir, contudo, validade da norma com sua vigência, haja vista que uma norma pode ser válida sem ser vigente, vale dizer, uma norma pode ser editada seguindo-se todos os critérios de competência para sua elaboração, com fiel observância das formalidades procedimentais para tanto, estar conforme a Constituição e, nada obstante, não ser vigente.

Isso porque a vigência é a qualidade que faz com que a norma se torne exigível e passe a ser obrigatoriamente observada por todos os operadores do direito "em certas condições, em um determinado espaço, a partir de determinado momento, enquanto a norma não for declarada inválida" (PANSIERI, 2012, p. 88).

Desse modo, uma determinada norma jurídica, que tenha sido editada observando-se a competência constitucional para tanto, bem como observando-se todo o procedimento formal para sua edição, mas que esteja ainda em período de *vacatio legis*, trata-se de uma norma válida, mas ainda não vigente, por ainda não ter se tornado exigível e de obrigatória observância pelos operadores do direito, o que somente passará a ocorrer após o transcurso do período de *vacatio legis*, quando, então, a norma tornar-se-á vigente.

Não se deve também confundir *vigência* com *vigor*. Para Ferraz Júnior (2007, p. 203), "*vigor* é uma qualidade da norma que diz respeito a sua força vinculante, isto é, à impossibilidade de os sujeitos subtraírem-se a seu império, independentemente da verificação de sua vigência ou de sua eficácia". É o que ocorre, a título de exemplo, com a lei penal excepcional ou temporária, que se aplica aos fatos praticados durante sua vigência, embora

decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram (Código Penal, art. 3º), por serem dotadas de *ultratividade*. Pode-se dizer que "a ultratividade é manifestação do *vigor* da norma legal" (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 202), que continua a regular os fatos praticados durante sua *vigência*, mesmo quando esta não mais exista.

A validade da norma é alcançada com a finalização do processo de produção legislativa, o que se materializa com o ato da sanção. E uma vez sancionada, deve a norma ser publicada, para que se delimite o tempo de sua validade. A vigência, porém, tanto pode coincidir com a publicação como também pode ser postergada, permanecendo com sua vigência suspensa no período denominado de *vacatio legis* (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 198).

Vigente, portanto, é a norma válida (pertencente ao ordenamento) cuja autoridade *já* pode ser considerada imunizada, sendo exigíveis os comportamentos prescritos. Vigência exprime, pois, a exigibilidade de um comportamento, a qual ocorre a partir de um dado momento e até que a norma seja revogada (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 198).

Para Kelsen (2009, p. 11), a vigência é "a existência específica de uma norma", através da qual qualquer conduta humana passa a ser "preceituada, ordenada, prescrita, exigida, proibida; ou então consentida, permitida ou facultada". Todas essas ações podem ser resumidas à expressão *dever-ser*, no sentido de que algo deve ou não ser feito, justamente em respeito e reconhecimento à vigência da norma.

O fato de existir uma norma que preceitue, ordene, prescreva, exija, proíba, ou, ainda, consinta, permita ou faculte a prática de qualquer conduta humana, não significa que aqueles que estão sob o império da norma jurídica *efetivamente* cumpram seus preceitos, o que significa dizer que *vigência* não se confunde com *eficácia*.

Kelsen (2009, p. 11) destaca que, pelo fato de a norma pertencer "à ordem do dever-ser, e não do ser", é preciso que se faça a distinção entre a *vigência* da norma e a sua *eficácia*, compreendida esta como seu respeito e efetiva aplicação, muito embora reconheça a existência de conexão entre ambas - vigência e eficácia.

Uma norma jurídica é considerada como objetivamente válida apenas quando a conduta humana que ela regula lhe corresponde efetivamente, pelo menos numa certa medida. Uma norma que nunca e em parte alguma é aplicada e respeitada, isto é, uma norma que - como costuma dizer-se - não é eficaz em uma certa medida, não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia (como sói dizer-se) é a condição de sua vigência. (KELSEN, 2009, p. 12).

A vigência da norma sempre precede sua eficácia, porquanto se esta é a efetiva concretização da norma, somente após ter vigência é que ela assume a condição de produzir efeitos jurídicos. Kelsen (2009, p. 12), porém, enfatiza que ao estabelecimento de uma norma

deve seguir-se sua eficácia, para que não perca sua vigência, pois, para ele, "uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permanece demasiadamente ineficaz."

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 199) salienta que essa tese defendida por Kelsen não é tranquila na doutrina, que considera ser possível a permanência de vigência da norma, ainda que desprovida de um mínimo de eficácia, porquanto o fato de uma norma ser considerada ineficaz, "[...] a ausência de um mínimo de efetividade, não afeta sua validade, pois a norma editada entrou para o ordenamento, ainda que nunca tivesse produzido efeitos".

A eficácia da norma, para Kelsen (2009, p. 12), não se resume à sua aplicação pelos órgãos jurídicos, com a imposição de uma sanção em determinado caso concreto, compreendendo, também, o seu respeito, a sua observância, pelos indivíduos que a ela estão subordinados, para que se evite a incidência da sanção.

Surge, neste contexto, um quarto conceito, qual seja, o de *eficácia social* ou *efetividade* da norma, que também não se confunde com sua observância, já que normas existem que nunca foram observadas e, a despeito disso, são tidas como socialmente eficazes (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 199-200).

Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2007, p. 200) cita como exemplo de norma socialmente eficaz, apesar de não ser observada, a que dispõe, na Constituição de 1988, sobre o salário mínimo (CR, art. 7º, IV). Referida norma prescreve que o salário mínimo deve ser estabelecido em valor suficiente para atender às necessidades vitais do trabalhador e de sua família com moradia, educação, saúde, lazer, vestiário, higiene, transporte e previdência social, o que, na atual conjuntura nacional, considerado o valor estabelecido para o salário mínimo, está longe de ser uma realidade, fato este que não retira da norma seu caráter simbólico, de que o salário mínimo é *garantido pela Constituição*.

Com essa observação, Ferraz Júnior (2007, p. 200) defende que a efetividade ou eficácia social de uma norma não se resume à sua obediência, mas, antes, ao *sucesso* normativo, que pode ou não exigir a obediência, havendo variação e graduação da efetividade das normas.

Há que se distinguir, entretanto, a eficácia (nos sentidos atribuídos por Ferraz Jr. até este momento) da eficácia em sentido técnico, que, segundo conceitua o mesmo autor, "tem a ver com a aplicabilidade das normas como uma aptidão mais ou menos extensa para produzir efeitos" (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 201), aptidão esta que também é variável, tornando-se necessária a análise das *funções eficaciais* da norma para que se possa compreender o seu grau de eficácia.

As normas apresentam, assim, três diferentes funções de eficácia, a saber: a *função de bloqueio*, a *função de programa* e a *função de resguardo*. A primeira - *função de bloqueio* -, objetiva impedir a realização de comportamentos contrários à norma; a segunda - *função de programa* - relaciona-se às normas que visam à implementação de algum objetivo, como um programa a ser realizado; a terceira - *função de resguardo* - diz respeito àquelas normas que pretendem assegurar uma conduta desejada (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 201).

A classificação de uma norma, quanto à sua função de eficácia, em uma das três categorias, leva em consideração sua função primária e evidente, não se negando, contudo, que uma mesma norma possa exercer (e como regra exerce), concomitantemente, outras funções eficaciais, chamadas de funções secundárias, que se revestem de menor grau de intensidade do que aquela função tida por primária (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 201). Assim, à guisa de ilustração, quando se lê no art. 5º, inciso XXII, da Constituição da República, que "é garantido o direito de propriedade", torna-se manifesta sua função de bloqueio, visando impedir os comportamentos que atentem contra esse direito. Ao mesmo tempo, porém, também atua, secundariamente, em função de resguardo, objetivando assegurar que todas as demais pessoas ajam, em relação ao proprietário, de modo a respeitar seu direito de propriedade.

José Afonso da Silva (2002, p. 66) destaca que o termo eficácia também pode ser tomado em dois sentidos: *eficácia jurídica* e *eficácia social*, esta última tecnicamente chamada de *efetividade*. A eficácia jurídica é a possibilidade de aplicação de determinada norma. É a "capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas" (SILVA, 2002, p. 90).

A princípio, pode-se supor que se uma norma é válida e vigente, é também passível de aplicação. Tal suposição contudo, mostra-se equivocada, pois uma norma pode ser vigente mas não ser dotada de completa eficácia, por ainda não poder ser totalmente aplicável.

Tome-se como exemplo o disposto no § 4º do art. 27 da Constituição da República, segundo o qual "a lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual". Antes de editada lei regulamentadora, que definisse as regras para a implementação da iniciativa popular no processo legislativo estadual, tal norma jurídica era perfeitamente válida e vigente, porém não dotada de plena eficácia.

A eficácia e a aplicabilidade são fenômenos conexos, já que a eficácia é a potencialidade de a norma ser aplicada, ao passo que a aplicabilidade é a *realizabilidade* da norma, fazendo com que uma norma jamais possa ser realizável se não for eficaz (SILVA, 2002, p. 60).

Analisados os conceitos de validade, vigência, vigor e eficácia, resta analisar o conceito de efetividade da norma. Para Luis Roberto Barroso (2009, p. 82-83),

a efetividade significa [...] a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.

Importante observar, outrossim, que o simples fato de uma norma ser válida, vigente e eficaz não leva, obrigatoriamente, a que ela seja também dotada de efetividade, pois o comando normativo poderá estar distante da realidade social, fazendo com que a norma não desempenhe, de modo concreto, sua função social. Isso ocorre porque "a Constituição [...] é um sistema de normas jurídicas. Ela institui o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais das pessoas e traça os fins públicos a serem alcançados." (BARROSO, 2009, p. 75)

Há, portanto, normas jurídicas constitucionais com as mais variadas funções, não sendo possível, portanto, imaginar-se - ou sequer exigir-se - que todas as normas contidas no texto constitucional possuam a mesma eficácia.

Também para Barroso (2009, p. 82-84), a eficácia divide-se em *eficácia jurídica* e *eficácia social*, sendo a primeira a potencialidade de que se reveste a norma para produzir efeitos e a segunda a efetiva produção dos efeitos que se espera da norma, confundindo-se, pois, com a efetividade. Observa, ainda, que "a efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social", salientando que "o direito existe para realizar-se".

É justamente a possibilidade de *realização do direito*, mais especificamente dos direitos fundamentais, que se pretende revelar, com a análise da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, porque, como visto, sem eficácia jurídica, a norma jamais poderá alcançar eficácia social, vale dizer, efetividade. Sem eficácia jurídica, o direito não tem sequer a possibilidade de se realizar.

2.3 Classificação das normas constitucionais

A doutrina brasileira tem sido muito profícua no que se refere à eficácia-aplicabilidade jurídica das normas constitucionais. Nesta análise, serão tratadas apenas as classificações elaboradas por José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso, salientando, desde

já, que nenhuma das diversas classificações propostas, inclusive pelo professor Luis Roberto Barroso, destoa ou vai além da classificação proposta por José Afonso da Silva.

2.3.1 A Classificação de José Afonso da Silva

José Afonso da Silva foi o primeiro a introduzir no Brasil uma Teoria Tricotômica de eficácia. Sistematizando sua classificação, o professor José Afonso da Silva (2002, *passim*) dividiu as normas constitucionais em três categorias:

- a - Normas constitucionais de eficácia plena;
- b - Normas constitucionais de eficácia contida;
- c - Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.
 - c.1) Declaratórias de princípios ou organizativas;
 - c.2) Declaratórias de princípios programáticos.

Passemos à análise de cada uma dessas classificações.

2.3.1.1 Normas constitucionais de eficácia plena

Segundo José Afonso da Silva (2002, p. 82), normas constitucionais de eficácia plena são todas as normas que, no momento de sua entrada em vigor, já desencadeiam todos os seus efeitos essenciais ou, ao menos, têm a possibilidade de produzir tais efeitos, por terem recebido do legislador constituinte carga normativa suficiente para tanto, o que lhes permite incidir, de modo direto e imediato, sobre a matéria por elas regulada. Flávio Pansieri (2012, p. 97) observa que "estas normas independem de integração legislativa, assim são de aplicabilidade direta, imediata e integral."

Exemplo dessa espécie normativa pode ser vista no art. 5º, inciso XLIX, quando determina que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral". Facilmente se percebe que é de todo desnecessária qualquer atividade legislativa regulamentadora da norma inserta no citado dispositivo constitucional. Desde o momento imediatamente posterior à promulgação da Constituição da República de 1988, tornou-se indiscutível que tal norma

constitucional revestia-se de aplicabilidade direta, imediata e integral, vale dizer, é uma espécie de norma constitucional de eficácia plena.

2.3.1.2 Normas constitucionais de eficácia contida

Ainda seguindo a classificação proposta por José Afonso da Silva (2002, p. 82), as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas normas que, a exemplo das normas de eficácia plena, também desencadeiam, no exato momento de sua entrada em vigor, todos os seus efeitos (ou têm a potencialidade de desencadeá-los), porém, diversamente daquelas, "preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias."

Tais normas são de eficácia direta e imediata, não havendo necessidade de qualquer legislação regulamentadora para que possam ser aplicadas. Contudo, é possível ao legislador, por expressa autorização constitucional, restringir o seu alcance, daí porque haja quem prefira chamá-las de normas de eficácia "contível", e não contida (TEMER, 1990, p. 27).

O art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, apresenta um claro exemplo dessa espécie de norma constitucional, ao estatuir que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". A eficácia de tal norma é imediata e ilimitada, assegurando-se, contudo, ao legislador infraconstitucional a possibilidade de restringir o livre exercício do trabalho, ofício ou profissão, estabelecendo algum pressuposto para tanto, tal como ocorre com a profissão de advogado, cujo exercício pressupõe a graduação em Direito e, ainda, a aprovação em exame realizado pela Ordem dos Advogados do Brasil, tal como exigido pela Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994.

2.3.1.3 Normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida

As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, segundo José Afonso da Silva (2002, p. 82-83), são as normas que, pelo fato de o legislador constituinte não lhes ter estabelecido normatividade suficiente, não produzem todos os seus efeitos essenciais com sua simples entrada em vigor, tornando-se necessário que o legislador ordinário ou outro órgão do

Estado supra essa ausência de normatividade, editando leis (em sentido amplo) que tornem possível à norma constitucional produzir os efeitos para os quais foi concebida. Subdividem-se em *declaratórias de princípio institutivo ou organizativo* e *definidoras de princípios programáticos* (SILVA, 2002, p. 118).

2.3.1.3.1 Normas declaratórias de princípio institutivo ou organizativo

As normas declaratórias de princípio institutivo ou organizativo são aquelas normas "através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário estruture em definitivo, mediante lei." (SILVA, 2002, p. 126). Estas normas ainda se subdividem em⁶:

a) impositivas: determinam de modo peremptório a emissão de uma legislação integrativa (SILVA, 2002, p. 127), tal como se vê no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição da República: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". Não há, neste caso, qualquer margem de discricionariedade quanto à edição, ou não, de lei de proteção do consumidor (o que de fato ocorreu em 1990, com a edição do Código de Defesa do Consumidor).

b) facultativas ou permissivas: são aquelas normas que "se limitam a dar ao legislador ordinário a possibilidade de instituir ou regular a situação nelas delineada" (SILVA, 2002, p. 127), a exemplo do disposto no art. 13, § 2º, da Constituição da República, quando prevê que "os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *poderão* ter símbolos próprios." Não há, pois, uma obrigação a que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios tenham símbolos próprios, senão apenas uma faculdade para que os tenham, se assim o desejarem.

2.3.1.3.2 Normas constitucionais de princípio programático

De acordo com a definição proposta pelo professor José Afonso da Silva (2002, p. 138), são programáticas todas aquelas normas constitucionais que não regulam, de modo

⁶ Essa subdivisão também é de autoria de José Afonso da Silva, na obra citada.

direto e imediato, determinados interesses, restringindo-se a traçar os princípios que devem ser observados pelos órgãos legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos, definindo, assim, programas para uma dessas atividades, a fim de que possam ser realizados os fins sociais do Estado.

O art. 193 da Constituição Federal, ao dispor que "a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais", é um exemplo claro dessa espécie de norma constitucional, uma vez que traça os rumos a serem seguidos, não especificando limites e parâmetros para o exercício de qualquer direito.

José Afonso da Silva (2002, p. 164) conclui em sua obra que as normas programáticas "tem eficácia jurídica imediata, direta e vinculante" nos seguintes casos:

- I - estabelecem um dever para o legislador ordinário;
- II - condicionam a legislação futura, com consequência de serem inconstitucionais as leis e atos que as ferirem;
- III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores e da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;
- IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;
- V - condicionam a atividade discricionária da Administração e do judiciário;
- VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem.

Feita a análise da classificação realizada por José Afonso da Silva, nos limites que interessam à presente pesquisa, passa-se à classificação proposta por Luis Roberto Barroso que, conforme será visto, também propõe uma classificação tricotômica das normas constitucionais.

2.3.2 A classificação de Luis Roberto Barroso

Luis Roberto Barroso (2009, p. 90) propôs a sistematização das normas constitucionais em três distintas categorias: a) normas constitucionais de organização; b) normas constitucionais definidoras de direitos; e, c) normas constitucionais programáticas, tendo salientado, contudo, que sua intenção não era criar novas categorias classificatórias, mas apenas ordenar as já existentes, a fim de que pudessem ser articuladas conforme o conteúdo e finalidade predominantes de cada uma delas (BARROSO, 2009, p. 89).

Barroso (2009, p. 89) objetivou colaborar para a redução da discricionariedade dos poderes públicos na aplicação das normas constitucionais e firmar um critério com maior

cientificidade para a interpretação constitucional pelo Judiciário, especialmente nas situações em que se verificam comportamentos omissivos do Executivo e do Legislativo.

2.3.2.1 Normas constitucionais de organização

As normas constitucionais de organização são aquelas normas que "têm por objeto organizar o exercício do poder político" (BARROSO, 2009, p. 90), a exemplo do que se vê nos art. 2º e 92 da Constituição brasileira. Não definem qualquer direito e tampouco estabelecem programas de ação ao Estado, limitando-se a organizar o exercício do poder.

Toda Constituição apresenta uma categoria específica de regras que objetivam ordenar os poderes estatais, criando e estruturando entidades e órgãos públicos, distribuindo suas atribuições, e permitindo que se identifique e aplique outros atos normativos (BARROSO, 2009, p. 91). Não há Constituição que não disponha de *normas constitucionais de organização*, uma vez que sem elas restaria inviável o próprio exercício do poder estatal, por ausência de ordenação quanto às competências e estruturas de cada órgão de poder.

Barroso (2009, p. 89) ressalta que, historicamente, quando ainda sequer se dispunha de uma Constituição formulada sistematicamente em um documento escrito, as normas de organização eram as únicas que possuíam natureza constitucional, haja vista que a Constituição era composta unicamente por elementos organizacionais, quadro este que somente se alterou após a Revolução Francesa, quando então os direitos fundamentais passaram a ser incorporados à Lei fundamental.

2.3.2.2 Normas constitucionais definidoras de direitos

As Constituições modernas não se prestam mais a, tão somente, organizar o exercício do poder estatal, mas também se ocupam da definição de direitos fundamentais. É neste contexto que despontam as *normas constitucionais definidoras de direitos*, cuja função é justamente definir os direitos fundamentais dos indivíduos que se encontram sob a soberania de determinado Estado. Os direitos instituídos por tais normas podem ser *políticos, individuais, sociais e difusos* (BARROSO, 2009, p. 95).

Há um problema que se manifesta, porém, pelo uso indiscriminado da palavra *direito* no texto da Constituição, que não apresenta concepção unívoca, abarcando situações nitidamente distintas, principalmente no que se refere aos direitos sociais, ora gerando situações que são prontamente desfrutáveis, que dependem apenas de uma abstenção por parte do Estado, outras vezes ensejando a exigibilidade de prestações positivas do Estado e, em outros casos, destinando-se a contemplar interesses que, para sua fruição, dependem da edição de norma infraconstitucional integradora (BARROSO, 2009, p. 104-113)

Barroso (2009, p. 109) critica esse uso indiscriminado do vocábulo *direito* pela Constituição da República de 1988 que, segundo ele, deveria ser reservado apenas para aquelas situações jurídicas que permitem que se exija a realização de determinada conduta, por corresponder a um dever jurídico de outrem em efetivar alguma prestação positiva ou negativa, e não para cuidar de programas de ação futura, concluindo que, nesta situação (onde a Constituição Federal cuidar de um programa de ação futura) não deveria utilizar a palavra *direito*.

A expressão *direito*, portanto, deveria cingir-se ao conceito de *direito subjetivo*, compreendido como a possibilidade de ação, fundamentada no direito objetivo, tendo por fim a satisfação de determinado interesse. E esse direito de ação surge em razão de a norma jurídica ter por uma de suas características a bilateralidade, por dirigir-se a duas partes, permitindo a uma delas que exija da outra determinado comportamento (BARROSO, 2009, p. 99).

O que caracteriza o direito subjetivo e o diferencia de outras posições jurídicas é o fato de que ele está sempre atrelado a um dever jurídico, podendo, assim, ser violado, vale dizer, existe a possibilidade de que a parte a quem incumbe o dever jurídico não o implemente, fazendo nascer para o seu titular o direito de exigir-lhe o cumprimento, através dos mecanismos que o Estado coloca à sua disposição (BARROSO, 2009, p. 100).

Foi no direito privado que a ideia de direito subjetivo predominou por muito tempo, sendo recente a admissão da existência de direitos subjetivos também no âmbito do direito público, não havendo qualquer fundamento em sede doutrinária que seja capaz de impedir a aplicação dos elementos e atributos do direito subjetivo, concebidos para o direito privado, também ao direito constitucional (BARROSO, 2009 p. 100).

Assentada a premissa - que só não é mais óbvia pelo fato de ter sido historicamente negligenciada -, tem-se que as normas constitucionais definidoras de direitos enquadram-se no esquema conceitual retratado acima, a saber: *dever jurídico, violabilidade e pretensão*. Delas resultam, portanto, para os seus beneficiários - os titulares do direito - situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializáveis em prestações positivas

ou negativas. Tais prestações são exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (dever jurídico) e, se não foram entregues espontaneamente (violação do direito), conferem ao titular do direito a possibilidade de postular-lhes o cumprimento (pretensão), inclusive e especialmente por meio de uma ação judicial. (BARROSO, 2009, p. 100-101).

Não se pretende, com isso, afirmar, de modo simplista, que basta ao interessado postular um determinado direito social para que o Estado esteja obrigado a implementá-lo, em qualquer circunstância. São conhecidas as limitações materiais enfrentadas pelo Estado, diante da escassez de recursos, para a efetivação das normas constitucionais, notadamente daquelas concernentes aos direitos sociais. A exigibilidade dos direitos sociais, especificamente do direito à moradia, em face do Estado, será analisada mais adiante, quando então se buscará traçar critérios objetiváveis capazes de estabelecer *se e quando* tal direito poderia ser deduzido em uma pretensão.

Nada obstante, cumpre esclarecer que se encontra superada a ideia de que os direitos subjetivos, como categoria jurídica, somente existiriam no âmbito das relações privadas. Atualmente, a resistência à efetivação dos direitos sociais, de modo coercitivo, é mera ideologia, não encontrando respaldo científico (BARROSO, 2009, p. 102).

2.3.2.3 Normas constitucionais programáticas

O Estado intervencionista que surgiu após a primeira grande guerra mundial acabou por incorporar às Constituições modernas, ao lado dos direitos políticos e individuais já antes consagrados, regras que objetivam harmonizar a ordem econômica e social com determinadas exigências de justiça social, para que seja possível amenizar as desigualdades sociais, tomando-se, então, a pessoa humana não mais apenas em sua individualidade, mas também em sua dimensão social, comunitária (BARROSO, 2009, p. 114).

É nesse contexto que surgem as *normas constitucionais programáticas*, que são aquelas normas que estabelecem princípios ou fixam programas de ação futura para o Poder Público. São normas que não teriam aplicação concreta, mas apenas traçariam linhas diretivas para orientar as ações dos Poderes Públicos e, assim, nas palavras de Geraldo Ataliba, conteriam uma *contradictio in terminis*, porque pelo fato de serem *normas*, deveriam possuir um comando imperativo, não podendo ser programa, que se caracteriza por ter um cunho dispositivo (BARROSO, 2009, p. 114-115).

Essa crítica atualmente não se sustenta, pois conforme ensina José Afonso da Silva (2002, p.76), todas as normas constitucionais são dotadas de *alguma eficácia jurídica*, vale dizer, são executáveis por si mesmas até onde possam, até encontrarem o limite de suscetibilidade de execução. O problema, segundo o autor, não é definir *se* a norma possui ou não eficácia, mas determinar os *limites* dessa eficácia, para verificar quais são os efeitos parciais e possíveis que cada norma pode produzir. Especificamente no que tange às normas programáticas, os efeitos jurídicos bipartem-se em imediatos e diferidos (BARROSO, 2009, p. 116).

Em relação aos diferidos, o controle de sua eficácia, para Barroso (2009, p. 116-117), é mesmo frágil, por entender que se encontram subtraídos da intervenção judicial para a sua efetivação, porque dependem de ação estatal para que sejam concretizados, ação esta que se pautaria pelos critérios de conveniência e oportunidade. O mesmo não ocorre, ainda segundo Barroso, em relação aos efeitos imediatos, porque mesmo uma norma programática traz como efeitos imediatos, dentre outros, a proibição de o legislador editar uma lei que a contrarie, porque se assim agisse, a lei estaria eivada de inconstitucionalidade, do mesmo modo que não pode o Executivo realizar qualquer ação no sentido oposto ao por ela definido, orientando, também, as decisões do Judiciário, que deverão tomá-las por fundamento quando decidir qualquer questão, não podendo também a decisão judicial afrontá-las.

As normas programáticas não produziriam, desse modo, efeito positivo capaz de assegurar um direito subjetivo ao indivíduo, permitindo-lhe exigir determinada prestação estatal. Produziriam apenas um direito subjetivo "negativo", o que significa dizer que as normas programáticas somente confeririam ao indivíduo um direito "de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames" (BARROSO, 2009, p. 117).

Não seriam as normas programáticas, por essa razão, dotadas de eficácia positiva, porque apenas indicariam os fins a serem alcançados, não definindo os meios para se alcançar tais fins. Não havendo determinação de prazo para que se cumpram os objetivos fixados pelas normas programáticas, "haveria uma *liberdade de tempo sem fronteiras*, uma vez que o responsável poderia escolher promover ou efetivar a norma programática hoje, amanhã, daqui a meses ou daqui a anos", ficando, assim, à mercê da chamada *reserva de governo*, vale dizer, executivo e legislativo teriam "liberdade para decidir quando e como atuar em favor da sua efetivação" (OLIVEIRA, 2015, p. 38).

A ideia segundo a qual as normas programáticas são desprovidas de eficácia positiva é por demais reducionista, porque esse entendimento apenas serviria para manter o *status quo*,

sem qualquer alteração da realidade já consolidada no momento em que a norma adquire vigência, pois apenas não poderiam os poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) agir em sentido contrário à norma, mas também não estariam vinculados a agir de modo a implementá-la, ante a ausência de sua eficácia positiva.

Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2015, p. 38) defende que os argumentos utilizados para afastar das normas programáticas a eficácia positiva podem ser rebatidos. Em primeiro lugar, destaca que a vagueza das normas programáticas é uma verdade apenas parcial. Segundo o autor, numa análise abstrata, as normas programáticas apresentam, de fato, maior fluidez o que, contudo, não ocorre diante de uma situação particular, em que "a normatividade se densifica, ganhando em concretude". O mesmo se dá em relação às normas definidoras de direitos, citando como exemplo a liberdade de expressão, cuja abstração da norma em tese não afasta, por si só, sua eficácia, inclusive positiva, quando analisada em um determinado caso específico.

Oliveira (2015, p. 38) também salienta que é incorreto afirmar que a norma programática se traduziria em um comando postergado indefinidamente no tempo, cabendo exclusivamente ao governante decidir pela realização de seu comando imediatamente ou daqui a 100 anos. Se não há dúvida de que existe um lapso temporal para a implementação da norma programática, não é razoável concluir, por outro lado, "que o tempo não tem medida, que o relógio que importa é apenas o do governo, que o *quando* é deliberação exclusiva do administrador ou do legislador" (OLIVEIRA, 2015, p. 39). É preciso que se defina um prazo *razoável* para a implementação das normas programáticas, após o qual restaria configurada a inconstitucionalidade por omissão (OLIVEIRA, 2015, p. 39).

Existem diversas normas programáticas e também normas definidoras de direitos que concorrem entre si no que se refere à sua concretização, o que também não pode ser tido como fundamento bastante para afastar-lhes a eficácia positiva. Torna-se necessário que haja sopesamento e ponderação, estabelecendo-se uma escala de prioridades que, contudo, não pode ficar ao livre arbítrio do agente, já que existem balizas jurídicas, parâmetros hermenêuticos e critérios objetiváveis para sua definição (OLIVEIRA, 2015, p. 39).

É possível, portanto, que as normas programáticas gerem efeitos positivos, permitindo-se a formulação de pretensões de direito subjetivo com fundamento nessa espécie de norma, sendo certo que "a configuração dessa eficácia depende da circunstância jurídica/fática da hipótese. Como qualquer dispositivo jurídico, existem normas programáticas mais vinculantes e normas programáticas menos vinculantes." (OLIVEIRA, 2015, p. 42). É necessário, como já observado anteriormente, que haja sopesamento e ponderação para se

decidir, na análise concreta de uma situação fática, pela produção da eficácia positiva da norma programática e em que intensidade.

2.4 A eficácia das normas constitucionais de direitos fundamentais

Analisadas as espécies de normas constitucionais e a graduação eficaz de tais normas, conforme proposto por José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso, chega-se, agora, ao ponto central do presente capítulo, que consiste, justamente, em analisar a eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais e se existe, em relação a estas, uma graduação eficaz. Para tanto, é necessário partir-se da premissa traçada no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que determina que *"as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."*

Antes de se analisar o alcance de tal dispositivo constitucional, cumpre lembrar, com Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 268), que os direitos fundamentais têm por característica sua multifuncionalidade, dividindo-se em dois grandes grupos: os direitos de defesa e os direitos a prestações. Os primeiros são compostos pelos direitos de liberdade, igualdade, pelas garantias fundamentais e também por parcela dos direitos sociais e políticos, ao passo que os direitos a prestações subdividem-se em direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e à participação na organização e no procedimento) e direito a prestações em sentido estrito (direitos sociais de natureza prestacional), cujos contornos já foram apresentados anteriormente.

Revisitada esta distinção, é preciso analisar, também, qual a abrangência da norma contida no § 1º do art. 5º da CR/88, vale dizer, se ela se destina tão somente aos direitos individuais e coletivos previstos no art. 5º da Constituição, dada a posição topográfica em que se encontra, ou se seria aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive aos situados fora do catálogo do art. 5º da Constituição.

João Pedro Gebran Neto (2002, p. 158) defende uma aplicabilidade restrita ao disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, sustentando que sua aplicação refere-se exclusivamente aos direitos e garantias individuais insertos no próprio art. 5º da Constituição, não abrangendo, assim, os diversos direitos fundamentais que se encontram fora do catálogo desse dispositivo constitucional.

Segundo Gebran Neto (2002, p. 158), dois motivos justificam essa escolha, a saber: o fato de que a boa técnica legislativa determina que "os parágrafos se refiram a artigos aos quais estão vinculados, em respeito à posição topográfica dos dispositivos", e também pelo fato de que, segundo sustenta, "uma interpretação extensiva resulta numa verdadeira negação de validade ao dispositivo constitucional".

O constituinte, neste caso, teria dito mais do que o pretendido, ou seja, ao prever, no art. 5º, § 1º, da Constituição da República de 1988, que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, em verdade pretendia dar tratamento jurídico diferenciado apenas aos direitos e garantias individuais e coletivos relacionados no art. 5º (GEBRAN NETO, 2002, p. 158).

A pretensão de Gebran Neto (2002, p. 158), portanto, é restringir o alcance do disposto no § 1º do art. 5º da CR/88 apenas aos direitos e garantias individuais e coletivos e, ao mesmo tempo, ampliar sua eficácia. Para o autor, em relação aos direitos catalogados no art. 5º da Constituição, independentemente da forma como positivados no texto constitucional, "não resta margem de opção à administração ou à maioria parlamentar, devendo a integração (concretização) ser feita até mesmo de modo forçado, mediante determinação judicial" (GEBRAN NETO, 2002, p. 182).

A Constituição brasileira adotou uma concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, o que se denota pela redação do seu art. 5º, § 2º, fazendo com que, independentemente da posição que a norma que positiva um determinado direito fundamental ocupe na Constituição da República - no art. 5º ou em qualquer outro dispositivo constitucional -, o disposto no § 1º do art. 5º da Lei Maior lhe é aplicável (SARLET, 2015, p. 271).

Diverge-se, portanto, da opção adotada por Gebran Neto (2002, p. 158), quando defende que o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição teria aplicação restrita apenas aos direitos e garantias individuais e coletivos catalogados no próprio art. 5º, pois considerado o caráter materialmente aberto dos direitos fundamentais, tal como preconizado pelo próprio texto constitucional, há que se concluir pelo amplo alcance do dispositivo, fazendo com que todos os direitos fundamentais estejam sob a égide da referida norma.

Esta é também a posição adotada por Flávia C. Piovesan (1995, p. 89-90), para quem toda e qualquer norma que defina um direito fundamental, independentemente de sua posição no texto da Constituição, possui aplicabilidade imediata e, por essa razão, deve orientar os

Poderes Públicos para que estes outorguem "eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental."⁷

Há, assim, uma força vinculante dos direitos e garantias fundamentais, o que os torna imediatamente aplicáveis pelos Poderes Públicos que se investem "na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos" (PIOVESAN, 1995, p. 92). Citando Otto Bachof, Flávia C. Piovesan (1995, p. 92) sintetiza que "se antes os direitos fundamentais só valiam no âmbito da lei, hoje as leis só valem no âmbito dos direitos fundamentais".

Partindo-se dessa premissa (*de que o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição da República é aplicável a todos os direitos fundamentais nela positivados, mesmo que não elencados em seu art. 5º*), resta compreender qual a eficácia e aplicabilidade da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição da República.

Uadi Lammêgo Bulos (2000, p. 335), ao comentar o citado dispositivo constitucional, defende que os preceitos constitucionais que definem os direitos e garantias fundamentais "têm aplicação direta se, somente se, prescindirem de legislação complementar a ponto de não estarem sujeitos a qualquer providência integrativa ulterior", sendo aplicáveis, dessa forma, na medida de suas possibilidades. Segundo o mesmo autor, o disposto no § 1º do art. 5º da CR/88 de nada adiante se houver a necessidade de regulamentação normativa posterior para que possam tornar-se plenamente exequíveis.

As normas que definem os direitos fundamentais, mesmo à luz do art. 5º, § 1º, da CR/88 não são, para Bulos (2000, p. 336), bastantes em si, sujeitando-se, quando necessário, à atuação do legislador, tendo aplicação plena apenas dentro de seus "parâmetros de possibilidade". E numa interpretação teleológica, conclui que somente serão imediatamente aplicáveis aqueles direitos e garantias fundamentais "que não estiverem obstaculizados por uma determinação legislativa posterior ou por uma menção explícita à lei" (BULOS, 2000, p. 336).

Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins (1988-1989, p. 392-393) perfilham desse mesmo entendimento, reconhecendo a aplicabilidade imediata às normas de direitos fundamentais "*tanto quanto possível*". Para os autores, a própria Constituição, em

⁷ PIOVESAN (1995, p. 90) é enfática ao dizer que " Afasta-se aqui eventual interpretação restritiva que, baseada em argumentações topográficas, venha a sustentar a incidência deste princípio apenas sobre o aludido art. 5º. A partir de interpretação teleológica do texto, independentemente da topografia constitucional, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidores dos direitos e garantias fundamentais há de se expandir por todo texto constitucional. Vale dizer: onde se encontre um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, estará delineado o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais."

muitas passagens, nega aplicabilidade imediata às suas normas, exigindo a elaboração de lei posterior que as tornem aplicáveis.

Para Bastos e Martins (1988-1989, p. 393), o princípio que vigora é o de que as normas que definem direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata, exceto quando a própria Constituição expressamente estabeleça que o direito somente poderá ser exercitado nos termos e na forma que a lei vier a definir ou naquelas situações em que o preceito constitucional não se revestir de elementos mínimos capazes de assegurar sua aplicabilidade, sendo inviável que o vazio semântico seja tão acentuado que force o magistrado a transformar-se em legislador.

Haveria, então, gradação eficaz das normas definidoras de direitos fundamentais, podendo apresentar-se como normas de eficácia plena, contida ou limitada (na classificação de José Afonso da Silva, já apresentada), a depender do modo de sua positivação, ou, ainda, como normas programáticas ou normas definidoras de direitos, na formulação de Luis Roberto Barroso, fazendo com que, neste último caso, ora gerem situações que são prontamente desfrutáveis (por dependerem apenas de uma abstenção por parte do Estado), outras vezes permitam a exigibilidade de prestações positivas do Estado e, em outros casos, destinem-se a contemplar interesses que, para sua fruição, dependem da edição de norma infraconstitucional integradora (BARROSO, 2009, p. 104-113)

Eros Roberto Grau (2007, p. 318-319) apresenta entendimento diverso, por considerar que, à vista da redação do art. 5º, § 1º, da CR/88, não há dúvida de que todas as normas que definem direitos fundamentais, independentemente da forma como se encontrarem positivadas, por serem autoaplicáveis, são também, por conseguinte, autossuficientes, não reclamando a edição de qualquer ato legislativo ou administrativo para que sua efetividade se consuma, já que possível sua efetivação independentemente de tal providência.

Eros Grau (2007, p. 320-321) não nega a existência de lacunas nos preceitos normativos que definem os direitos fundamentais. Apenas sustenta que essas eventuais lacunas não podem atuar como empecilho para sua efetivação. O argumento fundamenta-se na constatação de que a própria Constituição dotou as normas constitucionais de aplicabilidade imediata, cabendo ao Judiciário exercer o seu *dever* de conferir efetividade imediata ao preceito, estando, por essa razão, autorizado a suprir as eventuais lacunas existentes nas decisões que for provocado a tomar, inclusive com a possibilidade de inovar o ordenamento jurídico, se assim se fizer necessário, o que, ademais, encontra respaldo no art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Sarlet (2015, p. 277) defende que nenhuma das duas posições extremadas acima relatadas podem ser acolhidas de forma integral. Segundo o autor, admitir que o disposto no art. 5º, § 1º, da CR/88 não altera a "natureza das coisas", sendo, assim, incapaz de tornar uma norma incompleta em direito imediatamente aplicável seria o mesmo que negar existência ao referido dispositivo constitucional ou, no mínimo, que não possui qualquer conteúdo, uma vez que para se extrair da norma o que dela é possível, torna-se desnecessária a previsão do art. 5º, § 1º, da CR/88. A prevalecer esse entendimento, não haveria diferença de tratamento a ser conferido às normas constitucionais que definem direitos fundamentais e as demais normas constitucionais.

Por outro lado, Sarlet (2015, p. 277) reconhece que é preciso cautela ao se concluir que o disposto no art. 5º, § 1º, da CR/88 transforme todas as normas constitucionais que versam sobre direitos fundamentais em normas diretamente aplicáveis, independentemente da edição de qualquer ato integrador. Para o autor, é possível que o Judiciário possa (e deva) suprir lacunas para viabilizar a fruição dos direitos fundamentais, mas é preciso reconhecer que também essa atividade tem limites.

A existência de limites no suprimento de lacunas normativas, ainda de acordo com o mesmo autor, deve ser analisada com maior atenção no que tange aos direitos fundamentais sociais a prestações, em relação aos quais as ações de concretização por parte do Judiciário devem estancar diante dos limites impostos pela reserva do possível, pela falta de qualificação e/ou de legitimação dos tribunais para implementar determinados programas socioeconômicos e, ainda, nos casos de colisão com outros direitos fundamentais, reconhecendo-se, outrossim, que possam existir outros aspectos capazes de também exercer influência decisiva (SARLET, 2015, p. 277-278).

Sarlet (2015, p. 278) propõe, então, uma solução intermediária, que leve em conta o problema da eficácia das normas constitucionais, considerando-se a existência de normas que são dotadas de normatividade suficiente, tornando prescindível qualquer ação concretizadora por parte do legislador infraconstitucional para que adquiram plena eficácia, consolidando-se, assim, como normas de eficácia plena, mas não olvidando, por outro lado, que também existem, mesmo no âmbito dos direitos fundamentais, normas que "em virtude de sua insuficiente normatividade - não se encontram em função de, independentemente de uma *interpositio legislatoris*, gerar a plenitude de seus efeitos" (SARLET, 2015, p. 278).

Propugna, então, que a norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição da República seja considerada de cunho principiológico, "considerando-a, portanto, uma espécie de mandamentos de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a

tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 278).⁸

Isso significa que tais normas não são consideradas como regras jurídicas, cuja aplicação se dá com a lógica do tudo ou nada (ou são aplicáveis, ou não são), mas como normas de natureza principiológica, sobre as quais recai um mandado de otimização, "razão pela qual o seu alcance (isto é, o *quantum* em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese concreta, isto é, da norma de direito fundamental em pauta" (SARLET, 2015, p. 278-279). O que vigora em relação às normas de direitos fundamentais é "uma presunção de plenitude eficaz, que, todavia, não implica uma absoluta uniformidade quanto aos efeitos dessa eficácia plena" (SARLET, 2015, 281).

Diante dessa presunção de plenitude eficaz das normas definidoras de direitos fundamentais, Sarlet (2015, p. 279) advoga o entendimento de que a negativa na aplicação de tais normas, em decorrência da inexistência de ato concretizador, é medida excepcional e, como tal, deverá ser devidamente fundamentada e justificada, o que não ocorre com as demais normas constitucionais, que geram apenas eficácia em grau mínimo, exceto se não reclamarem interposição legislativa, quando, então, serão também imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes.

João Pedro Gebran Neto (2002, p. 155) diverge do posicionamento adotado por Ingo Wolfgang Sarlet quando este propugna pela maior aplicabilidade imediata *possível* ao § 1º do art. 5º da Constituição, o que transformaria referido dispositivo constitucional em uma espécie de mandado de otimização, impondo, assim, uma maximização eficaz de todos os direitos fundamentais.

Segundo o entendimento de Gebran Neto (2002, p. 155), "este *plus* que se busca conferir aos direitos fundamentais, na prática, significa nada ou muito pouco", haja vista que a maior aplicabilidade imediata defendida por Sarlet, seria, segundo sustenta, "salvo melhor juízo, e na medida das possibilidades que o próprio texto oferece, atributo de todas as normas constitucionais, como resultado do princípio da máxima efetividade e da força normativa da Constituição."

⁸ A concepção dos princípios como *mandamentos de otimização* foi formulada por Robert Alexy (2008, p. 90), para quem "O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes."

Não obstante reconheça que a interpretação dada ao art. 5º, § 1º, da CR/88 por Ingo Wolfgang Sarlet traduza-se em significativo avanço, Sérgio Fernando Moro (2000, f. 44-48) argumenta que, caso seja tratado equivocadamente, "contribui apenas para justificação mais técnica e elaborada de decisões que neguem eficácia às normas de direito fundamental, principalmente quando envolvidos direitos a prestações estatais", optando, assim, pelo entendimento defendido por João Pedro Gebran Neto, por entender que este confere "eficácia ótima" ao citado dispositivo constitucional.

Rebatendo as críticas que lhe foram formuladas por Gebran Neto, Sarlet (2015, p. 281), esclarece que ele próprio reconhece que a aplicabilidade imediata é uma qualidade de todas as normas constitucionais, inclusive aquelas classificadas como de eficácia limitada. Porém, em relação às normas definidoras de direitos fundamentais, há uma diferenciação no tratamento a ser-lhes conferido, porquanto, conforme já salientado, vigora, em relação a estas, "uma presunção de plenitude eficaz, que, todavia, não implica uma absoluta uniformidade quanto aos efeitos dessa eficácia plena" (SARLET, 2015, p. 281), plenitude eficaz esta que não socorre às demais normas constitucionais.

A carga eficaz dos direitos fundamentais, para Sarlet (2015, p. 282) "depende, em última análise, de sua densidade normativa, por sua vez igualmente vinculada à forma de proclamação no texto e à função precípua de cada direito fundamental."

É preciso rememorar, assim, as duas elementares funções dos direitos fundamentais, como *direito de defesa* e como *direito a prestações*, uma vez que, em relação àqueles direitos que atuam precipuamente como direitos de defesa, por implicarem em abstenção dos poderes estatais e dos particulares para sua efetivação, não dependendo, em regra, de concretização legislativa, assumem plena aplicabilidade, podendo, inclusive, ser exigidos em juízo (SARLET, 2015, p. 283).

Essas diretrizes também são válidas para boa parte dos direitos sociais que se traduzem em liberdades sociais, por equivalerem aos clássicos direitos de liberdade e igualdade, os quais, para sua implementação, não demandam investimentos diretos por parte do Estado, podendo ser desfrutados apenas mediante abstenção de seus destinatários (SARLET, 2015, p. 283).

É o que se vê, por exemplo, com o direito social à irredutibilidade de salário, consagrado no art. 7º, inciso VI, da CR/88 ou, ainda, com o direito à jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, reconhecido pelo inciso XIII do art. 7º da Constituição. Tais direitos sociais não são direitos a prestações, mas, antes, liberdades sociais, pois para que sejam concretizados basta que seus destinatários se abstenham em

reduzir os salários, no primeiro caso, ou em exigir jornada de trabalho superior à permitida pela Constituição, no segundo, o que, por certo, não implica em alocação direta de recursos para sua implementação.

Conforme já analisado, o fato de determinado direito ser classificado como direito de defesa não lhe retira, por outro lado, sua função positiva, ainda que de cunho orgânico ou procedimental, o mesmo podendo ser dito em relação aos direitos a prestações, que também assumem função negativa, vale dizer, atuam como proibição de intervenção, já que "todos os direitos fundamentais apresentam uma perspectiva (ou dimensão) positiva e negativa" (SARLET, 2013, p. 541-542). A classificação em um ou outro grupo leva em consideração - é bom repisar - a função precípua de cada direito, e não a circunstância de assumir com *exclusividade* função positiva (direito a prestação) ou função negativa (direito de defesa).

Os direitos fundamentais, ao menos que toca à sua dimensão negativa (de defesa, de não intervenção no direito), são dotados de eficácia plena, materializando-se em normas definidoras de direitos que geram um dever de abstenção por parte do Estado. Mas e quanto à sua dimensão positiva (como direitos subjetivos públicos a uma prestação), haveria direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, desprovidos de plena eficácia, consubstanciando-se apenas em normas de eficácia limitada, programáticas ou, ainda, normas definidoras de direitos que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora, sem a qual não seriam passíveis de aplicação?

Seria, então, possível admitir-se uma graduação de carga eficaz para cada espécie de direito fundamental, tal como defendido por Ingo Wolfgang Sarlet, quando afirma que a "carga eficaz dos direitos fundamentais depende, em última análise, de sua densidade normativa, por sua vez igualmente vinculada à forma de proclamação no texto e à função precípua de cada direito fundamental" (SARLET, 2015, p. 282)?

Com a devida vênia, não é possível concordar com a possibilidade de existência de uma graduação de eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, sob pena de o § 1º do art. 5º da Constituição perder por completo sua razão de ser. Com efeito, para que serve o art. 5º, § 1º, da Constituição da República, senão para assegurar uma plena eficácia às normas de direitos fundamentais?

Ao se admitir que as normas que definem os direitos fundamentais, sejam eles quais forem, não possuem completa eficácia, o disposto no § 1º do art. 5º da Constituição é letra morta, uma vez que toda norma constitucional, como visto, é dotada de alguma eficácia e, portanto, todas as normas constitucionais são *imediatamente aplicáveis*, em determinados graus.

Se o constituinte destacou um dispositivo da Constituição da República - o § 1º de seu art. 5º - para determinar a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, isso não pode significar que tais normas tenham a mesma aplicabilidade das demais normas constitucionais, vale dizer, que sejam aplicáveis "na medida do possível", já que todas as normas constitucionais - com o perdão da obviedade - são aplicáveis *na medida do possível*.

Compreender as normas de direitos fundamentais como normas-princípio, que se consubstanciam num *mandado de otimização*, a fim de que lhes seja conferida a *maior eficácia possível* pelos órgãos estatais, e cujo quantum em aplicabilidade e eficácia fique na dependência da análise da *norma* de direito fundamental em pauta, é o mesmo que negar-lhes a consagrada aplicabilidade *imediata*.

Norberto Bobbio (2004, p. 71-72) levanta uma inquietação bastante pertinente à esta análise. Segundo ele,

O campo dos direitos do homem - ou, mais precisamente, das normas que declaram, reconhecem, definem, atribuem direitos ao homem - aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Tanto é assim que, na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de "programáticas". Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, nos perguntamos, alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o "programa" é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de "direito"?

Tal observação é extremamente oportuna já que, conforme observado acima, tratar as normas definidoras de direitos fundamentais como dotadas da maior eficácia possível é jogá-las à vala comum de toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer distinção, pois se todas as normas constitucionais são providas de alguma eficácia, todas - sem distinção - também são dotadas da *maior eficácia possível*, vale insistir: são eficazes até onde possam ser!

Dizer que as normas definidoras de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis significa dizer que são normas autossuficientes, prescindíveis, portanto, de qualquer complementação legislativa para que a eficácia que delas se espera possa ser reclamada. Esta, ademais, é a lição de Eros Grau (2007, p. 318-319), quando leciona que

Aplicar o direito é torná-lo efetivo. Dizer que um direito é imediatamente aplicável é afirmar que o preceito no qual inscrito é autossuficiente; que tal

preceito não reclama - porque dele independe - qualquer ato legislativo ou administrativo que anteceda a decisão na qual se consome a sua efetividade.

Uma norma imediatamente aplicável não pode ser aplicável *hic et nun* ou *sine die*, para usar as expressões de Bobbio, porque uma norma imediatamente aplicável não pode ser uma norma aplicável *se e quando* possível, já que tal concepção se traduziria num verdadeiro contrassenso.

Muito embora se saiba que a mensagem retratada pela lei não se confunde com a mensagem que o legislador pretendia atribuir-lhe, no caso do § 1º do art. 5º da Constituição há perfeita consonância entre uma e outra, como é possível concluir após a análise do Diário da Assembleia Nacional Constituinte do dia 12 de fevereiro de 1988.

Durante a discussão para a votação da emenda que incluía o texto hoje contido no § 1º ao art. 5º da Constituição (que correspondia ao § 60 do art. 6º do Projeto de Constituição "A"), de autoria de Gastone Righi, José Costa e Alfredo Campos, o presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, destacou que seu objetivo era justamente garantir a autoaplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, salientando que "a emenda objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposição" (DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1998, p. 7.314).

Gastone Righi, um dos autores da proposta, enfatizou, durante os debates na Assembleia Nacional Constituinte, que não seria justificável "que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicação apenas quando a lei complementar os regulamentasse" (DIÁRIO DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1988, p. 7.314), o que evidencia, portanto, que a pretensão dos membros da Assembleia Nacional Constituinte era aquela que se traduziu no texto do art. 5º, § 1º, da Constituição, qual seja, a aplicabilidade imediata e a autossuficiência das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.⁹

As normas definidoras de direitos fundamentais, portanto, sejam elas quais forem, são todas de aplicabilidade imediata, vale dizer, são normas autossuficientes, que valem por si mesmas, de modo que, ante a ausência de normatividade suficiente para sua aplicação, expressamente conferida pelo constituinte ou pelo legislador infraconstitucional, cabe ao Poder Judiciário a tarefa de tornar a norma efetiva, criando o *direito do caso concreto*, se assim se fizer necessário, haja vista que os preceitos imediatamente aplicáveis vinculam, em última instância, o Poder Judiciário, o que significa dizer que "negada pela Administração

⁹ A emenda em questão, que resultou na inclusão do texto do § 1º do art. 5º à Constituição da República, foi aprovada por 348 votos favoráveis, 1 contrário e 2 abstenções (DIÁRIO DA ASSMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1988, P. 1715).

Pública, pelo legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cabe ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação." (GRAU, 2007, p. 320-321).

Ao se fazer tal afirmação, por certo emerge à discussão a legitimidade do Poder Judiciário para imiscuir-se em atividades que estariam reservadas ao administrador ou ao legislador, pelo fato de seus membros não serem detentores de mandatos eletivos. A legitimidade somente seria conferida pelo voto popular e, por não terem sido investidos em seus cargos por essa forma, não poderiam os juízes dizer *o que* deve ser objeto de ação estatal ou, ainda, *como* deve agir o Estado, pois se assim agir, ordenando que se cumpram direitos prestacionais, "significaria substituir-se, o juiz, ao administrador, implicando quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa" (CLÉVE, 2006, p. 239).

Considerar a democracia como sinônimo apenas de "governo da maioria" é ter uma interpretação reducionista, uma vez que, dada a salutar e necessária alternância de poder, os grupos atualmente minoritários podem, posteriormente, assumir a posição majoritária, cabendo ao Judiciário, agindo como um delegado do Poder Constituinte, zelar por essa dinâmica majoritária/contramajoritária, o que significa dizer que "a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo." (CLÉVE, 2006, p. 239).

O disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, confere autossuficiência a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, tornando-as normas de eficácia plena e cujos direitos nelas conferidos são prontamente fruíveis ou oponíveis ao Estado conforme o caso, já que, em relação a estas, a ausência de normatividade não lhes pode retirar a plena eficácia. Ante a ausência de normatividade suficiente para sua imediata aplicação, por não ter sido conferida pelo próprio constituinte ou pelo legislador infraconstitucional, cabe ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, o dever de dizer o direito, suprindo eventuais lacunas que pudessem ser empecilhos à efetividade de tais normas.

O quantum em aplicabilidade e eficácia de uma norma definidora de direito fundamental não pode ser analisado, na situação concreta, com base na **norma** de direito fundamental em pauta, já que tais normas têm aplicabilidade imediata, mas dependerá, isto sim, da **situação concreta** em que se invoca a aplicabilidade da norma, o que é muito diferente, conforme será analisado de modo mais aprofundado no quarto capítulo, quando, então, será analisada a eficácia e efetividade do direito fundamental à moradia, retomando-se, pois, o tema.

É importante ressaltar, desde já, que se a análise fundamentar-se na **norma** que define o direito à moradia, ainda que tomada como de caráter principiológico, há que se partir

da premissa de que ou é dotada de aplicabilidade imediata e plena, abarcando as posições negativa e positiva (como direito de defesa e como direito a prestações), ou é dotada de aplicabilidade imediata, mas apenas parcial, englobando tão somente a perspectiva negativa, como direito de defesa contra a ingerência - Estatal ou particular (aqui não importa) no direito fundamental.

Ao tomar como ponto de partida para a análise da exigibilidade de determinado direito fundamental (e especificamente dos direitos fundamentais sociais) a situação concreta que reclama a aplicação da norma que o positivou, tomada aqui como de aplicabilidade imediata e plena, vale dizer, em suas posições negativa e positiva, a solução se torna deveras menos complexa e - parece - mais justa, porque ante a ausência de normatividade suficiente conferida pelo constituinte ou pelo legislador ordinário, caberá ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, conferir-lhe a aplicabilidade adequada, partindo da posição pré-concebida de que tal norma tem eficácia e aplicabilidade imediata a plena.

Finalizando, é possível concluir que as normas constitucionais - todas elas - são dotadas de alguma eficácia jurídica, inexistindo, desse modo, normas constitucionais desprovidas de qualquer conteúdo eficaz. Esse conteúdo eficaz, como visto, varia conforme a espécie de norma constitucional que se esteja analisando, dada a diferença de posituação das normas no texto da Constituição da República, que permite subsumi-las em uma das espécies de normas constitucionais, analisadas sob o prisma da eficácia, formuladas, dentre outros, por José Afonso da Silva e Luis Roberto Barroso.

No que tange às normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais, em razão do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, são todas dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata. É fato que existem normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais que não receberam do constituinte ou do legislador infraconstitucional, em sede de regulamentação, normatividade suficiente para sua aplicação, o que, como visto, não impede que sejam imediatamente aplicáveis, cabendo ao Poder Judiciário, na análise de cada caso concreto, o dever de dizer o direito, suprimindo eventuais lacunas que possam ser empecilhos à efetividade de tais normas.

Conforme já dito, o tema será retomado no quarto capítulo, quando serão tratadas, dentre outros assuntos, as questões concernentes à eficácia e à efetividade do direito fundamental social à moradia. Antes, porém, é preciso traçar as relações existentes entre o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República brasileira, bem como as limitações impostas às despesas estatais pela chamada *reserva do*

possível e sua necessária relação com o critério do mínimo existencial, o que será objeto de análise no capítulo seguinte.

3 - O DIREITO À MORADIA COMO PERSPECTIVA DA DIGNIDADE HUMANA

3.1 Introdução

A dignidade humana tornou-se, nos últimos tempos, um dos princípios mais invocados no meio jurídico brasileiro para justificar os mais variados pleitos e decisões judiciais. Indenizações por danos morais decorrentes do afastamento temporário do local de residência em razão de riscos causados por obras públicas¹⁰, ausência de anotação da CTPS do empregado e atraso no pagamento de verbas rescisórias¹¹, sentenciado a quem foi imposta medida de segurança detentiva consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e que teve que aguardar, recolhido em presídio comum, a abertura de vaga em estabelecimento adequado¹², são alguns exemplos de situações em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi invocado como fundamento decisório.

Essa constatação deve-se, por certo, ao fato de a dignidade da pessoa humana ter se tornado "um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental", tendo sido expressamente mencionada em inúmeros documentos internacionais, Constituições, leis e decisões judiciais, o que, entretanto, não reduziu as dificuldades de sua correta utilização como importante instrumento para a interpretação jurídica, notadamente pelo fato de que, "com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade" (BARROSO, 2012).

Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial *post mortem*, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa. (BARROSO, 2012).

A invocação da dignidade humana como fundamento decisório ou como causa de pedir não é, portanto, uma situação vivenciada exclusivamente em solo nacional, sendo

¹⁰ STJ, REsp 1.292.141.

¹¹ TRT da 3.ª Região; PJe: 0010269-72.2016.5.03.0085 (RO); Disponibilização: 16/11/2016, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 456; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca.

¹² STJ, HC 267741/SP.

identificada também na realidade jurídica alienígena. Uma das situações mais emblemáticas de sua invocação como razão decisória de que se tem notícia é o caso *Perruche*, no qual a Corte de Cassação francesa reconheceu, em *ultima ratio*, que a não realização do aborto e o nascimento com vida de Nicolas Perruche teriam representado violação à sua dignidade humana, ante as inúmeras anomalias¹³ apresentadas por ele em decorrência de erros cometidos pelo médico e pelo laboratório, que não diagnosticaram que sua mãe havia contraído rubéola aos dois meses de gravidez (MORAES, 2006, p. 148).

A Corte francesa reconheceu que, tivesse a mãe de Nicolas Perruche o diagnóstico de que estava infectada por rubéola, e ciente dos riscos desencadeados ao normal desenvolvimento do feto por tal doença, teria ela optado pela interrupção da gravidez, evitando, assim, todo o sofrimento desencadeado a Nicolas. O erro médico e laboratorial, portanto, acarretaram a perda de uma chance, qual seja, a chance de Nicolas *não nascer*, o que lhe teria sido mais vantajoso do que o nascimento com vida, no entender da Corte de Cassação francesa. O caso é emblemático porque, por dedução lógica do que restou decidido, "para a Suprema Corte francesa, a proteção da dignidade humana, neste caso, estaria na sua não existência." (MORAES, 2006, p. 149).

Não é pretensão discutir o acerto ou erro da decisão da Corte de Cassação francesa no caso Perruche, senão apenas chamar a atenção para quão abrangente pode ser a utilização da dignidade humana para fundamentar as mais diversas tomadas de posição, incluindo-se, como visto, o direito de não nascer em condições físicas e mentais consideradas aviltantes à própria existência.

Nas páginas que se seguem, pretende-se apontar a carga valorativa do princípio da dignidade humana e seu conteúdo normativo, chegando-se à sua estreita correlação com o direito fundamental à moradia, ou melhor: como o direito fundamental à moradia está umbilicalmente ligado à noção de dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em verdadeiro pressuposto para esta.

3.2 A incorporação da noção de dignidade humana pelos instrumentos normativos

Apesar de ter se tornado um consenso ético do mundo ocidental, apenas recentemente, do ponto de vista histórico, a expressão "dignidade da pessoa humana" passou a

¹³ Nicolas Perruche nasceu cego, surdo e com transtorno mental severo (BARROSO, 2012).

ser utilizada no âmbito jurídico (AZEVEDO, 2002, p. 107). Barroso (2012) aponta que sua incorporação em documentos jurídicos somente começa a ocorrer no final da segunda década do século XX, com as Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919), fazendo-se presente, também, em textos sem viés democrático, tais como o Projeto de Constituição francesa do Marechal Pétain (1940), quando em colaboração com o regime nazista, e na Lei Constitucional decretada durante a ditadura espanhola por Francisco Franco (1945).

Azevedo (2002, p. 107) observa que, tal como é utilizada hoje, a expressão aparece, pela primeira vez, no Preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945, documento este que ressalta que foram os sofrimentos impostos à humanidade pelas duas grandes guerras mundiais que propulsionaram o reconhecimento da dignidade, do valor do ser humano, e da igualdade de direitos entre homens e mulheres, assim como entre as nações, grandes ou pequenas, nos documentos internacionais que se seguiram.¹⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, determinou, em seu preâmbulo, que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo" (ONU, 1948). Como se vê, foi somente após a Segunda Guerra Mundial que se deu a incorporação da dignidade humana aos principais documentos internacionais, assumindo destacado papel nos debates sobre os direitos fundamentais (BARROSO, 2012).¹⁵

Foi também após o segundo pós-guerra que a dignidade humana passou a ser protegida pelos textos constitucionais, tendo como ponto de partida, neste particular, a Constituição Alemã de 1949, que reconheceu expressamente o direito à inviolabilidade da dignidade humana logo em seu art. 1º (BARROSO, 2012), impondo a toda autoridade estatal

¹⁴ O preâmbulo da Carta das Nações Unidas, de 1945, está assim redigido: "NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. (ONU, 1945).

¹⁵ SARLET, 2013d, p. 123 observa que "Na esfera supranacional, vale referir, ainda, além de uma série de tratados de direitos humanos que fazem referência expressa à dignidade da pessoa humana, o recente compromisso com a dignidade da pessoa assumido pela União Europeia, por meio de Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (embora ainda não dotada de força vinculante) promulgada em Nice, em dezembro de 2000, cujo art. 1º declara que "A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida". Trata-se, como se vê da nota seguinte, de um texto muito semelhante àquele consagrado no art. 1º, n. 1, da Constituição Alemã de 1949.

o dever de respeitá-la e protegê-la.¹⁶ Barroso (2012) ainda relaciona inúmeras outras constituições que fazem menção expressa à dignidade humana em seu texto, a exemplo de Japão, Itália, Portugal, Espanha, África do Sul, Israel, Hungria, Suécia, ou em seu preâmbulo, como é o caso do Canadá.

No âmbito local, a dignidade da pessoa humana foi erigida a fundamento do Estado Democrático e Social de Direito pela Constituição de 1988, que assim expressamente a reconhece em seu art. 1º, inciso III. Sarlet (2013d, p. 124) adverte que o Estado brasileiro, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, "reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário."

Antes de ser incorporada como fundamento da República Federativa do Brasil pela Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana apareceu apenas timidamente em outros textos constitucionais brasileiros anteriores.¹⁷ Dizer que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro não pode ser tido apenas como recurso retórico. Ao contrário, determina que, ao lado dos demais princípios fundamentais consagrados no art. 1º da Constituição da República, tenha preeminência na implementação e interpretação das normas constitucionais por todos os seus destinatários, fazendo com que, neste último caso, todo o ordenamento jurídico nacional também seja interpretado à luz dos princípios fundamentais previstos na Constituição (MORAES, 2006, p. 139).

É indiscutível a relevância do reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, pois toda decisão que se pretenda tomar ou ação que se busque implementar, com fundamento na própria Constituição ou em norma infraconstitucional, deverá sempre passar pelo filtro axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶ Em tradução livre, o art. 1º, n. 1, da Constituição Alemã de 1949 está assim redigido: "A dignidade humana é inviolável. Deve ser respeitada e protegida por toda autoridade do Estado". Na redação original: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt." (Disponível em: <<http://www.documentarchiv.de/brd/1949/grundgesetz.html>>. Acesso em 31 mai. 2017.

¹⁷ SARLET (2013d, p. 123) aponta que "A Constituição de 1824 apenas menciona a dignidade da nação, do Imperador e de sua esposa, ao tratar da dotação que seria destinada a esses últimos. Já a Constituição de 1934, ao dispor sobre a Ordem Econômica e Social (art. 115), ditava que essa deveria ser organizada de modo a possibilitar 'a todos existência digna'. Da mesma forma, a Carta Magna de 1946, tratando da Ordem Econômica e Social (art. 145), estabelecia que 'A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna' (parágrafo único)".

3.3 Natureza jurídica da dignidade da pessoa humana

Nas linhas acima já se pôde observar que a dignidade humana, no ordenamento jurídico brasileiro, tem natureza jurídica de princípio fundamental, por assim ter sido erigido pelo próprio constituinte, no inciso III do art. 1º da Constituição da República. É preciso, porém, reforçar essa característica e as consequências daí decorrentes, bem como apontar a existência de referências doutrinárias que reconhecem na dignidade da pessoa humana uma natureza não só principiológica, mas também de regra jurídica.

Robert Alexy (2008, p. 113) destaca a necessidade de se pressupor "a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana". Segundo ele,

A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de precedência. O princípio da dignidade humana pode ser realizado em diferentes medidas. O fato de que, dadas certas condições, ele prevalecerá com grau maior de certeza sobre outros princípios não fundamenta uma natureza absoluta desse princípio, significando apenas que, sob determinadas condições, há razões jurídico-constitucionais praticamente inafastáveis para uma relação de precedência em favor da dignidade humana (ALEXY, 2008, p. 113-114).

Sarlet (2013d, p. 126) comunga do mesmo entendimento, pelo fato de que, como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana traduz-se em um mandado de otimização, determinando sua proteção na maior medida possível, conforme se apresentarem as possibilidades fáticas e jurídicas, ao mesmo tempo em que impõe ou veda determinados comportamentos, quando, então, assume natureza de regra jurídica, tal como se vê da vedação da tortura ou de qualquer outro tratamento desumano ou degradante (CR, art. 5º, III), vedação esta que não comporta ponderação em hipótese alguma.

Há que se ressaltar, contudo, que nem mesmo o princípio da dignidade humana assume caráter absoluto, podendo ceder diante de outros valores também fundamentais reconhecidos pela Constituição, tal como ocorre com a imposição de penas privativas de liberdade em nome da segurança pública (CORDEIRO, 2012, p. 91). Não há dúvida de que a restrição da liberdade de um ser humano atenta contra sua dignidade, porém se mostra necessária em dadas circunstâncias para a preservação de valores fundamentais para a coletividade.

Nada obstante, mesmo diante da restrição de sua liberdade em função da imposição de uma sanção penal, não fica o preso despido de sua dignidade, tanto que a própria Constituição impõe que se lhe respeitem sua integridade física e moral (CR, art. 5º, XLIX). Significa dizer que há um sopesamento entre a restrição de sua liberdade, por um lado, e a imposição do respeito à sua integridade física e moral, por outro, a fim de que, mesmo diante do cumprimento de uma pena, para ficar neste exemplo, não se pode desprezar a dignidade da pessoa que a cumpre.

Barroso (2012) não aponta, de modo expresse, para a existência de um dualismo em relação à dignidade da pessoa humana, que a faça assumir, ao mesmo tempo, a natureza de princípio e de regra, mas reconhece a existência de três grandes modalidades de eficácia dos princípios em geral e também da dignidade da pessoa humana em particular, quais sejam, as eficácias direta, interpretativa e negativa, sendo que a primeira delas (a direta) acaba por produzir, na prática, as mesmas consequências eficaciais das regras jurídicas.

A *eficácia direta*, segundo Barroso (2012), faz com que o princípio incida sobre a realidade tal como uma regra jurídica. Apesar de ser sua característica a vagueza, há um núcleo no princípio que permite a extração de um comando concreto. Como exemplo, pode-se citar a decisão do Supremo Tribunal Federal que, nos autos da ADC nº 12, extraiu dos princípios da moralidade e da impessoalidade administrativas a regra que veda a prática do nepotismo (BARROSO, 2012).

A *eficácia interpretativa* dos princípios constitucionais, por sua vez, "significa que os valores e fins neles abrigados condicionam o sentido e o alcance das normas jurídicas em geral" (BARROSO, 2012). A dignidade da pessoa humana, portanto, deverá sempre ser ponto de partida (e de chegada) para a ponderação de valores quando a situação concreta o exigir, a exemplo do mínimo existencial, que, dada sua íntima relação com a noção de dignidade humana, conforme será observado abaixo, sempre deverá gozar de precedência quando em conflito com outros interesses (BARROSO, 2012).

Por fim, há ainda, segundo Barroso (2012), a *eficácia negativa* dos princípios constitucionais, que impede a aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que com eles seja incompatível, tal como se deu com o reconhecimento da impossibilidade da prisão civil do depositário infiel que, dentre outros, teve na dignidade humana o fundamento do reconhecimento de sua proibição.

Sarlet (2013d, p. 125) também aponta, sob outra perspectiva, para a existência das dimensões negativa (ou defensiva) e positiva (ou prestacional) do princípio da dignidade da

pessoa humana, "que atua simultaneamente como limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, de todos e de cada um", esclarecendo que

Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, como também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a grave ameaça, sejam tais atos oriundos do Estado, sejam provenientes de atores privados. Como tarefa, a dignidade implica deveres vinculativos de tutela por parte dos órgãos estatais, com o objetivo de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhes, também por meio de medidas positivas (prestações), o devido respeito e promoção, assim como decorrem deveres fundamentais (inclusive de tutela) por parte de outras pessoas. (SARLET, 2013d, p. 125).

O reconhecimento da carga axiológica da dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais que norteiam a República Federativa do Brasil, mostra-se de suma importância para toda e qualquer interpretação que se busque fazer das próprias normas constitucionais, em particular das normas que definem os direitos fundamentais sociais, cuja implementação, portanto, deverá sempre levar em conta a natureza principiológica fundamental da dignidade humana que, como tal, determina seja ela otimizada e prevaleça sobre quaisquer outras objeções que se lhe pretenda opor.

Muito embora seja um princípio constitucional tido por fundamento da República brasileira, é preciso esclarecer que a dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental e tampouco confunde-se com qualquer deles, atuando, isto sim, como parâmetro de ponderação nos casos de colisão entre direitos fundamentais (BARROSO, 2012).

3.4 O conteúdo da dignidade da pessoa humana

Apontar o conceito de dignidade humana não é tarefa simples. Como abranger, num único conceito, os elementos que a compõem? Como traçar um parâmetro universal capaz de abarcar a concepção de dignidade humana para as mais diversas culturas? Conforme salienta Moraes (2006, p. 111), a dignidade humana é uma "expressão reconhecidamente vaga, fluida e indeterminada". O que se pretende, neste ponto, não é fixar um conceito absoluto para a dignidade humana, mas apenas trazer aportes sobre seu conteúdo que permitam a compreensão de seu significado.

Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 108-109) alerta que "o acordo sobre palavras, '*dignidade da pessoa humana*', já não esconde o grande desacordo sobre seu

conteúdo", afirmando a existência, atualmente, de duas concepções de pessoa humana que buscam fundamentar a ideia de sua dignidade: a *concepção insular*, que ainda predomina, para a qual o homem é razão e vontade (segundo alguns pensadores) ou autoconsciência (segundo outros) e, de outro lado, "a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos".

A "nota específica" dessa segunda concepção, para Azevedo (2002, p. 109), não reside na razão e na vontade (que são também atributos de animais superiores) ou na autoconsciência (da qual os chimpanzés também são dotados), mas antes, na capacidade que só o ser humano tem de "sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor, como entrega espiritual a outrem".

Enquanto na concepção insular a dignidade humana é assim tida como decorrência da autonomia individual ou da autodeterminação que os homens possuem, na concepção da nova ética é considerada uma "qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência" (AZEVEDO, 2002, p. 109). Para a primeira, a dignidade é imanente ao ser humano, individualmente considerado, havendo, assim, um dualismo entre o homem e a natureza: o homem é o sujeito e a natureza, o objeto; para a segunda, homem e natureza são incidíveis, havendo uma relação de continuidade entre uma e outro, reconhecendo-se a existência, entre os seres vivos, de um "*crescendo* de complexidade e o homem é o último elo da cadeia. A *natureza* como um todo é um *bem*. E a vida, o seu *valor*." (AZEVEDO, 2002, p. 109).

O desconhecimento do valor da natureza, inclusive da natureza no homem, é, assim, a primeira grande insuficiência da concepção insular. A segunda é, justamente, seu caráter fechado, subjetivista. Quer como razão e vontade, quer como autoconsciência, a concepção insular age com redução da *plenitudo hominis*, retirando do ser humano justamente o que ele tem de realmente específico: seu reconhecimento do próximo, com a capacidade de dialogar, e sua vocação espiritual (AZEVEDO, 2002, p. 109-110).

A concepção de que cada indivíduo é dotado de dignidade pessoal foi apresentada pela primeira vez pelo cristianismo, por dois fundamentos centrais: o primeiro, pelo fato de o homem ser o centro da criação e, assim, reinar sobre ela; o segundo, por ter recebido de Deus, que o ama, o livre-arbítrio, permitindo-lhe agir racionalmente e tomar decisões contra seus instintos naturais (MORAES, 2006, p. 113).

Para o cristianismo, porém, apesar da dignidade inerente a cada ser humano, nenhuma pessoa deve subsistir de modo isolado, devendo colocar-se a serviço dos outros, conforme aponta, de modo enfático, o Apóstolo Paulo na Carta aos Gálatas, capítulo 5,

versículos de 13 a 15, quando os exorta de que foram chamados para serem livres, mas que essa liberdade não poderia servir de subterfúgio para a satisfação de seus instintos egoístas. Ao contrário, o Apóstolo Paulo determina que cada pessoa se ponha a serviço dos outros através do amor, pois, segundo ele, "toda lei encontra sua plenitude num só mandamento: 'Ame o seu próximo como a si mesmo.'" (BÍBLIA SAGRADA, 1990, p. 1499).

Quem ama o outro como a si mesmo o considera um igual, reconhecendo, desse modo, a existência de uma universalidade dos filhos de Deus. Essa universalidade, porém, acabou por ser reduzida, mesmo entre os cristãos, apenas ao plano sobrenatural, pois o cristianismo continuou a admitir, por muitos séculos, *na face da terra*, a subjugação da mulher pelo homem, a escravidão como algo legítimo, a inferioridade dos povos colonizados em relação aos seus colonizadores (COMPARATO, 2001, p. 17), dentre tantas outras atrocidades conhecidas, a exemplo das *santas* inquisições.

No campo filosófico, merecem destaque as formulações de Immanuel Kant (2007, *passim*) para a compreensão da dignidade humana, reconhecendo esta como um *imperativo categórico*, dado o valor absoluto que o ser humano possui. O imperativo categórico, segundo Kant (2007, p. 53) não se encontra limitado por qualquer tipo de condição, traduzindo-se num mandamento absoluto, ante a sua indispensabilidade. Admitindo-se que alguma coisa exista que possua um valor absoluto e se traduza num fim em si mesmo, é nela que reside a base de um imperativo categórico (KANT, 2007, p. 67-68).

É por esta razão que a dignidade humana pode ser considerada como um imperativo categórico para Kant, pelo fato de que, enquanto as coisas têm *preço*, as pessoas têm *valor*. A dignidade humana encontra-se acima de todo preço, pois "nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade." (KANT, 2007, p. 78).

O homem, e, de maneira geral, todo ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*. Todos os objetos das inclinações têm somente um valor condicional, pois se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor. As próprias inclinações, porém, como fontes das necessidades, estão tão longe de ter um valor absoluto que as tornem desejáveis em si mesmas, que, muito pelo contrário, o desejo universal de todos os seres racionais deve ser o de se libertar totalmente delas. Portanto, o valor de todos os objectos que podemos *adquirir* pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo e por isso se

chamam *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 2007, p. 68).

A noção da dignidade humana como imperativo categórico exige que jamais se use do ser humano com um meio para alcançar-se quaisquer outras finalidades, mas seja sempre tratado como um fim em si mesmo, daí porque todas as normas que emanam da vontade dos próprios homens, devem ter a espécie humana como finalidade, orientando-se pelo valor absoluto e incondicional da dignidade humana (MORAES, 2006, p. 115). As ações estatais, por essa razão, devem ser sempre voltadas à preservação da dignidade humana, considerado como fim último da própria existência do Estado.

Ao buscar a caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana, Antonio Junqueira Azevedo (2002, p. 112) rechaça sua concepção como autonomia individual, fundada na pessoa humana isoladamente considerada, e parte para a definição de seu conteúdo sob o olhar de uma nova ética, "a ética da vida e do amor". Azevedo (2002, p. 111) salienta que "a pessoa é um bem e a dignidade, o seu valor."

Como visto, a dignidade humana, para Kant, decorre da constatação de que o ser humano é um ser racional e moral. Está diretamente ligada à realização da vida. Trata-se de um conceito abstrato que reconhece a dignidade da pessoa humana como inerente à sua condição. Não se trata de uma dignidade atrelada a conquistas pessoais, que dependa do reconhecimento social ou cultural. Ainda que outros não a reconheçam, a dignidade está presente em cada ser humano (ZILLES, 2007, p. 345).¹⁸

Não há, contudo, como falar-se em dignidade humana sem que haja uma condição objetiva pressuposta, a vida. O reconhecimento da intangibilidade da vida humana é, assim, um pressuposto para a existência da dignidade humana. Sem respeito à vida, não há dignidade. Para Azevedo (2002, p. 116), "esse pressuposto [...] é um preceito jurídico absoluto; é um *imperativo jurídico categórico*."

¹⁸ Nem sempre a dignidade humana foi reconhecida como um atributo inerente à condição humana, tendo sido atrelado, por muito tempo, às condições sociais da pessoa. Sônia Maria Schio (2016, p. 37) destaca que "para os gregos da Época Socrática, a honra (*Timé*) era almejada por cada *polítês* ("cidadão" da *polis*). Para tanto, ela dependia das ações do homem e do reconhecimento de seus pares, os outros iguais a ele. Em Cícero (Marcus Tullius Cicero - 107-51 a.C.), na Antiguidade Romana, enquanto patrício, isto é, cidadão romano, adepto e difusor da *humanitas*, ele relacionava a dignidade (por exemplo, exposta na obra *De Officiis* ["Dos Deveres"]), com a vida na *civitas* (cidade)." Há que se lembrar que, em solo nacional, a Constituição de 1924 apontava apenas para a "dignidade da nação, do Imperador e de sua esposa, ao tratar da dotação que seria destinada a estes últimos" (SARLET, 2013d, p. 123), não havendo, assim, um reconhecimento universalizado da dignidade humana a todas as pessoas.

A vida genericamente considerada consubstancia o valor de tudo que existe na natureza. Esse valor existe por si; ele independe do homem. Do primeiro ser vivo até hoje, há um fluxo vital contínuo; todo ser vivo tem sua própria centelha de vida, mas cada centelha individual surge do fogo que, desde então, queima na Terra e, nesse fogo, cada centelha se insere como parte do todo. A vida em geral fundamenta o Direito Ambiental e o Direito dos Animais. Todavia, é, sem dúvida, a vida humana, que, sob o aspecto ontológico, representa sua parte excelente. Por isso, a vida humana - globalmente e em cada uma de suas centelhas - deve merecer a maior proteção do jurista. Sob o ponto de vista que nos interessa, isto é, de cada pessoa humana, a vida é condição de existência. O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade. (AZEVEDO, 2002, p. 116).

Como consequência e decorrência lógica do respeito à vida, é preciso que sejam asseguradas condições naturais, materiais e culturais à pessoa, para que ela possa exercer, em plenitude, o seu direito à vida. As condições naturais ensejam o respeito à sua integridade física e psíquica; as condições materiais referem-se aos meios materiais mínimos para que se possa exercê-la; por fim, as condições culturais implicam no respeito e tratamento igualitário que cada ser humano merece. Muito embora esses preceitos sejam *imperativos jurídicos relativos*, são "requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade"(AZEVEDO, 2002, p. 116).

Luis Roberto Barroso (2012) destaca três elementos que considera essenciais à dignidade humana: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário. O valor intrínseco da pessoa humana se revela no imperativo categórico de Kant já analisado, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser tomado como instrumento para a realização de quaisquer objetivos. Também atrelado ao valor intrínseco da pessoa humana encontra-se o postulado antiautoritário, que se traduz na "ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário".

A dignidade, como autonomia da vontade, implica no reconhecimento de que cada ser humano tem o direito de se autodeterminar, decidindo os rumos que imporá à sua vida e desenvolvendo livremente sua personalidade, sem quaisquer ingerências externas indevidas. Apresenta-se em duas dimensões, uma *privada* e outra *pública*. Esta última traduz-se no direito de participar do processo democrático, enquanto a autonomia privada implica na possibilidade de cada pessoa fazer suas próprias escolhas, exercendo sua liberdade. Só é livre, porém, quem tem asseguradas as condições materiais para o exercício de sua liberdade, daí porque a autonomia privada pressupõe não apenas *liberdade* de escolha, mas também a

implementação da igualdade material que possibilite uma liberdade *real* para se autodeterminar (BARROSO, 2012).

Por fim, resta abordar o último conteúdo da dignidade humana apontado por Barroso, qual seja, o seu valor comunitário. Implica numa limitação ao exercício da autonomia da vontade, pois preocupa-se com a dignidade não apenas da pessoa individualmente considerada, mas como parte integrante de um grupo social. Barroso (2012) salienta que "a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade". Enquanto valor comunitário, a dignidade objetiva, segundo Barroso (2012) "a) a proteção do indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção de direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade."

Por estar diretamente relacionada à questão central do presente trabalho, é à autonomia da vontade, como elemento essencial à dignidade humana, que se dará maior destaque. Azevedo (2002, p. 119) reconhece que sem condições mínimas de vida não é possível falar-se em concretização da dignidade humana. As condições mínimas de vida (o *mínimo existencial*) integram a autonomia da vontade, pois sem aquelas, esta fica seriamente comprometida (BARROSO, 2012). De fato, quem não tem condições materiais mínimas de vida, não consegue exercer sua autonomia da vontade e, por conseguinte, vê sua dignidade violada.

[...] a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de *mínimo existencial*. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida. E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. (BARROSO, 2012).

Do imperativo jurídico categórico, que é a vida, decorre, dentre outros, um imperativo jurídico relativo que se traduz nas condições materiais mínimas para uma vida com dignidade (AZEVEDO, 2012, p. 116), condições materiais estas que, para Barroso (2012), conforme destacado, integram o próprio conceito de autonomia da vontade, pois não é possível ter uma vontade autônoma quando suas mais mezinhas necessidades não são satisfeitas.

Quando se busca um conceito de dignidade humana, torna-se oportuno destacar a lição de Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 114), quando aponta que a dignidade humana pode ser conceituada

[...] como o postulado ético que, incorporado ao ordenamento jurídico, consubstancia o princípio segundo o qual o ser humano, quer nas suas relações com seus semelhantes, quer nas suas relações com o Estado, deve ser tomado como um fim em si mesmo, e não como um meio, o que o faz dignatário de um valor absoluto, donde exsurge um regime jurídico que assume uma feição negativa e uma positiva. A primeira impõe aos demais e ao Estado o dever de respeito à sua incolumidade física, psíquica e social (entendida aqui como a liberdade para se autodeterminar e para, com os demais, participar da autodeterminação da comunidade na qual se integra). A segunda consubstancia a existência de prestações do Estado que afiancem os pressupostos materiais mínimos para a preservação da vida e a inclusão na sociedade, bem como a proteção em relações privadas, em que se saliente sua situação de vulnerabilidade (por ex., relações de trabalho, consumo etc.).

A dignidade da pessoa humana consiste no reconhecimento de que cada ser humano é único e insubstituível, sendo valorado pelo simples fato de ser humano, independentemente de quaisquer distinções relacionadas a sexo, etnia, condição social ou quaisquer outros conceitos discriminatórios, sendo-lhe assegurado o direito a condições mínimas de vida, como algo imanente à sua condição humana. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana compele o Estado à adoção das ações necessárias para proporcionar a cada pessoa o mínimo vital, sem o qual a pessoa vê ceifada sua humanidade.

É importante deixar claro que não se pretende, com isso, defender a concepção insular da dignidade humana, fundada apenas na razão e na vontade ou na autoconsciência, mas, ao contrário, compreendê-la como fundamentada na nova ética, pois não obstante cada ser humano possua um valor intrínseco, sua dignidade somente se manifesta e é respeitada, de modo pleno, nas suas relações com os outros e com a natureza. É a soma de fatores inerentes ao ser humano com outros que lhe são externos que faz com que sua dignidade seja preservada.¹⁹ É por essa razão que as condições mínimas de vida passam a ser pressupostos

¹⁹ É nesse sentido também a lição de SARLET (2013d, p. 125), quando observa que "a ideia de dignidade da pessoa humana costuma ser desdobrada em diferentes dimensões, visto que, embora a expressiva maioria dos autores e a jurisprudência sigam referindo ser a dignidade da pessoa humana algo inerente ao ser humano, tal entendimento não significa que a dignidade tenha uma dimensão exclusivamente natural. Assim, não se pode deixar de reconhecer que, para além de uma dimensão ontológica (mas não necessariamente biológica), a dignidade possui uma dimensão histórico-cultural, sendo, em certo sentido, uma noção em permanente processo de construção, fruto do trabalho de diversas gerações da humanidade, razão pela qual estas duas dimensões se complementam e interagem mutuamente. Justamente esta interação deixa ainda mais claro que o fato de considerar-se a dignidade da pessoa humana algo (também) vinculado à própria condição humana não significa ignorar sua necessária dimensão comunitária (ou social); afinal, a dignidade apenas ganha significado em função da intersubjetividade que caracteriza as relações humanas, cuidando-se, nesta

para a dignidade humana (AZEVEDO, 2002, p. 116). Em outras palavras, a dignidade humana é resultado da junção do valor intrínseco da pessoa humana, de sua autonomia da vontade e de seu valor comunitário (BARROSO, 2006).

3.5 O direito fundamental à moradia e sua relação com a dignidade humana

Assegurar o merecido respeito à dignidade humana, como visto, pressupõe não só reconhecer na pessoa humana, individualmente considerada, o seu valor, mas também valorizá-la no contexto social em que vive. De nada adiantaria reconhecer-se a dignidade humana como fundamento da República brasileira, como fez a Constituição de 1988, se as pessoas pudessem ficar à mercê da própria sorte, à míngua, não raras vezes, de condições mínimas para uma vida *com* dignidade.

Ana Paula de Barcelos (2009, p. 191) salienta que

[...] a Constituição de 1988 efetivamente ocupou-se das condições materiais de existência dos indivíduos, pressuposto de sua dignidade, dedicando-lhe considerável espaço no texto constitucional e impondo a todos os entes da Federação a responsabilidade comum de alcançar os objetivos relacionados com o tema.

Não há como afastar-se dessa conclusão. Se a dignidade da pessoa humana, como decorrência do direito à vida, pressupõe que sejam asseguradas a cada ser humano as condições materiais mínimas para que possa exercer, de forma plena, sua vida (AZEVEDO, 2002, p. 116), tendo como elementos essenciais, nas palavras de Barroso (2012), o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário, não pode o Estado fazer ouvidos moucos ao clamor social, desprezando-se o comando constitucional.

Neste passo, torna-se indispensável analisar em que medida o direito fundamental à moradia se relaciona com a dignidade da pessoa humana. Essa análise pressupõe compreender o que está incluído nas tais *condições materiais mínimas* necessárias à preservação da dignidade da pessoa humana, uma vez que sem aquelas a dignidade humana não pode ser concretizada (AZEVEDO, 2012). É certo que tais condições mínimas para uma existência digna (o *mínimo vital*), como visto, também integram a autonomia da vontade, pois aquele

perspectiva, do valor intrínseco atribuído à pessoa pela comunidade de pessoas e no correspondente reconhecimento de deveres e direitos fundamentais".

que não dispõe das mínimas condições materiais, também não dispõe de vontade autônoma. E, sendo esta um dos elementos da dignidade humana, também se vê ferido em sua dignidade.

3.5.1 O direito à moradia como componente do mínimo vital

Sem que se pretenda buscar, detalhadamente, uma digressão histórica e as bases filosóficas do conceito de mínimo vital, não seria adequado deixar de apontar as importantes contribuições de John Rawls e Michael Walzer para o desenvolvimento do tema.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 123) destaca que as obras de John Rawls e Michael Walzer trabalham com duas concepções juspolíticas que são opostas, quais sejam, o liberalismo e o comunitarismo, muito embora ambos os autores se dediquem à análise do problema teórico-filosófico da relação entre a dignidade humana e o direito a prestações materiais, ainda que partindo de pontos de vista diferentes.

John Rawls, em sua obra *Uma teoria da justiça*, discorre sobre a justiça como equidade e propõe um novo contrato social no qual os seres humanos seriam postos em uma situação original de total ignorância quanto à posição que viriam a ocupar na sociedade (o "véu da ignorância"), o que levaria cada indivíduo a concordar com a ordenação da sociedade através de um conjunto elementar de princípios, "de modo a lhes assegurar uma inviolabilidade pessoal mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua personalidade e o máximo de bem estar possível" (BARCELLOS, 2002, p. 124-125).

Não havia neste ponto, ainda, uma preocupação acentuada da parte de Rawls quanto às condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, com o que somente vem a se debruçar, de forma mais contundente, em *Liberalismo político*, quando, então, apresenta o conceito de mínimo social, no mesmo sentido em que se emprega a expressão *mínimo existencial* na atualidade (BARCELLOS, 2002, p. 126).

Não há dúvida de que, se não forem proporcionadas a todos os indivíduos as condições materiais mínimas, a decisão tomada no estado original idealizado por Rawls não seria equitativa. Isso se dá porque, para Rawls, existem dois princípios fundamentais de justiça escolhidos pelos indivíduos em sua situação de *estado original*: (i) as liberdades básicas de cada indivíduo devem ser as mais extensas possíveis, desde que compatíveis com o mesmo sistema de liberdades para os demais indivíduos; (ii) deve haver uma distribuição das desigualdades sociais entre todos os seres humanos que possa proporcionar àqueles menos

favorecidos uma maior expectativa de benefícios e que se assegure, também, uma igualdade equitativa de oportunidades a todos. A este último princípio, Rawls denomina de *princípio da diferença* (BARCELLOS, 2002, p. 126).

A posição equitativa de oportunidades é um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença mas também do primeiro princípio, o da liberdade, uma vez que a carência daquele *mínimo existencial* inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura. (BARCELLOS, 2002, p. 127)

Há que se registrar, contudo, que em *Uma teoria da Justiça*, Rawls defendia uma prioridade do princípio da liberdade sobre o princípio da diferença, muito embora já tivesse esboçado um deslocamento do *mínimo existencial* de um simples elemento do princípio da diferença para uma posição de maior destaque, ao lado do princípio geral da liberdade. Essa mudança consolida-se em *Liberalismo Político*, quando, então, passa a diferenciar o mínimo existencial do princípio da diferença, "destacando aquele como um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir o conjunto de necessidades básicas do indivíduo", diferentemente do princípio da diferença, cuja implementação continua a cargo do legislador (BARCELLOS, 202, p. 129).

Essa mudança de tratamento revela-se, na prática, muito importante, já que o autor passa a reconhecer, dentro do princípio da diferença, a existência de um conteúdo mínimo ao qual atribui *status* de direito subjetivo constitucional, conforme destaca Ana Paula de Barcellos (2002, p. 130):

O mínimo existencial, note-se, deixa de ser um fim a atingir pela atuação do legislador para transformar-se em um direito constitucionalmente assegurado, independentemente da intervenção legislativa. As prestações que representam um *plus* em relação a esse mínimo continuam no âmbito da competência do Legislativo, a quem caberá promover as políticas de justiça social que realizem de forma mais ampla a justiça distributiva.

A garantia do mínimo existencial, para Rawls, decorre da própria constituição, independentemente, assim, de intermediação legislativa, concepção esta que se coaduna com a eficácia plena das normas definidoras de direitos fundamentais já antes analisada, como decorrência da interpretação do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República e que por certo será de grande importância para a análise da exigibilidade do direito à moradia, como um direito subjetivo, junto aos poderes públicos, que será abordada no capítulo final.

Tal como Rawls, Michael Walzer busca descrever uma sociedade justa, apesar de, para tanto, adotar uma ótica diferente. Enquanto para Rawls a justiça está na equidade, para Walzer a justiça se materializa ante a ausência de subordinação ou dominação. Uma

sociedade será justa na medida em que nenhum bem social seja utilizado como instrumento de dominação (BARCELLOS, 2002, p. 132).

Walzer desenvolve em sua obra fundamental *Spheres of Justice* uma teoria da igualdade complexa. Reconhece que ao lado da dimensão individual, que é inerente à condição humana de cada pessoa, existe uma dimensão social ou coletiva, "que se forma no âmbito da comunidade política com a qual o indivíduo compartilha memórias, valores e perspectivas de futuro" (BARCELLOS, 2002, p. 132).

Enquanto para os liberais (como Rawls) há uma supervalorização da individualidade dos homens, os comunitaristas (como Walzer) entendem não ser possível compreender o homem fora do contexto social em que vive, devendo sempre levar-se em consideração que "boa parte do que o homem é decorre da comunidade na qual se insere" (BARCELLOS, 2002, p. 132-133).

Esta questão é central para a compreensão das ideias defendidas por Walzer, pois, ao contrário de Rawls, sustenta ser possível que em cada comunidade os indivíduos que a compõem possam chegar a um consenso não só quanto ao procedimento a ser adotado para a obtenção de determinado resultado - como defendido por Rawls -, mas, também, quanto aos valores materiais próprios da comunidade especificamente considerada (BARCELLOS, 2002, p. 133).

Cada bem social (e.g.: dinheiro, lazer, trabalho, poder político, educação etc.) deverá ser distribuído de acordo com as concepções de bem-estar social compartilhadas na comunidade e o sentido, também comum, atribuído a cada um desses bens. Na exposição de sua ideia, o autor vai selecionar um conjunto de bens sociais e transformar cada um deles em uma "esfera" autônoma. Cada esfera é dotada de um critério de distribuição, isto é, de um parâmetro que franqueia o acesso àquele bem; este parâmetro deve estar em harmonia com o sentido social que a comunidade atribui ao bem associado. (BARCELLOS, 2002, p. 133-134).

Walzer foi criticado pelo relativismo de suas ideias, ao argumento de que sua teoria poderia abrigar regimes violadores dos direitos fundamentais do homem, desde que esses regimes estivessem conformes aos valores compartilhados pela sociedade local. Assim, à guisa de ilustração, se em determinada comunidade se entendesse como um valor comum a possibilidade de prática de violência contra as mulheres ou mesmo o desamparo aos necessitados, nada impediria que tais práticas fossem adotadas (BARCELLOS, 2002, p. 136).

Em resposta a essas críticas, Walzer escreveu, em 1994, a obra *Thick and thin: moral argument at home and abroad*, na qual identifica duas camadas valorativas, que denomina de *moralidades*. A primeira, uma moralidade mínima, diretamente relacionada ao que há de

universal no indivíduo, a sua humanidade. A segunda camada é a moralidade máxima (ou plena), decorrência da vida em comunidade, reconhecendo Walzer que o modelo de justiça distributiva por ele proposto em *Spheres of Justice* relacionava-se à moralidade máxima (BARCELLOS, 2002, p. 137).

Sem estabelecer, de modo sistematizado, o que compreende como moralidade mínima, Walzer "acaba por identificá-la como um conjunto de direitos básicos do homem, dentre os quais estariam as condições materiais elementares que possibilitam aos indivíduos participar efetivamente da comunidade", funcionando, assim, como um limite ao poder deliberativo da comunidade (BARCELLOS, 2002, p. 138), cujos valores, portanto, não podem afastar ou eliminar aquele conjunto de direitos básicos.

A conclusão a que se pode chegar da exposição é que tanto Rawls como Walzer, nada obstante partirem de pontos distintos, percorrerem caminhos diferentes e alcançarem destinos variados, acabam, de alguma forma, em algum ponto do trajeto, reconhecendo a necessidade da garantia do mínimo existencial como pressuposto lógico de suas construções teóricas. Em suma: assegurar o mínimo existencial é indispensável seja qual for a forma de organização social que se pretenda implementar.

Assim é que, para Rawls, sem o mínimo social (a situação equitativa de oportunidades), não há a fruição efetiva dos direitos da liberdade, bem como se inviabiliza *ab initio* qualquer justiça distributiva. O mínimo existencial social, portanto, constitui uma verdadeira condição de liberdade. Para Walzer, diferentemente, a garantia do mínimo existencial, além de um valor das sociedades liberais ocidentais, é também uma imposição da moralidade mínima, vale dizer: da própria natureza humana, aspecto universal do indivíduo, funcionando como pressuposto básico de sua participação democrática em qualquer comunidade. (BARCELLOS, 2002, p. 139).

Sintetizando o pensamento de Rawls e Walzer, é lícito concluir que por mais diversas que sejam as posições sobre o modelo de sociedade a ser implementado, não há como olvidar a existência de um núcleo mínimo de direitos intangíveis cuja implementação decorre diretamente do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, independentemente, assim, de intermediação legislativa para que alcancem eficácia jurídica e social.

A ideia do mínimo vital aponta que a opção de forma de organização socioeconômica pode variar, mas, qualquer que seja a opção esposada, deve ela estar comprometida, em primeiro lugar, com a preservação da dignidade material de todas as pessoas. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 71).

No plano normativo internacional, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, reconheceu, em seu art. 22, o direito a toda pessoa, como parte da sociedade, à segurança social e à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais que sejam "indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade".

Não há como negar a importância do reconhecimento, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da correlação entre dignidade humana e gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, por apontar para a existência de um núcleo de tais direitos que são indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade de cada ser humano. Nas palavras de Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 55), a Declaração de 1948 foi um marco histórico muito importante, porque consolidou "a noção de direitos sociais como direitos intrínsecos à natureza humana, apontados portanto, como de observância necessária por todos os Estados do mundo."

Em 1966, a Organização das Nações Unidas aprovou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁰, que declarou, em seu art. 11, que toda pessoa tem direito "a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida."

Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 56) reconhece em tal previsão um aceno claro do Pacto para a ideia de um *mínimo vital*, com o conseqüente reconhecimento de que "o respeito aos direitos humanos implica uma perspectiva multidimensional de proteção da dignidade humana em que cada direito declarado e protegido pressupõe a existência e o respeito aos demais".

No plano dogmático, a primeira elaboração acerca da existência de um mínimo existencial como um direito e uma garantia fundamental encontra origem na Alemanha. Otto Bachof, na doutrina do Pós-guerra, foi quem primeiro sustentou a possibilidade de se extrair do princípio da dignidade humana, reconhecido pelo art. 1º, inciso I, da Lei Fundamental Alemã, um direito subjetivo ao mínimo existencial, vale dizer, a um conjunto de recursos mínimos indispensáveis a uma vida digna, recursos estes que, se suprimidos ou sonegados à pessoa, levaria ao sacrifício de sua dignidade (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 18-19).

A jurisprudência alemã também foi pioneira no reconhecimento do mínimo existencial como um direito fundamental inerente à dignidade da pessoa humana. O Tribunal Federal Administrativo e, posteriormente (cerca de duas décadas depois) o Tribunal Constitucional Federal também reconheceram a existência de um direito fundamental às condições materiais mínimas para uma vida com dignidade (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 19).

²⁰ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi promulgado, no Brasil, através do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, que em seu art. 1º determinou que seja ele "executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém".

Há aqui que se abrir um parêntese para as nomenclaturas que vêm sendo utilizadas ao longo do presente trabalho - *mínimo existencial* e *mínimo vital* - para que se possa ter um acordo semântico. Sarlet e Figueiredo (2008, p. 22) defendem que o mínimo existencial não pode ser confundido com o "mínimo vital ou mínimo de sobrevivência", por entenderem que estes últimos estão relacionados "com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade", o que somente estaria abrangido no conteúdo de mínimo existencial.

Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 70) aponta para um sentido de mínimo vital diverso daquele defendido por Sarlet e Figueiredo, havendo, assim, uma identidade conceitual entre o *mínimo existencial* e o *mínimo vital*, quando tomado este no sentido atribuído por Vidal Serrano:

Pensando-se no ser humano como único dotado de valor absoluto, não-relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal.

É nítido, no pensamento de Vidal Serrano, que o conteúdo do *mínimo vital* não se restringe à simples preservação da vida, havendo clara preocupação de garantir, a cada ser humano, a partir desse conceito, as condições materiais indispensáveis a uma vida com dignidade, daí porque, ao longo deste trabalho, ambas as expressões (mínimo existencial e mínimo vital) são utilizadas como sinônimas.

Feitas estas observações, é mister destacar que a Constituição brasileira não assegura, de modo expreso, o direito fundamental ao mínimo vital, até porque isso se mostra dispensável, uma vez que o mínimo vital, como direito fundamental, é decorrência da dignidade da pessoa humana que, como visto, constitui-se em fundamento da República brasileira (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 24).

De qualquer modo, a própria Constituição da 1988, para além do art. 1º, inciso III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira, destacou uma série de outros dispositivos constitucionais que revelam sua opção por considerar a existência de um "*standard* social mínimo incondicional"²¹ que deve ser assegurado a toda pessoa humana: o art. 1º, inciso II, que também eleva a cidadania a fundamento do Estado brasileiro; o art. 3º, inciso III, que aponta para a obrigação da República Federativa do Brasil "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

²¹ A expressão, para que não haja dúvidas, é de autoria de Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 71).

desigualdades sociais e regionais"; o art. 170, que destaca como objetivo da ordem econômica "assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social", aqui destacados apenas à guisa de ilustração (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 71).

Oportuno destacar a conclusão a que chegou Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 71), ao analisar essas previsões constitucionais:

Diante de normas como estas, ou se nega juridicidade a dispositivos constantes de nossa Lei Maior ou se admite que o Estado brasileiro, não importa qual o momento e qual a orientação de governo, está orientado à realização do mínimo vital para todos os seus cidadãos.

A constatação irrefutável de que o Estado brasileiro encontra-se comprometido com a realização do mínimo vital para todos os seus cidadãos implica que se dê um passo adiante, qual seja, analisar o conteúdo do mínimo vital.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 197-198) define o mínimo existencial como

[...] o conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna, existência aí considerada não apenas como experiência física - a sobrevivência e a manutenção do corpo - mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.

Importante observar que muito embora o mínimo existencial tenha sido identificado como sendo o "núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade", não se deve confundir ou pretender resumir os direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 25-26).

Não há, assim, como estabelecer de modo antecipado e abstrato um rol taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que significa dizer que o conteúdo do mínimo existencial pressupõe que se analise, concretamente, quais são as necessidades de cada pessoa e de seu núcleo familiar, para que se possa definir, em cada situação, qual é, de fato, o mínimo existencial (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 26).

Nada obstante e considerando os limites daquilo que interessa à presente pesquisa, não há como negar que o direito a uma moradia digna faça parte, sem dúvidas, dos requisitos materiais mínimos de que uma pessoa necessita para conduzir sua vida com dignidade.

Esta é, ademais, a lição de Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 135), quando sentencia que "é impensável que um ser humano possa ser considerado como tendo sua dignidade respeitada sem o direito a um abrigo, tomado não só como fator de proteção, mas também como de projeção de privacidade sua e de sua família".

Essa constatação é de grande relevância quando se observa a forma lacônica como o direito fundamental à moradia foi inserido no art. 6º da Constituição de 1988, sendo sua inserção como conteúdo do mínimo vital de fundamental importância para a análise de sua exigibilidade perante o Estado, através do Poder Judiciário.

A correlação entre o direito fundamental à moradia e o conceito de mínimo vital decorre da importância que esse direito exerce para a pessoa humana. Como visto, há uma intrínseca relação entre o direito à moradia com outros importantes direitos fundamentais, a exemplo do direito à saúde (e, por que não, do direito à própria vida, já que a preservação da saúde é indispensável à preservação daquela).

Já se analisou, outrossim, a importância de uma moradia digna não só para a preservação da integridade física, mental, da privacidade da pessoa e de sua saúde, mas também para que possa exercer outros direitos fundamentais, a exemplo do trabalho e da educação, para limitar-se a dois dos mais relevantes. Com efeito, como conseguir uma ocupação digna sem que se tenha um endereço? Aliás, como seria possível exercer um trabalho produtivo sem um local onde a pessoa possa recuperar suas energias com uma boa noite de sono? Como desenvolver-se nos estudos se fora do ambiente escolar a pessoa (crianças e adolescentes, notadamente) não têm onde pôr em prática as lições aprendidas?

Não há dúvida de que o direito fundamental a uma moradia digna encontra-se estreitamente relacionado ao conceito de mínimo vital, sendo parte integrante de seu conteúdo, uma vez que é indiscutível a situação de extrema vulnerabilidade em que se encontra a pessoa humana quando sequer dispõe de um abrigo que lhe dê privacidade, que preserve sua vida e sua saúde e que lhe permita exercer, de forma adequada, outros direitos fundamentais. E dada a correlação entre o mínimo vital e a dignidade da pessoa humana, a única conclusão sensata a que se pode chegar é que dispor de uma moradia digna é condição inarredável para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

4 - O DIREITO À MORADIA: UM DIÁLOGO ENTRE NORMA E REALIDADE

4.1 Introdução

Abordar a moradia como um direito fundamental e esboçar o seu conceito, analisar a eficácia da norma constitucional que a incluiu, de modo expresso, no rol dos direitos fundamentais, definir os padrões pelos quais uma moradia é considerada adequada à ocupação humana, sem descer à análise dos dados estatísticos sobre a realidade habitacional brasileira, implicaria, sem dúvida, na manifesta incompletude do presente trabalho, por ausência, justamente, das informações necessárias à constatação da efetividade (*ou ausência de efetividade*) desse direito fundamental.

Como visto no Capítulo I, o direito à moradia foi reconhecido expressamente como um direito fundamental, pela Constituição da República, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, muito embora já pudesse ser considerado como um direito fundamental implícito no próprio texto original da Constituição, quando analisada sistematicamente.

Observou-se, outrossim, no Capítulo II, que o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, confere autossuficiência a todas as normas definidoras de direitos fundamentais, tornando-as normas de eficácia plena e cujos direitos nelas conferidos são prontamente fruíveis ou oponíveis ao Estado, conforme o caso, já que, em relação a estas, a ausência de normatividade não lhes pode retirar a plena eficácia.

No Capítulo III, por sua vez, restou clara a correlação direta entre o direito fundamental à moradia e a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República brasileira, por integrar - a moradia - o conceito de mínimo vital, consubstanciando-se, assim, em uma condição indispensável para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nada obstante todas essas constatações, passados mais de dezessete anos da inclusão expressa do direito à moradia no rol dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição brasileira e a despeito da eficácia (jurídica) plena da norma constitucional que a consagra, bem como de sua estreita correlação com a dignidade da pessoa humana, a efetividade (*ou eficácia social*) da norma que reconhece o direito à moradia como um direito fundamental

ainda está longe de ser alcançada, ante o vultoso déficit habitacional ainda existente em todo o território nacional. Analisar tal déficit é de fundamental importância para que se possa estabelecer um diálogo entre a norma definidora do direito à moradia e a realidade desse direito, no que toca à sua efetividade, em território nacional.

4.2 O déficit habitacional brasileiro

Os mais recentes dados disponíveis sobre o déficit habitacional brasileiro encontram-se encartados no estudo *Déficit habitacional no Brasil 2013-2014*, elaborado pelo Centro de Estatísticas e Informações da Fundação João Pinheiro (2016).

O relatório elaborado pela Fundação João Pinheiro não analisa apenas o déficit habitacional no país, mas também a inadequação de domicílios, compreendendo-se por déficit habitacional a "necessidade de construção de novas moradias para atender à demanda habitacional da população em dado momento", ao passo que a inadequação de domicílios "não está relacionada ao dimensionamento do estoque de moradias, mas sim às especificidades dos domicílios que prejudicam a qualidade de vida de seus moradores" (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 11).

Não há dúvida de que tanto a ausência de domicílios disponíveis para abrigar a população como a inadequação dos domicílios representam grave violação ao direito fundamental à moradia, porque, como visto, a moradia não se resume a ter um teto para abrigar-se. Conforme definido pela ONU (2015), a "habitação adequada deve providenciar mais do que quatro paredes e um telhado".

O estudo também destaca a diversidade da demanda habitacional nos variados seguimentos sociais, fator este que é levado em consideração quando da análise dos dados, haja vista que "em uma sociedade profundamente hierarquizada e extremamente desigual como a brasileira, não se devem padronizar as necessidades de moradia para todos os estratos de renda". (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 13).

A opção por essa conceituação, porém, não é isenta de riscos. Ela abre o flanco para críticas doutrinárias de que, quando se privilegia a atual estrutura social perversa como base de cálculo, se legitima o *status quo* ou se propõe indiretamente uma cidadania social de segundo nível para as populações pobres. Entretanto, para atuar positivamente em determinada estrutura social é necessário primeiro evitar camuflá-la, como ocorre quando construímos

índices padronizados profundamente alijados da realidade. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 14).

A observação tem razão de ser, pois objetivar a análise do déficit habitacional ou mesmo da inadequação de domicílios a partir de padrões elevados de renda, por certo levaria à distorção da realidade e, mais do que isso, ao invés de colaborar para a busca de meios para a efetividade do direito à moradia, implicaria na constatação de sua inviabilidade material, porquanto é fato que o Estado não tem conseguido suprir as necessidades habitacionais da população brasileira nem mesmo diante de padrões modestos de projetos habitacionais. O que dizer, então, se se pretendesse uma padronização a partir dos modelos de habitação das camadas mais abastadas da população.

É preciso, neste ponto, que se dê um passo de cada vez. A redução e quiçá a eliminação do déficit habitacional e da inadequação de domicílios deve iniciar a partir da disponibilização de moradias que atendam aos padrões mínimos para a habitabilidade humana, destacados no Capítulo I deste trabalho, traduzindo-se em verdadeira utopia, ante a atual realidade econômica brasileira, objetivar qualquer plano habitacional, no âmbito governamental, que implique em moradias consideradas como de *alto padrão*.

Por outro lado, há que se observar, também, que a questão habitacional não diz respeito exclusivamente à construção de novas moradias ou mesmo à readequação daquelas já existentes e que se apresentam em situação precária. A inadequação de um domicílio, por vezes, relaciona-se à falta de estrutura oferecida pelo poder público no que se refere aos serviços públicos essenciais. A questão habitacional, portanto, deve sempre ser analisada de forma contextualizada com outras políticas urbanas, tais como transporte, energia elétrica, saneamento básico, abastecimento de água etc. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 15).

Desse modo, o enfrentamento do problema habitacional não se efetiva, exclusivamente, através da construção de novas casas, mas, não raras vezes, através da implementação de outras políticas que são complementares e recorrentes às políticas habitacionais (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 15).

No conceito de déficit habitacional encontram-se incluídas as habitações que, por sua precariedade, não têm condições de ser habitadas, seja devido à forma como encontram-se erigidas, seja pelo próprio desgaste da estrutura física em razão da ação do tempo, assim como a necessidade de se incrementar o estoque de moradias, ante a ocorrência de coabitação forçada, isto é, de famílias que coabitam um mesmo imóvel mas que pretendem constituir um domicílio unifamiliar, dos moradores cujos rendimentos lhes dificulta o pagamento de aluguel

e dos que residem em casas e apartamentos alugados com uma densidade muito grande de moradores (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 18).

O ônus excessivo com aluguel urbano é caracterizado pelo dispêndio de mais de trinta por cento da renda mensal com o pagamento de aluguel, para famílias com renda de até três salários mínimos, ao passo que o adensamento excessivo de moradores em domicílios alugados, que também compõe o déficit habitacional, é caracterizado pelo número médio de moradores superior a três por dormitório disponível. Importante ressaltar que o adensamento excessivo de moradores em imóvel próprio compõe o índice de inadequação de domicílios, e não o do déficit de domicílios (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 21-22).

Um domicílio é considerado inadequado quando não apresenta as condições mínimas desejáveis para a habitação humana, sem que isso se traduza na necessidade de construção de novas unidades habitacionais. Os dados sobre a inadequação de domicílios que serão apresentados adiante são relativos apenas à área urbana, dada a dificuldade que surgiria para a constatação da inadequação de domicílios na área rural, já que os domicílios ali localizados apresentam formas diversificadas de adequação (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 23).

Como inadequados são classificados os domicílios com carência de infraestrutura, adensamento excessivo de moradores em domicílios próprios, problemas de natureza fundiária, cobertura inadequada, ausência de unidade sanitária domiciliar exclusiva ou em alto grau de depreciação (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 23)²²

Segundo os dados apontados pela Fundação João Pinheiro (2016, p. 29), o país apresentava um déficit habitacional estimado correspondente a 5,846 milhões de domicílios no ano de 2013, sendo que 85,7% dessa carência encontrava-se situada nas áreas urbanas. Quando comparado ao estoque total de domicílios disponíveis no país, constata-se a existência de um déficit habitacional de 9,0% em 2013. Já em 2014 havia déficit habitacional da ordem de 6,068 milhões de unidades o que, muito embora tenha representado um aumento

²² De acordo com o estudo da Fundação João Pinheiro (2016, p. 23-24), "São considerados domicílios carentes de infraestrutura todos os que não dispõem de ao menos um dos seguintes serviços básicos: iluminação elétrica, rede geral de abastecimento de água com canalização interna, rede geral de esgotamento sanitário ou fossa séptica e coleta de lixo. O adensamento excessivo considera apenas os domicílios (casas e apartamentos) próprios. Os alugados são incorporados aos cálculos do déficit habitacional. Caracteriza situação em que o número médio de moradores no domicílio é superior a três por dormitório. [...] A inadequação fundiária refere-se aos casos em que pelo menos um dos moradores do domicílio tem a propriedade da moradia, mas não, total ou parcialmente, a do terreno ou da fração ideal de terreno (no caso de apartamento) onde ela se localiza. [...] Sob cobertura inadequada estão incluídos todos os domicílios que, embora possuam paredes de alvenaria ou madeira aparelhada, têm telhado de madeira aproveitada, zinco, lata ou palha. A inexistência de unidade sanitária domiciliar exclusiva define o domicílio que não dispõe de banheiro ou sanitário de uso exclusivo. Isso tanto ocorre nos cortiços tradicionais (em trajetória de extinção ou de transformação) como em terrenos com dois ou mais domicílios ocupados por famílias pobres ligadas por parentesco ou fortes laços afetivos."

numérico na carência de domicílios, em termos percentuais o índice manteve-se estável (9,0%), quando comparado ao estoque de domicílios particulares permanentes e improvisados do país. Há que se registrar que o percentual do déficit habitacional urbano em 2014 sofreu aumento de 1,9% se comparado aos dados do ano anterior, atingindo 87,6% do total.

O déficit habitacional atinge majoritariamente as famílias de baixa renda. No âmbito nacional, 83,4% do déficit refere-se a famílias com renda mensal de até 3 salários mínimos em 2013, e 83,9%, na mesma faixa de renda, no ano de 2014. Entre as famílias com renda mensal de mais de 3 até 5 salários mínimos, o déficit, em 2013, correspondia a de 9,9% do total, caindo para 9,7% em 2014. Nas famílias com renda familiar mensal de mais de 5 até 10 salários mínimos, o déficit habitacional representava 5,2% do total em 2013 e 5% em 2014. Por fim, famílias com renda familiar superior a 10 salários mínimos compunham apenas 1,5% do total do déficit habitacional do país em 2013 e 1,4% em 2014 (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 36).

Dado curioso e que merece destaque é a relação entre o déficit habitacional e o número de domicílios vagos no país.

A aparente contradição entre um déficit de moradias ao lado de um enorme número de imóveis vagos é sempre uma fonte de questionamento. É apontada também a impossibilidade de se obterem maiores detalhamentos sobre as condições, a localização, a situação de propriedade e o padrão da construção desse estoque de moradias. Pode-se obter, apenas, a distinção entre imóveis em construção ou reforma, em condições de serem ocupados e em ruínas. Uma caracterização maior é de vital importância tanto para o delineamento do perfil desses domicílios quanto para a identificação da parcela que mais provavelmente poderia ser direcionada a suprir parte das carências de habitação da população. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 39).²³

O que se nota é a inexistência de estudos mais detalhados direcionados justamente à obtenção de informações sobre as unidades habitacionais vagas no país, que possibilitassem o suprimento, ainda que parcial, da carência de moradias. Os dados chegam a ser assustadores, já que o número de imóveis vagos supera - e muito -, em termos absolutos, o número de domicílios que compõem o déficit habitacional.

Enquanto no ano de 2013 foi constatado um déficit habitacional de 5,846 milhões de domicílios, havia, naquele mesmo ano, 7,230 milhões de imóveis vagos, sendo 79% situados

²³ Insta esclarecer que por imóvel vago entende-se aquele que estava desocupado na data em que realizada a pesquisa, diversamente das unidades fechadas, que se referem àquelas unidades que, mesmo estando ocupadas, não foram encontrados os moradores para a realização da pesquisa. Em relação às unidades vagas, não existem dados mais detalhados, sendo possível identificar apenas suas características e condições de habitabilidade, dividindo-se em de uso ocasional, em reforma, em construção ou em ruínas. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 39).

nas áreas urbanas e 21% em áreas rurais, dos quais 6,249 milhões em condições de serem habitados (os restantes 981 mil estavam em construção ou reforma). Em 2014, por sua vez, o déficit habitacional de 6,068 milhões de unidades contrapõe-se à existência de 7,241 milhões de unidades vagas, mantendo-se o percentual de 79% localizados em áreas urbanas e 21% em áreas rurais. Desse total, 6,354 milhões de unidades estão em condições de serem ocupadas e outras 886 mil apresentam-se em construção ou reforma (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 39).

Para se ter uma ideia mais clara dessa contradição, na região Sudeste, que em 2014 apresentava o maior déficit habitacional do país, com 2.425.679 unidades (o que corresponde a 40% do total do déficit nacional), existiam, naquele mesmo ano, 2.902.589 unidades habitacionais vagas. Em São Paulo, que em números absolutos era o Estado com maior déficit habitacional em 2014, com carência de 1.327.408 de domicílios, havia, também em 2014, 1.240.439 domicílios vagos (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 31 e 40).

O que se percebe desses dados é que, quando analisada a região Sudeste como um todo, obtém-se um saldo de 476.910 domicílios vagos e em condição de serem ocupados, em comparação com os números do déficit habitacional da região. Não haveria, assim, em verdade, um *déficit* habitacional. O problema, porém, é justamente a falta de informações detalhadas sobre os domicílios que estejam em condição de serem ocupados.

Domicílios em condições de serem ocupados ou em reforma constituem o estoque do mercado, uma vez que representam as unidades prontas e aquelas com potencial para serem habitadas no futuro próximo. Seria essencial poder identificar a que público as unidades vagas estão direcionadas, uma vez que o déficit habitacional atinge com maior intensidade as famílias de renda mais baixa. Especula-se que muitas dessas moradias não sejam adequadas ao perfil do consumidor que realmente precisa ser atendido. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 41).

Essa questão não pode ficar apenas no âmbito da especulação. É premente a realização de estudos que possam permitir o confronto de informações de modo a que se possa constatar, com clareza, quais são os verdadeiros números do déficit habitacional brasileiro e a carência que pode ser suprida com o estoque de domicílios em condições de serem ocupados prontamente, evitando-se, assim, as graves violações aos direitos fundamentais de milhares de famílias em decorrência da falta de acesso a uma habitação adequada.

Para os fins da presente pesquisa, porém, trabalha-se com os dados disponíveis, que ainda apontam para carência de moradias no país. Quando se fala em carência de moradias, faz-se referência justamente àquelas pessoas e famílias que não têm acesso a uma habitação

adequada, independentemente da existência, ou não, de domicílios vagos que possam ser ocupados por tais pessoas/famílias.

Dentre os componentes que integram o índice do déficit habitacional brasileiro, o ônus excessivo com aluguel passou a ser, desde 2011, o de maior peso, atingindo 2,926 milhões de famílias urbanas no país, o que representa 48,2% do total do déficit (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 43). Ou seja: grande parte do déficit habitacional brasileiro não está relacionado à carência de unidades habitacionais ou à inadequação do imóvel para a ocupação humana, mas ao excessivo dispêndio da renda mensal familiar para o pagamento de aluguel.

A coabitação familiar aparecia em segundo lugar, no ano de 2014, com 1,911 milhão de ocorrências, seguida das habitações precárias (863 mil, das quais 507 mil situadas nas zonas rurais). Em relação aos demais componentes do índice, o adensamento excessivo de domicílios alugados é o que apresenta menor incidência, com 366 mil domicílios em todos o país, ou 6,03% do total (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 42-43).

A análise desses dados se mostra de grande importância, haja vista que o enfrentamento do déficit habitacional brasileiro não passa, necessariamente, pela construção de novas moradias, principalmente quando se leva em conta o fato de que quase metade do déficit habitacional se dá em razão do ônus excessivo com aluguel. Esse dado, somado à constatação de que o número de domicílios vagos supera o déficit habitacional, permite especular que, talvez, as políticas públicas na área de habitação, marcadas pela construção de novas unidades habitacionais, não estejam sendo devidamente encaminhadas, comprovação esta que somente seria possível mediante um estudo detalhado das características dos imóveis vagos no país, dados estes não disponíveis no momento.

No que se refere à inadequação de domicílios, os dados a seguir apresentados referem-se exclusivamente à área urbana e são considerados apenas os domicílios duráveis urbanos, assim compreendidos aqueles que, situados na área urbana, não integram os números do déficit habitacional. Outra ressalva importante é que um mesmo domicílio pode ser considerado como inadequado por mais de um critério, motivo pelo qual os números da inadequação de domicílios não podem ser somados, sob pena de dupla contagem (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 58).

Conforme destacado no estudo divulgado pela Fundação João Pinheiro (2016, p. 58), "os domicílios são classificados como inadequados segundo os critérios de inadequação fundiária, carência de infraestrutura, ausência de banheiro de uso exclusivo, cobertura inadequada e adensamento excessivo dos domicílios próprios."

Desses componentes, a carência de infraestrutura²⁴ é que mais se destaca, atingindo 11,275 milhões de domicílios em 2014, o que corresponde a 19,5% dos domicílios particulares permanentes no país, seguido pela inadequação fundiária, caracterizada por imóveis em terrenos não legalizados, situação esta que afeta 1,888 milhão de unidades (3,3% dos domicílios particulares permanentes urbanos do país), também em 2014. Em terceiro lugar, aparece o adensamento excessivo em domicílios próprios, que atinge 958 mil domicílios (1,7%), seguido pela existência de cobertura inadequada, carência esta enfrentada por 938 mil domicílios (1,6%). Por último aparece a ausência de banheiro exclusivo, que afeta 236 mil domicílios particulares permanentes no país, o que corresponde a 0,4% do total (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 58-60).

Percebe-se, claramente, que o grande responsável pela maior parte dos números da inadequação de domicílios é o próprio Poder Público, uma vez que a esmagadora maioria dos domicílios considerados inadequados o são em razão da carência de infraestrutura relacionada a serviços básicos que deveriam ser disponibilizados pelo Estado, quais sejam, iluminação elétrica, abastecimento de água com canalização interna, disponibilização de rede de esgoto ou fossa séptica e coleta regular de lixo ao menos duas vezes por semana (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 80).

Diante dessa realidade, que aponta para a ainda exorbitante falta de efetividade da norma que inseriu o direito fundamental à moradia no rol expresso dos direitos fundamentais sociais, ausência de efetividade esta manifesta nos números do déficit habitacional e inadequação de domicílios acima apontados, bem como tendo-se em vista a defendida eficácia plena das normas definidoras de direitos fundamentais e a correlação do direito fundamental à moradia com a dignidade da pessoa humana, seria possível concluir, de imediato, pela possibilidade de se exigir do Estado a implementação do direito à moradia pela via judiciária?

A resposta a essa indagação não pode ser dada de modo simplista. Três ordens de questões merecem análise, antes de se chegar a qualquer conclusão. A primeira diz respeito a um dos fatores contingentes no que toca à realização dos direitos fundamentais a prestações, qual seja, a chamada *reserva do possível*. A segunda, relaciona-se à separação dos poderes, de modo que é necessário analisar a viabilidade de o Judiciário determinar ações ao Executivo para a efetivação do direito à moradia. Por último, impende seja analisada a forma como o direito fundamental à moradia encontra-se positivado no texto constitucional.

²⁴ De acordo com o estudo da Fundação João Pinheiro (2016, p. 80), a carência de infraestrutura urbana é caracterizada pela ausência de quatro serviços básicos: "iluminação elétrica, abastecimento de água com canalização interna, rede geral de esgotamento sanitário ou fossa séptica e coleta de lixo regular pelo menos duas vezes por semana."

4.3 Reserva do possível: obstáculo à efetivação do direito à moradia?

O direito fundamental à moradia é, como visto, essencialmente um direito a prestação. Não se materializa mediante uma abstenção estatal mas, ao contrário, pressupõe, como todos os demais direitos sociais a prestações, um *agir* do Estado objetivando sua realização, o que implica, por conseguinte, na alocação de recursos públicos objetivando assegurar esse direito a quem dele não dispõe e não tem recursos financeiros para suprir tal necessidade por conta própria.

Sabe-se, por outro lado, que enquanto as necessidades dos administrados são infinitas, os recursos estatais não o são. Desse modo, toda vez que se pretende a implementação judicial de algum direito social a prestações (a exemplo de saúde, educação e moradia), de imediato se depara com a invocação, pelo Estado, do *princípio da reserva do possível* como um óbice intransponível à efetivação desses direitos. Mas seria, realmente, a reserva do possível um argumento capaz de impedir a efetivação do direito fundamental à moradia e de sua exigibilidade em face do Estado? A resposta a essa pergunta depende, em primeiro lugar, da compreensão do que se entende por reserva do possível e qual o contexto de seu surgimento.

A origem da chamada *reserva do possível* remonta à Alemanha, de modo especial a partir do início da década de 1970, quando o Tribunal Constitucional Alemão, decidindo um caso que versava sobre o direito de acesso ao ensino superior, manifestou-se no sentido de que a implementação dos direitos sociais a prestações não poderia escapar às limitações impostas pela capacidade financeira do Estado, firmando entendimento de que "a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade" (SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 29).

O caso originário da teoria da reserva do possível relaciona-se à limitação de vagas estabelecida pelas Universidades de Hamburgo e da Baviera, nos anos de 1969 e 1970. A Universidade de Hamburgo definiu que as vagas para os cursos universitários seriam distribuídas segundo dois critérios: 60% das vagas conforme o currículo do candidato e os 40% restantes de acordo com o ano de nascimento, admitindo-se a reserva de vagas para situações excepcionais, sem que tivesse limitado o número de vagas total (SCAFF, 2008, p. 170).

A Universidade da Baviera, por sua vez (que foi ponto central do problema), limitou o número de vagas para determinadas áreas do conhecimento, se isso se mostrasse

estritamente necessário para que o curso fosse mantido de forma regular, ante a limitada capacidade das instalações da Universidade para suprir toda a demanda por vagas (SCAFF, 2008, p. 170).

Tendo havido a limitação de vagas para o ensino superior público de medicina, dois cidadãos alemães, que pretendiam o ingresso imediato no curso, insurgiram-se contra a limitação imposta pelas universidades, ao argumento de que tal decisão implicava em violação ao direito de livre escolha do exercício da profissão, tendo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha redimensionado a questão, ao decidir que "alguma limitação de acesso poderia existir, com base nas restrições orçamentárias, sempre que a realização dos direitos sociais viesse a extravasar o campo do mínimo vital" (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 173-174).

O limite, traduzido pela reserva do possível, tem, mesmo em sua origem, o declinado caráter contingente, só sendo aplicável diante de certas condições: primeira, a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.); segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda.

O que se pode demarcar de tal orientação jurisprudencial é que a teoria da reserva do possível não foi concebida para mitigar obrigações mínimas do Estado para com obrigações sociais essenciais, que, caudatárias da dignidade humana, não encontram possibilidade de restrição válida. (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175-176).

Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 30) aponta para a existência de, ao menos, uma tríplice dimensão da reserva do possível, abrangendo "a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a implementação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos", intimamente relacionada à distribuição de receitas e competências em matérias tributárias, orçamentárias, legislativas etc.; c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação reclamada pelo eventual titular de um direito a prestações sociais.

Significa dizer que a reserva do possível, diversamente do que sugere o senso comum, não se restringe única e exclusivamente à existência *fática* de recursos materiais capazes de acudir às necessidades de realização dos direitos fundamentais, mas também à existência de disponibilidade *jurídica* desses recursos, o que envolve todas as esferas da administração pública, mas, de modo mais acentuado, as questões de natureza orçamentária, relacionadas à alocação dos recursos públicos nas diversas dotações previstas na lei de orçamentos. Some-se a isso o fato de que, ainda que existam recursos fáticos e jurídicos disponíveis, há que se submeter a pretensão à análise da proporcionalidade e razoabilidade, o que significa dizer que somente a transposição dessa tríplice dimensão faria com que a

pretensão deduzida passasse pelo crivo da reserva do possível e, portanto, se tornasse realizável.

É incorreto, por essa razão, afirmar que a reserva do possível integre os direitos fundamentais. A reserva do possível não faz parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais, atuando, ao contrário, como um limite jurídico e fático desses direitos e, em certas circunstâncias, também como garantia de sua própria efetivação, naquelas situações em que for invocada a insuficiência de recursos, permitindo-se a salvaguarda do núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2008, p. 30).

Resta claro, portanto, que em sua origem, a reserva do possível jamais objetivou servir de obstáculo à efetivação daquilo que se convencionou denominar de mínimo vital ou mínimo existencial, porquanto o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha apenas admitiu certa restrição de acesso ao ensino superior, que mesmo atrelado ao direito fundamental à livre escolha da profissão, por certo não se encontra inserido no rol dos direitos fundamentais que integram o mínimo vital, notadamente no Brasil, diante de sua atual situação de desenvolvimento (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 175).

Os direitos fundamentais que compõem o mínimo vital integram um núcleo de condições materiais estreitamente relacionadas à dignidade humana. Sua fundamentalidade é tão acentuada que atuam como as regras jurídicas, e não como princípios, de modo que a inexistência de tais condições implica na impossibilidade de se realizar qualquer espécie de ponderação, por já ter sido violada a dignidade humana, da mesma forma como as regras são violadas. A implementação dos direitos fundamentais que extravasarem esse núcleo essencial continuam a depender das opções legislativas e do Executivo, mantendo, assim, as normas que os reconhecem, o seu caráter principiológico (BARCELLOS, 2002, p. 193-194).

No que toca àquele núcleo essencial - é importante ressaltar - não se deve dispensar o mesmo tratamento, significando dizer que os direitos que o integram devem ser implementados, não cabendo escolhas ao Legislativo ou Executivo, fundadas em conveniência e oportunidade, para sua implementação ou não, dado assumir a natureza das regras jurídicas, que não admitem ponderação.

[...] a consagração constitucional da dignidade, e da mesma forma das condições materiais que compõem o seu conteúdo, teve e tem sobretudo o propósito de formar um limite à atuação, ou à omissão, dos poderes constituídos, em garantia das minorias e de todo e qualquer indivíduo. Se tudo passar a depender da própria iniciativa desses poderes, perde-se o sentido e a proteção. (BARCELLOS, 2002, p. 192).

Ricardo Lobo Torres (2008, p. 81), após observar que os direitos econômicos e sociais encontram-se sob a "reserva do possível", o que ele também denomina de "soberania orçamentária do legislador", reconhece que, no que se refere à proteção do mínimo existencial, tal restrição não existe, uma vez que "sua fruição não depende do orçamento de políticas públicas, ao contrário do que acontece com os direitos sociais".

Em outras palavras, o Judiciário pode determinar a entrega das prestações positivas, eis que tais direitos fundamentais não se encontram sob a discricionariedade da Administração ou do Legislativo, mas se compreendem nas *garantias institucionais da liberdade*, na estrutura dos serviços públicos essenciais e na organização de estabelecimentos públicos (hospitais, clínicas, escolas primárias, etc.). (TORRES, 2008, p. 81-82).

Há, assim, para o autor, uma diferenciação entre os direitos econômicos e sociais e o mínimo existencial, designando somente a estes de *direitos fundamentais sociais*, enfatizando que, enquanto as normas que definem os direitos econômicos e sociais têm natureza meramente programática, dependentes, portanto, da concessão do legislador (inclusive através das leis orçamentárias), o mínimo existencial pode dispensar a intermediação legislativa ordinária (TORRES, 2008, p. 80).

Torres (2008, p. 83) ressalta, entretanto, que a despeito de o mínimo existencial não ficar sujeito ao princípio da reserva do possível, está ele adstrito à reserva do orçamento, no sentido de que, para superar-se a omissão legislativa ou mesmo a lacuna orçamentária, há sempre que ser empregados instrumentos orçamentários, não se admitindo, de modo algum, que eventuais omissões legislativas ou administrativas no tocante à implementação do mínimo existencial sejam feitas à margem das regras constitucionais relativas ao orçamento público.

Significa dizer que, constatada a inexistência de dotação orçamentária para acudir à despesa, apenas o Executivo ou o Legislativo é que podem proceder à abertura dos créditos adicionais, jamais se admitindo que o Judiciário o faça. O Judiciário "apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis." (TORRES, 2008, p. 83).

Gustavo Amaral e Danielle Melo (2008, p. 101) adotam uma interpretação ainda mais restrita. Muito embora discorrendo especificamente sobre o direito à saúde, enfatizam a questão da escassez de recursos para atender à demanda pelos direitos sociais e, tomando em consideração tanto a escassez quanto a reserva do possível, concluem que a análise do que se considera como possível (em termos de efetivação dos direitos fundamentais sociais) só pode ser feita a partir do orçamento.

As restrições orçamentárias, contudo, não podem servir para impedir a intervenção do Judiciário no que toca à eficácia social dos direitos fundamentais, até porque não é possível "privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais" (SARLET, 2008, p. 34). Ou, nas palavras de Eros Grau, citado por Sarlet (2008, p. 35), não se deve reduzir a reserva do possível às limitações impostas pelo orçamento, "até porque, se fosse assim, um direito social sob 'reserva de cofres cheios' equivaleria, na prática - como diz José Joaquim Gomes Canotilho - a nenhuma vinculação jurídica."

Gustavo Amaral e Danielle Melo (2008, p. 103) reconhecem, porém, que a ausência de ampla participação dos administrados na elaboração dos orçamentos públicos, que possibilitaria garantir transparência e democratização ao sistema, assim como a falta de compreensão e aproveitamento pleno da norma contida no art. 37, *caput*, da Constituição, acabam por fazer com que as decisões em matérias orçamentárias sejam tomadas de modo distante e sem conhecimento dos administrados.

Dada essa falta de democratização nas escolhas orçamentárias, não é possível limitar a realização dos direitos fundamentais sociais, especificamente aqueles que compõem o mínimo vital, tal como ocorre com o direito fundamental à moradia, às próprias previsões orçamentárias, não raras vezes divorciadas da realidade e em total descompasso com os reais interesses da sociedade.

Amaral e Melo (2008, p. 107-108) defendem a necessidade de que o controle das escolhas públicas seja privilegiado, permitindo-se, assim, não só controlar o procedimento que levou a tais escolhas e as razões pelas quais se decidiu atender a determinadas demandas da sociedade, e não a outras, o que pressupõe um mínimo de organização estatal que permita apontar e justificar suas escolhas, quando o Estado for demandado judicialmente objetivando a realização de um determinado direito fundamental. É preciso, segundo sustentam, que haja "condições de justificar as condutas estatais, não apenas com a dogmática jurídica, mas com as circunstâncias de fato."

É exatamente isso o que se espera. É plenamente possível ao Estado demonstrar, com base em fatos concretos, a impossibilidade de atendimento a alguma demanda. O que é inadmissível é a oposição à implementação de direitos fundamentais com base apenas em tese jurídicas, tal como a invocação do *princípio da reserva do possível* sem qualquer

demonstração concreta da real impossibilidade de efetivação do direito, ainda que através do remanejamento de dotações orçamentárias ou abertura de créditos adicionais.²⁵

Apenas é possível ter por justificada a negativa de efetivação de algum direito fundamental quando demonstrado, com base em situações concretas, que a implementação do direito invocado judicialmente acarretará prejuízo à realização de outros direitos igualmente fundamentais dos cidadãos que, com base no critério da ponderação, devem ter precedência em relação ao direito pleiteado.

Tal questão, porém, não pode ser oposta à implementação dos direitos fundamentais que integram o mínimo vital, já que as normas que os asseguram, em razão de sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, assumem natureza de regras jurídicas, implicando sua violação na própria violação da dignidade humana, como ressaltado alhures.

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 201-202), bem por isso, observa que a maioria das normas constitucionais relacionadas a aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, notadamente aquelas que se referem a alguma espécie de prestação material, apresentam-se, no texto constitucional, como normas-princípio, o que significa dizer que há uma indeterminação dos fins que tais normas buscam atingir, do mesmo modo em que os meios para se alcançar tais fins também não são únicos. Nada obstante, a autora também reconhece a existência de um núcleo em tais normas que, como já analisado, se apresenta sob a forma de normas-regras, passíveis, portanto, de serem violadas.

É o que se dá com o direito fundamental à moradia, cuja indeterminação de sua previsão constitucional, no art. 6º, é inegável. Da leitura do citado dispositivo constitucional não se extrai, com a certeza e segurança necessárias, quais são os fins almejados pelo constituinte em termos de programas habitacionais e tampouco quais são os meios que devem ser empregados para alcançar-se tais fins.

Não há dúvida, porém, que em situações de vulnerabilidade social, diante da análise de um caso concreto, a norma do art. 6º da Constituição da República, que assegura o direito à moradia como um direito fundamental, assume a natureza de regra jurídica, impondo ao

²⁵ Sarlet (2008, p. 32) observa que, se é verdade que a "reserva do possível deve ser encarada com reservas, também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a 'reserva do possível' (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º, da CF, que cabe do poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos."

Estado o dever de agir para assegurar às pessoas em condição de vulnerabilidade, o direito a uma moradia.

Não é admissível opor a essa efetivação questões orçamentárias (*reserva do possível*), uma vez que isso implicaria em negar-se à pessoa o exercício de sua dignidade, sendo oportuno lembrar, neste ponto, as palavras de Kant, no sentido de que as coisas têm preço, ao passo que a dignidade tem valor, encontrando-se acima de todo preço, de modo que "nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade." (KANT, 2007, p. 78).

4.4 A exigibilidade judicial do direito à moradia

Após a constatação do ainda existente déficit habitacional no Brasil, pelas razões anteriormente apontadas, e a despeito do superior número de domicílios vagos quando comparado aos números de carência de domicílios em solo nacional, bem como após apontar-se para a impossibilidade de oposição da *reserva do possível* em matéria de efetivação dos direitos fundamentais que integram o mínimo vital, dentre os quais, como visto, encontra-se o direito à moradia, chega-se, por fim, à questão central da pesquisa, qual seja, a possibilidade de se exigir judicialmente a implementação do direito fundamental à moradia.²⁶

Importante esclarecer que a análise da exigibilidade judicial do direito à moradia ganha destaque justamente ante a constatação da existência de um déficit habitacional ainda vultoso, vez que, se tal déficit fosse inexistente, ou, quiçá, de reduzidas proporções, isso significaria que a norma constitucional que consagra o direito à moradia como um direito fundamental teria encontrado efetividade, tornando, assim, desnecessária e improdutiva qualquer análise a respeito. Contudo, esta não é, infelizmente, a realidade brasileira, fazendo com que a análise da questão se mostre necessária e atual.

Como salienta Barroso (2009, p. 119), "as diversas situações jurídicas subjetivas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos", e salienta, ainda, a necessidade de existência de

²⁶ Obviamente que a análise cinge-se à exigibilidade **judicial**, porquanto objetivar-se a implementação de um direito fundamental (ou de qualquer outro direito, ainda que não revestido de fundamentalidade) através de procedimentos administrativos ou valendo-se dos meios de pressão popular, sempre será possível e uma vez atendidos os pleitos, estará o Estado efetivando os direitos vindicados, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário. É somente na hipótese de o Estado negar-se a concretizar determinado direito fundamental que surge a necessidade da análise de sua exigibilidade, face ao Estado, por intermédio do Judiciário.

"órgãos, instrumentos e procedimentos capazes de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas."

No mundo ideal - e talvez utópico -, a discussão acerca da intervenção judicial para a efetividade de qualquer direito fundamental deveria ser absolutamente desnecessária, na medida em que cada órgão estatal incumbido da realização dos direitos fundamentais se encarregasse de torná-los concretos. A realidade, contudo, é mais dura do que os sonhos, e o texto constitucional que consagra algum direito é, não raras vezes, feito letra morta, por razões várias, dentre as quais pode-se destacar questões atinentes às prioridades políticas acolhidas pelos governantes, que faz com que as receitas estatais, também não raras vezes, sejam destinadas a atividades e programas que só deveriam ser implementados quando as condições mínimas de vida digna estivessem asseguradas a todos os cidadãos.²⁷

Exemplo dessa disparidade pode ser constatada em relação ao próprio direito à moradia. Funcionários públicos com altos vencimentos, se comparados à média nacional, como é o caso dos juízes²⁸, têm direito a auxílio-moradia, no valor de mais de R\$ 4,3 mil ao mês, o que, somente do orçamento da União, deverá consumir, no ano de 2017, R\$ 437 milhões (VAZ, 2017).²⁹

No Estado de São Paulo, segundo dados obtidos junto ao Tribunal de Justiça através do Serviço de Informação ao Cidadão³⁰, em outubro de 2017 havia 342 desembargadores e outros 2.025 juízes com direito ao recebimento do auxílio-moradia, no valor individual de R\$ 4.377,72, o que totalizou, em 2016, despesa de R\$ 121.368.687,56 com referido auxílio e, no ano de 2017, até o mês de outubro, dispêndios de R\$ 104.326.922,08 pela mesma rubrica.

²⁷ Não se pretende, com essa afirmação, cingir a discussão à constatação feita pelo senso comum de que os únicos problemas do país se restringem à corrupção ou à má distribuição de renda, conforme chama a atenção Luciano Benetti Timm (2008, p. 59-60), quando destaca que "esse senso comum peca na premissa. O Brasil tem bastante diferença social sim, mas, por outro lado, tem mobilidade social alta - o que indica dispersão da renda ao longo do tempo. E o Brasil infelizmente não é um país rico [...] Quanto à corrupção, ela realmente atrapalha, muito embora os níveis de corrupção do país sejam médios, comparados a outros países em desenvolvimento (transparência internacional). Mas é fato que parece existir uma espécie de *socialismo da elite* no Brasil, que faz com que os mais aquinhoados financeiramente sejam beneficiados com vantagens, tal como se dá com o auxílio-moradia, conforme será visto logo abaixo, acarretando, como consequência, que falte (ainda mais) recursos para atender às necessidades dos mais pobres.

²⁸ Levantamento realizado pelos jornalistas Eduardo Bresciani e André de Souza (2016) e publicado pelo jornal *O Globo* apontou que, no ano de 2016, três em cada quatro juízes brasileiros recebiam média salarial superior ao teto de vencimentos do funcionalismo público que, na época, era de R\$ 33.763,00 mensais. Para driblar o teto, o valor é atingido com "indenizações", "vantagens" e "gratificações". A média remuneratória na justiça comum era, na ocasião, de R\$ 39,2 mil.

²⁹ Importante registrar que a Resolução nº 199, de 7 de outubro de 2014, garante o direito à moradia a todos os juízes brasileiros, cujo valor, nos termos do art. 2º da Resolução, não pode ultrapassar o valor fixado, ao mesmo título, aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

³⁰ Informação nº 185/2017, expediente nº 180.128/2014 - SEMA2.

Imagine-se, então, o valor despendido, com o mesmo auxílio, para todos os juízes estaduais de todos os Estados do país.

Não custa lembrar que esse valor, por óbvio, é custeado pelas receitas dos tributos arrecadados dos contribuintes, o que permite concluir que inclusive as famílias que não têm um teto digno para morar contribuem, com os tributos por elas pagos, para a moradia daqueles que, dado o valor de seus vencimentos, poderiam perfeitamente arcar com os custos de uma moradia sem necessidade do *auxílio*. Dura constatação: para os pobres, a *reserva do possível*; para os ricos, mais do que o possível...

Essa realidade é também apontada por Clèmerson Merlin Clève (2006), quando destaca que

Nos últimos anos o Estado brasileiro converteu-se num aparelho de expropriação de recursos da sociedade para direcioná-los a poucos, especialmente ao mercado financeiro (em particular os detentores de títulos da dívida pública). O Estado brasileiro, antes de apresentar-se como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, vai autorizando a concentração de riquezas. Uma simples operação aritmética é suficiente para demonstrar que os gastos do país com educação, saúde e habitação (em síntese, com os direitos sociais) corresponde a um montante muito inferior ao despendido, por ano, apenas com o serviço da dívida pública. Não se está a afirmar que a dívida pública não deva ser honrada. Afirma-se, apenas, que é imperiosa a adoção de um modelo econômico diferente, que adote como prioridade não os interesses do mercado financeiro, mas antes a realização dos direitos fundamentais. Um modelo de desenvolvimento inclusivo, democrático, em tudo distinto do modelo econômico excludente e concentrador que, praticado nos últimos anos, vai afastando cada vez mais o país das promessas constitucionais.³¹

Diante dessa incongruência, que se trata, por óbvio, de uma pequena mostra dentre tantas injustiças sociais vivenciadas no Brasil, a questão da judicialização dos direitos sociais ganha relevo. E para tanto é preciso que se revise (porque já analisado no primeiro capítulo) a questão atinente à titularidade dos direitos sociais e, no caso específico, do direito à moradia.

Luciano Benetti Timm (2008, p. 66) é categórico ao afirmar que a característica de um direito social "é sua não apropriação por um indivíduo, mas estar à disposição de toda a sociedade." Para ele, os direitos sociais são direitos coletivos e transindividuais e, por essa

³¹ Não obstante o artigo tenha sido elaborado em 2006, a realidade de lá para não melhorou. Ao contrário, o que se tem visto nos últimos anos é justamente o aumento da dívida pública. As despesas com a dívida pública em 2017 devem consumir mais de 50% do orçamento da União. De um total de R\$ 3.415 bilhões de despesas orçadas para 2017, R\$ 1.722 bilhões serão destinados ao pagamento de despesas da dívida pública federal, conforme informações disponibilizadas pelo próprio Tesouro Nacional, disponíveis em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/documents/10180/609959/Por-dentro-das-contas-da-divida-2017T2.pdf/80a66fb8-3b63-403a-8e99-776c23a87a00>>. Acesso em 22 de outubro de 2017.

razão, "não podem ser apreendidos por um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade" (TIMM, 2008, p. 67).

Como já salientado aqui, devem ser, estes direitos sociais, concedidos a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação fática. Não há justificativa para que o Direito dê tratamento diferenciado a pessoas que se encontrem na mesma posição jurídica (princípio da igualdade). Por isso, a demanda individual é o pior e mais injusto caminho pra a implementação de um direito social. (TIMM, 2008, p. 67).

Timm (2008, p. 67) defende a impossibilidade de ajuizamento de ação judicial por uma única pessoa, objetivando a implementação de um direito social, já que, como visto, sob a sua ótica, a titularidade desse direito seria exclusivamente transindividual. Segundo o autor, a condução das políticas públicas deve ser feita, como regra, pelo Poder Executivo, segundo a lei orçamentária, por ser este o modo mais democrático de se realizar o emprego dos escassos recursos públicos, alocando-os nas necessidades sociais prioritárias, e não segundo a vontade de um única pessoa (juiz, promotor ou governante), "mas aos olhos da sociedade que votou naqueles representantes que estão conduzindo as políticas públicas" (TIMM, 2008, p. 64).

Ademais, o Poder Judiciário, porque preso a um processo judicial (e de seus princípios, como a demanda, o contraditório e ampla defesa), não pode fazer planejamento, que deve ser a base de políticas públicas, como já defendido, pois esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade, poderá permitir eficiência no emprego de recursos públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente de tributação). (TIMM, 2008, p. 64).

Não há como discordar da afirmação de que a condução das políticas públicas, notadamente aquelas que se refiram à implementação dos direitos sociais, deva ser feita, como regra, pelo Executivo. Isso não impede, porém, como será visto adiante, a necessária intervenção do Judiciário para a concretização das *promessas* constitucionais, transmudando-as de meras promessas em normas efetivas, ainda que para assegurar um direito fundamental social a uma única pessoa, justamente por não ter sido ela beneficiada pelas políticas públicas.

Quanto à titularidade exclusivamente coletiva dos direitos sociais, tem-se que discordar de Luciano Benetti Timm. Se é verdade, como já analisado, que a titularidade dos direitos fundamentais sociais tenha uma dimensão coletiva, foram eles objetivados também para uma titularidade individual, porquanto se referem, num primeiro momento, à pessoa individualmente considerada (SARLET, 2015, p. 221-226).

Os direitos sociais (tanto na sua condição de direitos humanos, quanto como direitos fundamentais constitucionalmente assegurados) já pelo seu forte vínculo (pelo menos em boa parte dos casos) com a dignidade da pessoa humana e o correlato direito (e garantia) a um mínimo existencial, surgiram e foram incorporados ao direito internacional dos direitos humanos e ao direito constitucional dos direitos fundamentais como direitos referidos, em primeira linha, notadamente no que diz com a salvaguarda da dignidade da pessoa, à pessoa humana individualmente considerada ou a indivíduos integrando determinados grupos de pessoas em situação de desvantagem social, econômica e cultural. (SARLET, 2010, p. 213-214).

Conforme enfatiza Sarlet (2010, p. 214) a razão principal da distinção entre os assim chamados *direitos individuais* e *direitos e deveres sociais, econômicos e culturais* está muito mais ligada à "natureza e objeto do direito em cada caso" do que propriamente nas questões atinentes à titularidade de tais direitos, se individual ou transindividual.

A confusão entre políticas públicas e direitos sociais como direitos fundamentais, é, para Sarlet (2010, p. 219), outro motivo pelo qual se busca atribuir a titularidade coletiva aos direitos sociais, com a conseqüente negação de uma titularidade individual. As políticas públicas são um *meio* pelo qual os direitos fundamentais são efetivados, mas não se confundem com eles. Conforme bem observa o autor, quando se busca, de modo individualizado, a implementação de algum direito fundamental através do Judiciário, é justamente para garantir o acesso daquele indivíduo (ou grupo de indivíduos) que não foi (ou não foram) atendidos pelas políticas públicas.

Não se pretende analisar de modo aprofundado (por fugir ao escopo da pesquisa) a possibilidade de implementação de políticas públicas por intermédio de decisões judiciais, ou mesmo a questão da intervenção do Judiciário nessa seara. Entretanto, o que fica evidente é que, quando o Judiciário determina que o Estado concretize determinado direito fundamental em favor de um indivíduo (ou grupo de indivíduos) em demandas individuais ou coletivas, não está interferindo *na política pública* relacionada àquele direito, mas, ao contrário, está justamente assegurando ao indivíduo que não foi atendido pelas políticas públicas, o gozo de um direito do qual é titular.

Outra objeção doutrinária à judicialização individual dos direitos sociais diz respeito à suposta violação ao princípio da isonomia, dentre outras razões, pelo fato de que apenas uma parcela da população seria beneficiada, justamente aquela com maior nível de esclarecimento e com mais recursos, pois somente essa parcela buscará o acesso do judiciário para a implementação de seus direitos (SARLET, 2010, p. 206-207). Tais argumentos são também rebatidos pelo autor:

o respeito ao princípio da isonomia não pode servir de argumento para eventual violação da dignidade concreta de cada indivíduo, ainda mais quando o impacto negativo em relação a terceiros (não beneficiados pela tutela individual ou não-integrantes do grupo beneficiado), consistente, na maior parte das vezes e segundo a argumentação habitualmente deduzida, na possível inexistência de recursos para atendimento de outras demandas, na maior parte dos casos não é objeto de demonstração plausível. Além disso, o próprio sistema permite, com ressalvas é verdade, a realocação de recursos e mesmo dotações suplementares, de tal sorte que a tutela judicial em favor de alguns não resulta necessariamente na ausência de proteção para outros. (SARLET, 2010, p. 221).

O argumento de que apenas parcela da população (justamente a mais bem informada e talvez com mais recursos financeiros) acabaria sendo beneficiada pelo ajuizamento das demandas individuais objetivando a implementação de direitos fundamentais sociais (o que poderia ser constatado no fato de que boa parcela das demandas não são patrocinadas pela Defensoria Pública, mas por advogados particulares), também resulta falacioso diante, principalmente, da manifesta falta de estruturação da Defensoria Pública no País (SARLET, 2010, p. 222). O cidadão necessitado não deixa de procurar pela Defensoria Pública por opção, mas por *falta de* opção.

Não se pode negar que, como em todas as relações humanas, possa haver distorções e estas precisam ser corrigidas. É provável que o sistema judiciário não consiga detectar exatamente quem realmente precisa do auxílio estatal para a realização de um seu determinado direito fundamental e quem não necessita. O que não é possível admitir é negar o acesso individual à justiça, objetivando a implementação de algum direito fundamental social (como a moradia), com fundamento em tais distorções. Como bem destaca Sarlet (2010, p. 223):

Os litigantes individuais e coletivos não constituem um bando de mal-intencionados egoístas disposto a saquear, em benefício próprio e com o auxílio do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Judiciário, os cofres públicos, o que, embora não seja como tal formulado em algumas falas, acaba, por vezes, pelo menos sendo sugerido sutilmente.

A negativa da possibilidade de ajuizamento de ações individuais ou coletivas em face do Estado, objetivando o acesso a determinado direito fundamental (no caso, o direito à moradia) implicaria, isto sim, em dupla violação ao princípio da isonomia porque se estaria negando àqueles que, por meio das políticas públicas, não tiveram acesso a esse direito, o mesmo tratamento dispensado aos que foram por elas beneficiados, ao mesmo tempo em que

lhes estaria sendo sonogado outro direito fundamental: o direito de acesso à justiça (SARLET, 2010, p. 223)³².

Diante dessa perspectiva, fica afastada a sempre presente alegação de que o Judiciário, ao reconhecer determinado direito fundamental do cidadão em tutelas individuais ou coletivas e determinar ao Estado sua implementação, estaria violando a separação de poderes, justamente por imiscuir-se na seara das políticas públicas. Essa argumentação, com visto, é fruto da confusão que se faz entre as políticas públicas e os direitos fundamentais que são realizados através delas, sendo certo que o Judiciário, ao reconhecer, em um caso concreto, a necessidade de efetivação de um determinado direito fundamental não está, de modo algum, estabelecendo diretrizes no que toca às políticas públicas, mas tão somente cumprindo sua função constitucional de afastar lesão ou ameaça de lesão a qualquer direito, assegurando ao indivíduo (ou grupo de indivíduos) não beneficiados pelas políticas públicas, o acesso ao mesmo direito daqueles que foram por elas beneficiados. Nisto não há, nem ao longe, qualquer forma de violação à separação de poderes.

Há, assim, uma concomitante titularidade individual e transindividual no que se refere aos direitos fundamentais sociais, em particular do direito à moradia, o que viabiliza a judicialização de tal direito, ainda que em caráter individual, notadamente pelo fato de integrar ele, como visto, o conteúdo do mínimo vital, sendo certo que impedir a exigibilidade judicial do direito à moradia por aquele que não dispõe de moradia e de recursos financeiros para suprir essa necessidade por conta própria, implicaria, por via reflexa, ante tudo o que já foi analisado, em violação da própria dignidade da pessoa humana, conforme destacado por Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 217):

de modo particular onde em causa a tutela da vida, dos direitos de personalidade (que também dizem respeito à proteção e promoção da integridade e identidade física e psíquica da pessoa humana individualmente considerada) e das condições existenciais básicas, a observância das necessidades individuais e das peculiaridades do caso constitui condição precípua de respeito à dignidade da pessoa humana, que, a despeito de sua condição comunitária (a noção do indivíduo socialmente responsável e solidário), diz com a pessoa concreta, considerada na sua individualidade. Que o conteúdo do mínimo existencial implica sua necessária contextualização, em virtude de sua relação com o ambiente social, econômico, cultural e mesmo natural (condições climáticas, por exemplo), constitui mais uma razão para que não se possa dissolver o mínimo existencial (o que se aplica a todos os direitos sociais na sua relação com a

³² Mister destacar que o autor está se referindo, no texto, ao direito à saúde, porém os argumentos por ele utilizados são também aplicáveis no que concerne ao direito à moradia, já que este, tal como a saúde, é um direito fundamental social.

garantia das condições materiais para uma existência digna) numa dimensão coletiva (comunitária) afastando a sua inequívoca titularidade individual, por mais que, reitere-se, a dimensão individual conviva (e também por esta é limitada) com uma perspectiva social e comunitária, de perfil transindividual. (SARLET, 2010, p. 217).

Essa constatação é de grande relevância, porquanto fossem os direitos sociais direitos pura e simplesmente de titularidade coletiva, haveria a inviabilidade prática de uma pessoa, por si só, postular junto ao Estado a sua efetivação, o que acabaria por restringir demasiadamente sua eficácia. Não é demais enfatizar: ainda que surgidos no contexto reivindicatório de movimentos sociais, os direitos fundamentais sociais estão diretamente atrelados à dignidade de cada pessoa individualmente considerada (SARLET, 2015, p. 222).

Afastar a titularidade individual dos direitos fundamentais sociais, notadamente daqueles que, como o direito à moradia, integram o mínimo existencial, seria o mesmo que buscar a implementação da dignidade humana por uma média simples, através da qual o gozo de condições dignas de vida por uns faria suprir o estado de miserabilidade vivenciado por outros, como se fosse possível dizer que, em dada sociedade, as pessoas, *na média*, tem sua dignidade respeitada, quando, em verdade, muitas delas encontram-se em condições manifestamente indignas de vida.

Sem que se pretenda discorrer de modo aprofundado sobre a noção de direito subjetivo, é certo que sua compreensão limitada às relações privadas não pode mais prevalecer, como bem ressalta Celso Antonio Bandeira de Mello (2015, p. 42), defendendo ser lógica a necessidade de se alargar a visão tradicional do direito subjetivo, extravasando, assim, os limites do direito privado e passando a abarcar também o chamado *direito público*, vez que, segundo o autor, " não há razão lógica prestante para dimensioná-lo em termos tão angustos que impliquem negar, no direito público, proteção a situações que o Estado de Direito reclama estejam sob cabal amparo".

Legalidade e isonomia - observa Bandeira de Mello (2015, p. 46) - não foram instituídas para servir à Administração ou para aparentar "modernidade das instituições jurídico-administrativas de um país", mas ao contrário, objetivam proteger as pessoas contra as ingerências maléficas da própria administração, caso as limitações impostas pela isonomia e legalidade não existissem. E conclui:

[...] se a restauração ou a correção das violações à legalidade e à isonomia não pudessem ser judicialmente exigíveis pelos agravados em quaisquer hipóteses nas quais fossem ofendidos *contra jus* ambos os princípios, muito pouco valeriam. Seriam inúmeras vezes fictícios.

Tesheiner e Thamy (2015, p. 130) observam que a jurisdição, historicamente, surgiu para solucionar conflitos de interesses entre particulares e que só modernamente passou a ser concebida como um dos poderes do Estado. A afirmação do indivíduo frente ao Estado, segundo os autores, fez com que fosse alargada a concepção de direito subjetivo, passando-se a admitir a existência de direitos também em face do Estado, capazes, portanto, de serem tutelados pelo Judiciário. E concluem:

a jurisdição dos tempos atuais já não é a mesma de tempos passados, politicamente quase neutra, mas sim uma jurisdição comprometida com a concretização dos direitos fundamentais, inclusive mediante a determinação de políticas públicas. (TESHEINER e THAMAY, 2015, p. 142).

É nesse contexto que se rechaça a afirmação de que a atuação do Judiciário para a implementação de políticas públicas (aqui deixando-se de lado a judicialização individual e passando-se à análise de uma judicialização para a tutela de direitos transindividuais), implicaria em violação ao princípio da separação dos poderes, porque, como bem ressaltado por Ana Paula de Barcellos (2003, p. 206), "a separação dos poderes destina-se, tradicionalmente, a proteger o indivíduo do abuso de poder". E complementa:

A moderna noção de separação de poderes surge em um contexto histórico específico - a oposição aos regimes monárquicos absolutos e a formação dos Estados de direito constitucional - e para um propósito particular e claramente identificado: evitar a concentração e o exercício arbitrário do poder, garantindo-se os direitos individuais contra a tirania estatal. (BARCELLOS, 2002, p. 211).

Percebe-se, portanto, que mesmo em sua origem, a separação de poderes não tinha o viés que se lhe pretende, muitas vezes, atribuir: uma absoluta impossibilidade de intervenção de um poder na esfera de competência do outro. Ao contrário, como salientado por Barcellos, o propósito primeiro da separação de poderes era garantir os direitos individuais dos cidadãos em face do poderio estatal, o que torna insofismável que a determinação da implementação de determinadas políticas públicas pelo Judiciário, quando objetivadas a concretizar direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, não nulifica ou esmorece a separação de poderes.

Conforme salientado pelo Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45/DF, não pode o Poder Judiciário renunciar ao encargo de efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, "sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional" (BRASIL, 2004).

A questão da interferência do Judiciário na implementação de políticas públicas, porém, não é objeto da presente pesquisa e por certo demandaria um trabalho monográfico para a análise de todas as suas nuances, notadamente das possibilidades e limites de interferência do Judiciário nessa seara. O que se objetivou, neste ponto, ainda que de modo perfunctório, foi afastar a impossibilidade, em nome da separação de poderes, de qualquer interferência do Judiciário no campo das políticas públicas.

Como bem observado por Clèmerson Merlin Clève (2006),

democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o Poder Judiciário que age como uma espécie de delegado do Poder constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo.

É preciso reforçar (para que se possa progredir de modo coerente na análise do tema central da pesquisa) que os direitos sociais, a exemplo do direito à moradia, dada sua titularidade ao mesmo tempo individual e transindividual, podem, sim, ser sindicados judicialmente, não implicando a decisão judicial que os reconhece e determina sua efetivação em prol daquele que o reivindicou, em qualquer tipo de interferência nas políticas públicas que, como visto, são um meio de implementação dos direitos sociais, econômicos e culturais, mas não podem com eles ser confundidos.

Significa dizer, então, que toda e qualquer pessoa possa, em nome da titularidade individual do direito à moradia e da eficácia plena da norma que o consagra na Constituição, reivindicá-lo junto ao Estado, valendo-se, se necessário, da intermediação do Judiciário? Seria pueril uma conclusão em sentido afirmativo. A própria forma lacônica como inserido o direito à moradia no texto da Constituição da República já permite afastar, de imediato, conclusão nesse sentido.

Como destacado por Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 97-167) o constituinte adotou diversas estratégias de positivação³³ para os direitos sociais, o que implica também na adoção de regimes jurídicos distintos conforme a estratégia adotada. Há direitos sociais positivados por meio de normas programáticas, outros por meio de normas atributivas de direitos públicos subjetivos ou de normas consagradoras de garantias institucionais, direitos

³³ Nos dizeres de Nunes Júnior (2009, p. 97), "As estratégias de positivação dizem respeito aos meios de institucionalização dos respectivos direitos no interior da Constituição, apontando *arquétipos jurídicos* preestabelecidos, dos quais o constituinte se serviu para a consagração de direitos sociais, o que, em última análise, implica uma opção socioideológica do constituinte em demarcar o perfil do próprio Estado."

positivados por meio de cláusulas limitativas do poder econômico e, por fim, positivação através de normas projectivas³⁴.

Essas formas de positivação, porém, não estão necessariamente relacionadas a algum tipo de eficácia de ou de aplicabilidade da norma, mas a "um perfil de institucionalização de um direito social" (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 97). Alguns são dotados de uma normatividade mais acentuada, que permitem deduzir do texto constitucional um direito subjetivo de modo incontestado, enquanto outros, devido à forma lacônica como inseridos na Constituição, já não admitem a mesma solução, ao menos não na mesma intensidade.

Tome-se como exemplo o direito à educação. Quando se analisa o disposto no art. 208, inciso I, da Constituição da República, que reconhece como dever do Estado efetivar a educação garantindo-se educação básica obrigatória e gratuita para todas as pessoas com idade entre quatro e dezessete anos de idade, não resta a menor dúvida de que qualquer pessoa que esteja nessa faixa etária, independentemente de suas condições sociais e econômicas, tenha o direito público subjetivo de exigir do Estado o acesso à educação. Como bem observa Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 124), "a arquitetura constitucional não deixa espaço para dúvidas, quer em relação à atribuição do direito subjetivo, quer em relação aos seus destinatários, quer em relação ao seu objeto". Trata-se, como se vê, de uma norma atributiva de direito público subjetivo.

A mesma forma de positivação, contudo, não se deu com o direito à moradia, que foi previsto apenas de forma lacônica no art. 6º da Constituição da República, conforme já observado anteriormente. Isso não significa dizer, porém, diante de tudo o que já foi analisado em relação a esse direito e à sua correlação com a dignidade humana, por integrar o mínimo vital, que ele não possa ser reconhecido, ainda que de modo modesto, como um direito subjetivo do cidadão (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 135).

Não há, assim, como desconsiderar a forma de positivação do direito à moradia, quando comparado a outros direitos sociais fundamentais (a exemplo da educação), para a análise de sua exigibilidade em face do Estado, através do Poder Judiciário. Enquanto o direito à educação, como visto, devido à forma como positivado na Constituição, com vasta densidade normativa que lhe foi conferida pelo constituinte, pode ser exigido por todas as pessoas que preencham os requisitos para tanto, independentemente de uma situação de vulnerabilidade social ou não, o mesmo não se dá com o direito à moradia.

³⁴ "Normas de conformação do perfil social dos institutos jurídicos fundamentais de nossa ordem econômica", nas palavras do próprio autor (NUNES JÚNIOR, 2009, p. 161).

Por não ter ele recebido do constituinte normatividade suficiente para uma compreensão completa de seu conteúdo, a possibilidade de ser exigido judicialmente por alguém pressupõe que se lembre que "a titularidade do direito social não é reconhecida a todos, mas tão somente às pessoas que necessitam da prestação estatal para satisfazer sua respectiva necessidade" (DIMOULIS e MARTINS, 2012, p. 78). Assim, o direito à moradia somente pode ser reivindicado em face do Estado, com a intervenção do Judiciário, se necessária, por aquelas pessoas que, encontrando-se em estado de vulnerabilidade social e não dispendo de uma moradia, demonstrem a impossibilidade de, por recursos próprios, suprir a necessidade desse direito fundamental.

Esta é, ademais, a própria conceituação do direito social, dada por Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 70), quando observa que os direitos sociais podem ser conceituados como:

o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Diante de uma situação de manifesta vulnerabilidade social, transforma-se o direito à moradia em um direito a prestação originário, que pode ser deduzido da própria norma constitucional que o consagra, independentemente, pois, de qualquer intermediação legislativa, por ter sido este o objetivo do constituinte ao consagrar a norma prevista no § 1º do art. 5º da Constituição da República que, como visto, conferiu plena eficácia às normas consagradas de direitos fundamentais.

Como destacado em capítulo anterior, o quantum em aplicabilidade e eficácia de uma norma definidora de direito fundamental não pode ser analisado, na situação concreta, com base na *norma* de direito fundamental em pauta, já que tais normas têm aplicabilidade imediata, mas dependerá, isto sim, da *situação concreta* em que se invoca a aplicabilidade da norma.

A exigibilidade judicial do direito à moradia passa, necessariamente, pela análise da situação concreta em que se objetiva a aplicação da norma que o consagra como direito fundamental, pois somente da análise da situação concreta será possível reconhecer a legitimidade daquele que pleiteia lhe seja assegurado o direito fundamental à moradia, desde

que demonstrada uma situação de vulnerabilidade tal que lhe impeça, ainda que de modo modesto, prover esse direito por recursos próprios.³⁵

Há no senso comum uma confusão entre a implementação do direito fundamental à moradia e a atribuição da propriedade de uma casa a alguém, o que se trata de um erro grosseiro. Quando se defende o direito subjetivo de alguém, em estado de vulnerabilidade social, a exigir do Estado uma moradia, não se está defendendo, de modo algum, que o Estado seja compelido a outorgar a propriedade de um imóvel à pessoa, mas tão somente a assegurar-lhe um abrigo digno onde possa repousar, viver sua privacidade e ter assegurada sua dignidade enquanto pessoa humana.

Essa questão, conforme destacado no primeiro capítulo, foi observada pela Comissão Especial formada na Câmara dos Deputados para emitir parecer na Proposta de Emenda Constitucional nº 601/98 (que tratava da inserção do direito à moradia no rol dos direitos sociais do art. 6º da CR/88), quando reconheceu que o direito à moradia não pode ser confundido com o direito de propriedade, integrando o direito à subsistência, como "expressão mínima do direito à vida", fazendo com que o acesso à moradia passe também a depender, de forma direta ou indireta, do Estado.

O direito à propriedade, não há dúvida, é uma das formas de se ter acesso ao direito à moradia, mas não é a única forma. Como visto, já em sua origem, quando da Proposta de Emenda Constitucional que culminou na inserção expressa do direito à moradia no texto constitucional brasileiro, já se reconhecia, na justificativa à proposta, que se trata de uma "expressão mínima do direito à vida" e também como uma obrigação do Estado.

Obrigação do Estado que se torna ainda mais manifesta quando observados os números do déficit habitacional brasileiro em confronto com o número de domicílios vagos sem que haja, a esse respeito, um estudo aprofundado sobre as características e naturezas desses domicílios³⁶, bem como as razões pelas quais encontram-se desocupados, o que permitiria até mesmo a análise do cumprimento de sua função social e adequação à política urbana, conforme preveem os arts. 182 e 183 da Constituição da República.

É de se admitir, neste particular, a intervenção do Ministério Público, através de ação civil pública, em cumprimento às suas funções institucionais insertas no art. 129 da Constituição, objetivando obrigar o Estado a realizar estudo sobre a situação dos imóveis vagos apontados na

³⁵ Esta, também, a colocação de Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2015, p. 43), quando observa que "O direito à moradia não seria, para muitos, propriamente um direito, não ao menos com eficácia jurídica positiva. O que se costuma dizer é que não é razoável pensar que o Estado tem o dever de garantir uma casa para cada pessoa, mesmo para aquelas em situação de pobreza. Sem embargo, é razoável afirmar que o Poder Público tem obrigação de disponibilizar abrigos para pessoas que não dispõem de moradia, abrigos que devem ter condições mínimas de acolhimento, embora sejam estabelecimentos coletivos. E isto é eficácia positiva do comando constitucional."

³⁶ Conforme apontado em estudo realizado pela Fundação João Pinheiro (2016, p. 39).

pesquisa apresentada pela Fundação João Pinheiro (2016), estudo este que poderia, quem sabe, permitir o suprimento, ainda que parcial, da carência de domicílios no país sem a necessidade de construção de novas unidades habitacionais e sem, portanto, que sejam despendidas vultosas somas de dinheiro público para essa finalidade.

Solução semelhante também pode ser admitida diante da inércia do Estado em efetivar obrigações básicas que lhe competem, tais como disponibilização de iluminação elétrica, abastecimento de água, disponibilização de rede de esgoto ou fossa séptica e coleta de lixo regular, já que estas carências, como visto, são responsáveis pelos maiores índices de inadequação de domicílios (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 80). Ações objetivando a implementação desses serviços básicos, cuja ausência tanto contribui para índices vergonhosos no que tange à inadequação de domicílios no país, também devem ser admitidas, notadamente quando se tem em vista que, em relação a tais serviços, são os próprios utentes que pagam pela sua utilização.

A situação de vulnerabilidade social vivenciada por aqueles que não tem acesso a uma moradia reclama uma intervenção urgente, que não pode ficar à mercê apenas das políticas públicas de longo prazo, admitindo-se, por isso mesmo, a intervenção pontual do judiciário para remediar situações, ainda que de cunho individual, objetivando a concretização do direito fundamental à moradia, tão ínsito à dignidade humana, devendo-se, contudo, analisar, no caso concreto, a razoabilidade da exigência formulada, sempre atento à realidade econômica brasileira.

Não se pode perder de vista que a realidade nacional não permite, por certo, conferir uma moradia ou mesmo um abrigo a todos aqueles que não disponham de uma moradia que atenda aos requisitos de habitabilidade apontados pela Organização das Nações Unidas e destacados no primeiro capítulo (o que se espera possa ser alcançado em algum momento, através da criação de condições sociais para que cada brasileiro possa, por conta própria, conquistar tal direito). O exagero na dose do remédio, na expressão de Barroso (2008), pode acarretar o risco de se morrer da cura.

O que não se pode admitir é a ausência total de *tratamento*, vale dizer, ter-se por vedada, de modo absoluto, a intervenção do Judiciário para a implementação do direito à moradia³⁷, tão caro à dignidade da pessoa humana e ainda tão sonogado a tantos brasileiros, quando tal intervenção se mostrar imprescindível pelo fato de que sua ausência implique em negação de acesso ao mínimo vital e, por conseguinte, à própria dignidade da pessoa humana.

³⁷ E também dos serviços básicos e indispensáveis para que se possa ter uma moradia adequada à habitação humana.

CONCLUSÃO

Ao término do trabalho, observou-se que a pesquisa, em verdade, significou um ponto de partida para sua continuidade, diante dos dados que sua realização tornou conhecidos e das provocações e reflexões que suscitou, bem como das disparidades que foram constatadas no que se refere ao direito fundamental à moradia.

Ausente, de modo expreso, na redação original da Constituição da República de 1988, o direito à moradia foi inserido no texto constitucional no ano 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro daquele ano. A conferência Habitat II, realizada pela ONU, em 1996, em Istambul, na Turquia, exerceu grande influência para a positividade expressa da moradia como um direito fundamental na Constituição brasileira, porquanto tendo o Brasil sido escolhido como relator da carta de intenções da conferência, e não estando, ainda, reconhecido em sua Constituição, naquela ocasião, o direito à moradia como um direito formalmente fundamental, acabou por ser colocado em uma situação delicada, servindo para desencadear a Proposta de Emenda Constitucional que resultou em sua positividade.

Não obstante o direito à moradia pudesse ser inferido do texto Constitucional como um direito fundamental, sua positividade não se mostrou supérflua. Ao contrário, o reconhecimento expreso do direito à moradia, como um direito fundamental, no texto da Constituição, permitiu considerar sua superioridade em relação às demais normas que não ostentam essa qualidade, estabelecendo limites materiais à revisão da Constituição, além de servir de norte para que os poderes públicos façam suas escolhas, por estarem imediatamente vinculados às normas consagradoras dos direitos fundamentais, aí incluído o direito fundamental à moradia.

A moradia, como visto, não é uma preocupação recente da humanidade. Desde os mais remotos tempos, já se reconhecia a importância e a sacralidade do local de morada do ser humano, estando, desde tempos imemoriais, atrelada à dignidade da pessoa humana. No plano internacional, foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 o primeiro instrumento a reconhecer, mesmo que de forma tímida, o direito à habitação adequada como um direito humano.

A preocupação da Organização das Nações Unidas com o direito à moradia tornou-se ainda mais acentuada com a realização de conferências sobre habitação e desenvolvimento sustentável, cuja primeira edição foi realizada no ano de 1976, resultando na criação, em 1978, do Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos, a ONU - Habitat. Os documentos temáticos dessas conferências reforçaram que o conceito de habitação adequada não pode e não deve restringir-se à existência de quatro paredes e um telhado que sirvam de abrigo. Ao contrário, bem mais do que isso, reconheceu-se que uma habitação adequada pressupõe segurança da posse do local de morada; disponibilidade de serviços e infraestrutura básica (como acesso à água potável, saneamento adequado, aquecimento, iluminação etc.); acessibilidade financeira, no sentido de que as despesas com habitação não comprometam o exercício de outros direitos humanos de seu morador; garantia de segurança física e espaço adequado para seus ocupantes; atenção quanto à acessibilidade, garantindo-se o atendimento das necessidades específicas de grupos desfavorecidos e marginalizados; respeito à identidade cultural de seus moradores.

A análise dos dados obtidos na pesquisa, expressos no capítulo IV, evidenciou que ainda são vultosos os números do déficit habitacional brasileiro e da inadequação de domicílios, por não atenderem às exigências mínimas para a habitabilidade humana, em grande parte por omissão do Estado em implementar serviços e infraestrutura básicos, tais como disponibilização de água potável e serviço de coleta de esgoto, para apenas restringir-se a esses dois exemplos. Tudo isso a despeito de o número de unidades habitacionais vagas superar o número do déficit habitacional, sem que haja estudo aprofundado por parte do poder público objetivando identificar essas unidades ociosas, que poderiam senão neutralizar o déficit habitacional, ao menos diminuí-lo.

Diante dessa realidade, mostrou-se muito importante a análise da eficácia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, concluindo-se, a partir do texto do art. 5º, § 1º, da Constituição da República e dos fundamentos que motivaram sua inserção na Constituição, que todas as normas definidoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente, assim, para sua efetivação, de intermediação legislativa, o que restou claro na própria justificativa para a sua redação junto à Assembleia Nacional Constituinte.

Essa conclusão, porém, não afasta a necessidade da análise da estratégia de positivação dos direitos fundamentais e, em particular, do direito à moradia, não sendo possível concluir-se, de modo simplista, que sendo o direito à moradia um direito

fundamental e considerando-se que a norma que o estatui é uma norma dotada de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que qualquer pessoa possa deduzir, frente ao Estado, uma pretensão objetivando dele receber uma moradia.

Como visto, o direito à moradia é um direito fundamental social, classificando-se, à vista de sua principal função, como um direito a prestações em sentido estrito. Essa espécie de direito destina-se a assegurar a fruição de prestações materiais por aqueles que delas necessitam. Esta é a característica dos direitos fundamentais sociais, integrantes da segunda dimensão dos direitos fundamentais, que se alicerçam nos ideais de igualdade, com a exigência de atuação estatal objetivando a redução das desigualdades sociais. Os direitos fundamentais sociais, portanto, destinam-se a atender às necessidades das pessoas e grupos economicamente vulneráveis e que dependem, por isso, da ação estatal para a concretização de seus direitos.

É verdade que por opção do constituinte, alguns direitos fundamentais (a exemplo da educação) foram positivados de forma a possibilitar sua fruição de modo o mais abrangente possível, não se direcionando, assim, exclusivamente às pessoas em situação de vulnerabilidade social, conforme ressaltado no capítulo IV. O mesmo não se deu, contudo, com o direito à moradia, positivado de forma lacônica no art. 6º da Constituição da República e, por esse motivo destinado a atender às necessidades apenas das camadas sociais em situação de vulnerabilidade social, função principal dos direitos sociais a prestações em sentido estrito.

Ainda que inserido de forma simplista no texto da Constituição, o direito à moradia, por se tratar de um direito intimamente ligado à dignidade da pessoa humana e componente do mínimo vital, pode ser considerado como um direito a prestações originário. Significa dizer que é possível deduzir uma pretensão diretamente da própria norma constitucional que o consagra, devendo-se, para tanto, fazer-se uma análise contextualizada de suas características, funções e titularidade, concluindo-se que somente em situações de manifesta vulnerabilidade social possa o Estado ser compelido a implementar o direito à moradia a quem dele necessite, em razão da forma como positivado na Constituição.

A correlação entre o direito à moradia e a dignidade da pessoa humana decorre da compreensão desta última com base na nova ética, superando-se a concepção insular, que entendia a dignidade como algo exclusivamente intrínseco ao ser humano, e passa a reconhecê-la também em aspectos extrínsecos, na relação do homem com a natureza e com seus semelhantes, de modo incindível, tomando-se como pressuposto para uma vida digna a

garantia de condições materiais mínimas para que a pessoa humana possa, de fato, exercer sua autonomia da vontade, que é também requisito fundamental para assegurar a dignidade da pessoa humana.

Independentemente do modelo de sociedade que se objetive construir, a garantia de condições materiais mínimas para que se possa conduzir a vida humana com dignidade é pressuposto inarredável. E o direito a uma moradia digna, por integrar o mínimo vital, é também direito inafastável para a realização da dignidade da pessoa humana.

Seja por sua eficácia direta, agindo como as normas jurídicas, seja por sua eficácia interpretativa, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático e Social de Direito brasileiro, assume preeminência na implementação e interpretação das normas jurídicas. Por essa razão, estando o direito à moradia diretamente atrelado à dignidade da pessoa humana, não pode o Estado opor a sua concretização questões relacionadas às opções orçamentárias e tampouco a chamada *reserva do possível* que, como visto, jamais objetivou ser óbice à implementação dos direitos fundamentais que compõem aquela parcela mínima de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna - o mínimo vital.

A existência do Estado somente se justifica em função da pessoa humana, daí porque concluir-se que o direito à moradia, em razão de tudo o quanto se analisou, traduz-se num direito subjetivo daqueles que, em razão de uma situação de vulnerabilidade social, não podem implementá-lo por vias próprias, permitindo-se, assim, seja ele exigido judicialmente, estando o Estado obrigado a implementá-lo.

A determinação da efetivação do direito à moradia, seja em ação individual ou coletiva, quando evidenciada uma situação de vulnerabilidade social que impeça a pessoa de ter acesso a esse direito fundamental por vias próprias, não implica ingerência nas políticas públicas e tampouco caracteriza afronta aos princípios da isonomia e da separação de poderes. Ao contrário, implica justamente em afastar lesão ao direito fundamental à moradia daquelas pessoas que, a despeito de sua situação de vulnerabilidade social, foram excluídas das políticas públicas, de modo que a determinação de sua implementação, ao contrário de traduzir-se em violação ao princípio da igualdade, objetiva justamente o contrário: proporcionar às pessoas que não foram atendidas pelas políticas públicas o mesmo direito assegurado àquelas outras que o foram.

Ao admitir-se que uma pessoa possa exigir do Estado, por meio do Judiciário, a satisfação do direito fundamental à moradia, não resta esmorecida a separação das funções do poder, já que esta, mesmo em sua origem, jamais objetivou uma absoluta impossibilidade de intervenção de uma das funções do poder republicano na esfera de competência dos outros, mas, ao contrário, visa evitar que se concentre o exercício arbitrário do poder, justamente para garantir os direitos dos cidadãos contra a tirania do Estado.

A exigibilidade do direito à moradia pela via judicial mostra-se perfeitamente possível, muito embora deva ser admitida com comedimento. Não custa reforçar que se admite essa possibilidade apenas em situações de manifesta vulnerabilidade social, sob pena de se desvirtuar a natureza dos próprios direitos fundamentais sociais.

Negar-se, por outro lado, a possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais sociais, mesmo em situação de manifesta necessidade da pessoa, seria fazer letra morta a um dos princípios fundamentais da República brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana, opondo à sua realização um preço e fazendo do ser humano um objeto, ao invés de reconhecê-lo como verdadeiramente deve ser: o fim último da existência do próprio Estado.

Tais constatações permitem concluir que a presente pesquisa mostra-se importante não apenas para o meio acadêmico, mas também possibilita a irradiação de seus efeitos para a sociedade, já que propicia reflexão sobre a concretização do direito à moradia enquanto direito social, apontando fundamentos capazes de torná-lo efetivo, o que fez com que a via acadêmica permitisse alcançar também um aproveitamento social, necessidade dos programas de pós-graduação e, especialmente, uma função social da própria ciência do direito.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos? In: Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos... [et. al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 87-109.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002, p. 107-125. Disponível em:< <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67536>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

BANCO MUNDIAL. *Visão geral da pobreza*. Washington, Outubro de 2016. Disponível em:< <http://www.worldbank.org/en/topic/poverty/overview>>. Acesso em: 12 de janeiro de 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro, Renovar: 2002.

BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, ano 14, n. 76, nov./dez. 2012. Disponível em:<<http://www.bidforum.com.br/BID/PDI006.aspx?pdiCntd=83932>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2008. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 22 de outubro de 2017.

- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.
- BÍBLIA SAGRADA. *Carta de São Paulo aos Gálatas: capítulo 5, versículos de 13 a 15*. São Paulo: Edições Paulinas, 1990.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus: Rio de Janeiro, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 601-A, de 1998, do Senado Federal, que "Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal"*. Relatora Deputada Almerinda de Carvalho. Brasília, 9 de novembro de 1999. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C81209593D6C94DFB92B55C16A6FCFD.proposicoesWebExterno2?codteor=1234598&filename=Do ssie+-PEC+601/1998](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C81209593D6C94DFB92B55C16A6FCFD.proposicoesWebExterno2?codteor=1234598&filename=Do%20ssie+-PEC+601/1998)>. Acesso em: 16 de janeiro de 2017.
- BRASIL. Senado Federal. *Justificação à Proposta de Emenda à Constituição nº 28, de 1996*. Senador Mauro Miranda. Brasília, 18 de junho de 1996. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C81209593D6C94DFB92B55C16A6FCFD.proposicoesWebExterno2?codteor=1234598&filename=Do ssie+-PEC+601/1998](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5C81209593D6C94DFB92B55C16A6FCFD.proposicoesWebExterno2?codteor=1234598&filename=Do%20ssie+-PEC+601/1998)>. Acesso em: 16 de janeiro de 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Decisão monocrática do Ministro Celso de Mello nos autos da ADPF nº 45/DF*. DJ 04-05-2004, p. 12. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+45%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocratica s&url=http://tinyurl.com/a9kzfp>. Acesso em: 14 de outubro de 2017.

- BRESCIANI, Eduardo; SOUZA, André. *Mais de dez mil magistrados recebem remunerações superiores ao teto*. In O Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/mais-de-dez-mil-magistrados-recebem-remuneracoes-superiores-ao-teto-20340033>. Acesso em: 07-10-2017.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada: jurisprudência e legislação infraconstitucional em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 54, p. 28. Jan/2006.
- COHEN, Simone Cynamon [et. al.]. *Habitação saudável e ambientes favoráveis à saúde como estratégia de promoção da saúde*. Ciência & Saúde Coletiva, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1413-81232007000100022&lng=e&tlng=e. Acesso em: 10 de março de 2017.
- COHEN, Simone Cynamon. *Habitação saudável como caminho para a promoção da saúde*. Tese de doutorado (Doutorado em ciências na área de Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 2004, 167p. Disponível em: <http://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/4447>. Acesso em: 12 de março de 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CORDEIRO, Karine da Silva. *Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DIÁRIO DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Ano II, nº 183. Brasília -DF, 12 fev. 1988.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Centro de Estatística e Informações. *Déficit habitacional no Brasil 2013-2014*. Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/produtos-e-servicos/2742-deficit-habitacional-no-brasil-3>>. Acesso em: 05 de maio de 2017.

GEBRAN NETO, João Pedro. *Aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JOÃO PAULO II, Papa. *Mensagem do Papa João Paulo II por ocasião do início da Campanha da Fraternidade no Brasil 1993*. Vaticano, 24 fevereiro 1993. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/johnpaulii/pt/messages/pont_messages/1993/documents/hf_jp-ii_mes_19930224_fraternita-brasile.html>. Acesso em 12 de janeiro de 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70 LDA, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

- LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Hierarquização dos direitos fundamentais? In: Teoria Geral dos Direitos Humanos. Vol. I. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria [Orgs.]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.*
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.*
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.*
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.*
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e contido normativo. In: Constituição, Direitos fundamentais e direito privado. SARLET, Ingo Wolfgang [org.]. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.*
- MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. 2000. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba.*
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988 - estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.*
- NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Manual da monografia: como fazer uma monografia, uma dissertação, uma tese. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2010.*
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Eficácia positiva das normas programáticas. Revista Brasileira de Direito, vol. 11, nº 1, jan.-jun. 2015, p. 34-45.*
- OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. *Eficácia positiva das normas programáticas. Revista Brasileira de Direito, 11(1): 34-45, jan.-jun. 2015.*

ONU. *Carta das Nações Unidas*, 1945. Disponível em:<<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 31 mai. 2017.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em:<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>> Acesso em: 31 mai. 2017.

ONU. *Documentos temáticos da Habitat III: 20 - Habitação*. Nova Iorque, 31 de maio de 2015. Disponível em:<<https://www2.habitat3.org/bitcache/ff6a0f2efbe2e7d0422d96854fceb829dc1f7f17?vid=580474&disposition=inline&op=view>> Acesso em 12 de janeiro de 2017.

ONU. ONU-Habitat: *Programa das Nações Unidas para Assentamentos Humanos*. Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/agencia/onuhabitat/>>. Acesso em: 16 de janeiro de 2017.

PANSIERI, Flávio. *Eficácia e Vinculação dos Direitos Sociais: reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia C. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade e mandado de injunção*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. *Comentário ao art. 1º, III*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; _____; STRECK, Lenio (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013d, p. 121-128.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos... [et. al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 11-53.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde*. Revista Direitos Fundamentais & Justiça, nº 10: 205-228, Jan-Mar. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários ao art. 5º, caput*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio L. _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013a.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários ao art. 6º*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio L. _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013b.

SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários ao art. 5º, LXXI*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013c.

SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos... [et. al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 149-172.

SCHIO, Sonia Maria. *Hanna Arendt e a dignidade humana: uma introdução*. Revista *Reflexões*, Fortaleza - CE, ano 5, nº 8, jan-jun 2016, p. 32-44.

SEVERINO, Antonio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23ª ed. São Paulo: Cortez, 2015.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *Os direitos fundamentais a partir de uma perspectiva pós-moderna e neo-constitucionalista: uma abordagem feita no paradigma do Estado*

Democrático de Direito do Brasil contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Ano XXIV, n. 26, jan./jun. 2008. Pouso Alegre: FDSM, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. *Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 92, p. 129-143, out./dez. 2015.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentárias*. In: Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". Org. Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm; Ana Paula Barcellos... [et. al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 69-86.

VAZ, Lúcio. *União gasta R\$ 437 milhões por ano com auxílio-moradia de juizes e procuradores*. In Gazeta do Povo. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/lucio-vaz/2017/07/27/ao-custo-de-r-300-milhoes-juizes-recebem-auxilio-moradia-mesmo-tendo-residencia-propria/>. Acesso em: 07-10-2017.

ZILLES, Urbano. *A sacralidade da vida*. In: Revista Teocomunicação, v. 37, nº 157, Porto Alegre, set. 2007. p. 337-351.

ZISMAN, Célia Rosental. *Os direitos fundamentais e os direitos humanos*. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. [Orgs.]. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.