

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA - FDV
MESTRADO EM DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

HÍGOR DE SÁ ALMEIDA

**O DIREITO À MORADIA E A SUA EFICÁCIA JURÍDICA:
UMA ANÁLISE DO PAPEL DA UNIÃO NA SUA
EFETIVIDADE**

**VITÓRIA/ES
2020**

HÍGOR DE SÁ ALMEIDA

**O DIREITO À MORADIA E A SUA EFICÁCIA JURÍDICA:
UMA ANÁLISE DO PAPEL DA UNIÃO NA SUA
EFETIVIDADE**

Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória no curso de Mestrado. Orientador Professor Doutor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha.

VITÓRIA/ES
2020

HÍGOR DE SÁ ALMEIDA

**O DIREITO À MORADIA E A SUA EFICÁCIA JURÍDICA:
UMA ANÁLISE DO PAPEL DA UNIÃO NA SUA
EFETIVIDADE**

Dissertação apresentada para a conclusão do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória no curso de Mestrado.

Aprovada em ___/___/___.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por toda a proteção que me é dispensada. Em especial, agradeço à Carol por toda paciência, compreensão e cumplicidade. Sem vocês eu não teria conseguido.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, meu orientador, pelas lições sempre lembradas, pela enorme paciência e pelos precisos apontamentos e direcionamentos.

Aos meus pais, Geovane e Deuzinha, grandes pessoas, que me ensinaram o caminho da ética e do trabalho duro como o meio para se alcançar os objetivos.

Ao Juiz de Direito Fábio Torres de Sousa, um querido amigo que me deu suporte e direcionamento no campo do ético-profissional.

Aos queridos familiares, Giovani, Rosimar, José Couto, Zilá, Maria Imaculada, Maria Luísa e Henrique, pelas orações e pelos votos de coragem.

“Enquanto eles, como filósofos autênticos que adotam um ponto de vista e em manifesta contradição com seu princípio de que se deve estar livre de preconceitos, partem de opiniões prévias não clarificadas e infundadas, nós outros temos nosso ponto de partida naquilo que se encontra *antes* de todo ponto de vista”.

Husserl

RESUMO

A Emenda Constitucional número 26/2000 incluiu o direito à moradia no catálogo dos direitos fundamentais sociais. Essa modificação, a bem da verdade, apenas tornou expressa a sua fundamentalidade. Tratando-se de uma norma com caráter programático, buscou-se identificar a sua eficácia jurídica, bem como o papel desempenhado pela União para torná-la aplicável. Ao final, foi possível concluir que, de certa forma, o ente federal prioriza o desenvolvimento de medidas voltadas à satisfação do mercado, consistentes em incentivos à construção e à comercialização de unidades habitacionais.

Palavras-chave: Moradia. Direitos fundamentais. Eficácia. Efetividade. Fenomenologia.

ABSTRACT

The Constitutional Amendment number 26/2000 included the right to habitation in the catalog of fundamental social rights. This change, in truth, only made its fundamentality expressed. As a rule with a programmatic character, we sought to identify its legal effectiveness, as well as the role played by the Union to make it applicable. In the end, it was possible to conclude that, in a way, the federal entity prioritizes the development of measures aimed at market satisfaction, consisting of incentives for the construction and sale of habitations units.

Keywords: Habitation. Fundamental rights. Efficiency. Effectiveness. Phenomenology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 UMA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA DO DIREITO	9
1.1 O PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DESTE TRABALHO	9
1.2 A PROPOSTA DA FENOMENOLOGIA.....	11
1.3 O MÉTODO FENOMENOLÓGICO.....	17
1.4 A FENOMENOLOGIA E O DIREITO.....	18
2 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MORADIA	21
2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	21
2.2 OS DIREITOS NATURAIS.....	23
2.3 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO NEOLIBERAL.....	25
2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS DIMENSÕES.....	33
2.4.1 Gerações X Dimensões	33
2.4.2 Os direitos de primeira dimensão	35
2.4.3 Os direitos de segunda dimensão	36
2.4.4 Os direitos de terceira dimensão	37
2.5 O QUE É A MORADIA?.....	38
2.6 O QUE É O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA?.....	40
3 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA	50
3.1 VIGÊNCIA X EFICÁCIA.....	50
3.2 AS CATEGORIAS DE EFICÁCIA JURÍDICA.....	52
3.3 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	61
3.4 DA EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA.....	67
3.5 EXISTE DIREITO SUBJETIVO A UMA PRESTAÇÃO ESTATAL SOCIAL?	78
4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA COMPLEMENTAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À MORADIA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CORRELATAS IMPLEMENTADAS	84
PELA	
UNIÃO	
.....	84
4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS.....	84

4.2 DIREITO À MORADIA NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL	92
4.2.1 Das normas vinculadas à construção de moradias e à sua aquisição	86
4.2.2 Das normas sobre parcelamento do solo, política urbana e saneamento	básico
.....	98
4.2.4 Outras normas.....	102
4.3 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA UNIÃO VOLTADAS AO DIREITO À MORADIA	105
4.4 A REALIDADE DA MORADIA NO BRASIL	107
CONCLUSÃO	112
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

A edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, aumentou o catálogo dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição, inserindo-lhe o direito à moradia. Com essa modificação, tal direito foi elevado ao *status* de “direito fundamental”, do mesmo nível normativo dos direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados.

Mesmo antes de tornar-se um direito fundamental, o texto constitucional reconhecia o direito à moradia, tanto na forma de prestação a ser realizada pelo Estado, como por exemplo nos arts. 21, XX e 23, IX, quanto na forma de defesa da posição jurídica do indivíduo, como por exemplo nos arts. 183 e 191. Quer dizer, o constituinte de 1988 já havia previsto certa tutela estatal para o direito à moradia anteriormente ao reconhecimento expresso da sua fundamentalidade.

Entretanto, embora a Constituição já tivesse distribuído a competência para a fixação de diretrizes e para a implementação de programas, antes do direito à moradia ser reconhecido como fundamental, parece que o Estado, notadamente a União, não adotou medidas consistentes e relevantes para a sua concretização. Agora, passadas praticamente duas décadas desde o reconhecimento da fundamentalidade, intenta-se verificar a existência de medidas legislativas e regulamentares claras, capazes de tornar juridicamente eficaz e de viabilizar a efetivação do direito à moradia.

Ante tais considerações, aventa-se a necessidade prévia de compreender o que se evidencia a partir desse fenômeno designado como direito fundamental social à moradia.

Nesse sentido, pode-se delimitar o problema que será enfrentado nesta pesquisa: as normas legais até então implementadas pela União outorgam eficácia jurídica e social ao direito fundamental à moradia?

A resposta a tal indagação mostra-se pertinente para a sociedade brasileira do século XXI.

Pode-se afirmar que o direito à moradia, sob a roupagem da fundamentalidade, de certa forma, é uma novidade do constituinte derivado. Antes da emenda constitucional promulgada no ano 2000, o direito à moradia nunca ocupou o catálogo dos direitos fundamentais.

Sendo assim, a real compreensão do termo “moradia”, do seu correspondente direito, da sua eficácia normativa e as formas de sua concretização, são questões que se colocam logicamente ligadas e sucessivas, bem como relevantes para o pesquisador da área dos direitos humanos. Mesmo ao se pensar rasamente sobre o tema, identifica-se a conexão entre o direito à moradia e a dignidade da pessoa.

Ora, tem-se então um direito tutelado normativamente na Constituição, conectado à dignidade humana e recentemente elevado ao status de direito fundamental. Tais elementos demonstram a importância da investigação sobre o que vem a ser esse direito e em como ele está sendo efetivado.

Além disso, é um direito social que alcança todas as pessoas. Todo indivíduo mora em algum lugar, quer seja o local digno ou indigno. Parte-se da premissa de que o ser humano necessita possuir um local que considera seu lugar seguro, ponto de descanso, o refúgio onde se sente protegido e permanece enquanto assim o desejar ou precisar, por ser um elemento constitutivo de sua dignidade. Por isso, a sua relevância estimula ainda mais a realização da pesquisa. A ciência jurídica, diante do direito fundamental social à moradia, deve encarar esse problema tentando entendê-lo, e analisando criticamente as ações concretas adotadas pelo União para o fim de torná-lo aplicável.

Identificado o problema e demonstrada a sua relevância, podem ser estabelecidos nesta pesquisa os seguintes objetivos: descrever os fenômenos “moradia” e “direito à moradia” na perspectiva da sua fundamentalidade; identificar o grau da sua eficácia jurídica e o papel realizado da União nessa tarefa; por fim, identificar se as

políticas públicas voltadas à concretização do direito à moradia lhe proporcionam efetividade.

Nesse sentido, uma vez compreendido o que é o direito à moradia, por meio de uma visada direta e intencional, será realizada a análise da sua eficácia jurídica e a identificação das medidas legais e regulamentares adotadas pela União para a sua viabilização. Após toda essa reflexão, revela-se pertinente identificar qual é o grau de realização do direito à moradia.

O enfrentamento do problema será realizado, inicialmente, com a apresentação de breves considerações sobre a opção metodológica. A releitura fenomenológica do instituto parece ser imprescindível para a compreensão do tema e para o seu aprofundamento.

Uma significação linguística, sociológica e jurídica, embora constituam parâmetros para a formação de um conceito de moradia, segundo a perspectiva husserliana, devem ser afastadas para compreender-se a essência do fenômeno, pois são visadas que podem mascarar o seu sentido puro, em virtude das pré-compreensões que as circundam.

Recorre-se à fenomenologia por ser uma filosofia de rigor, caracterizada como método e atitude, desenvolvida por Edmund Husserl para suprir as lacunas das ciências naturais, que não se preocupavam com a apresentação das coisas e do mundo tais como eles se mostravam por si mesmos, ou seja, como dados absolutos captados pela consciência intencional, que os revelam em carne e osso.

A busca da verdade, desde a Grécia antiga, notadamente a partir da formação das primeiras cidades ao redor do Mar Egeu, é um dos objetivos da filosofia. Num primeiro momento, os filósofos tentaram compreender o homem a partir da influência do cosmos. Posteriormente, voltaram as suas reflexões para a compreensão do mundo a partir do próprio homem. Desde a guinada da filosofia para o humanismo, busca-se o conhecimento da relação do homem para com o cosmos, para com ele mesmo e para com o próximo.

A Idade Moderna, aproximadamente entre os séculos XV e XVIII, caracterizou-se por outra guinada da razão filosófica (Renascimento e Iluminismo) e o seu forte desenvolvimento. É um período em que se estabeleceram as bases científicas que até hoje sustentam as pesquisas e a produção do conhecimento. Nesse período desenvolveram-se os processos empíricos, indutivos, dedutivos e hipotético-dedutivos, dentre outros, proporcionando um grande avanço nas ciências naturais, como por exemplo, a física, a matemática e a química.

Entretanto, a pesquisa que ora se inicia, voltada à compreensão do direito fundamental à moradia e da sua eficácia, é marcada por uma investigação de natureza ontológica, procurando evidenciar o que parece estar encoberto no âmbito social e jurídico.

Fala-se em encoberto pelo fato de que os processos estritamente lógico-dedutivos, fortemente influenciadores das atividades humanas na Modernidade, inclusive da criação do Direito, aparentemente, não dão conta de demonstrar os caminhos para a compreensão do que vem a ser moradia, bem como do alcance da sua proteção normativa, atualmente elevada ao nível de direito fundamental. Essa afirmação já antecipa uma perspectiva quantificada, estabelecida pelas normas positivadas que regulamentam assuntos direta e indiretamente vinculados ao direito à moradia.

Nessa seara, qualquer tentativa de racionalização da questão que ora se coloca, exclusivamente por meio da sua objetificação, quantificação ou matematização, tende a não evidenciar a essência do objeto da pesquisa. Na busca dessa compreensão do ser, encontra-se em Edmund Husserl uma direção filosófica rigorosa, que põe em questão o conhecimento produzido pela ciência ordinária, a qual não se preocupa com a essência dos objetos de estudos. Assim, pautando-se na fenomenologia, será possível evidenciar a essência do que realmente vem a ser moradia. A clarificação desse objeto mostra-se crucial para o seu radical conhecimento.

Justificada a opção metodológica, aparenta-se coerente contextualizar o desenvolvimento filosófico e o legal que culminaram no surgimento e na consolidação dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, o professor Ingo Wolfgang

Sarlet (SARLET, 2018) apresenta uma abordagem segura para a compreensão de tão delicado e importante tema, de modo que as suas lições oferecerão importante respaldo para a investigação que ora se propõe.

Num primeiro momento, o pensamento filosófico, partindo da análise do contexto social, ocupou-se da identificação e da denúncia das graves ofensas direcionadas aos indivíduos, homens e mulheres, que ficavam à mercê do poder estatal. E em um segundo momento, foram adotadas as premissas estabelecidas no campo filosófico, consolidando-se a transformação das reivindicações teóricas em atos legais concretos, para o fim de reconhecerem-se os direitos essenciais da pessoa humana e de fixar a sua proteção normativa (formal).

Oportunamente, serão apontadas as diferenças, quase que didáticas, entre direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais.

Será abordada a gama de sentidos incorporados aos direitos à liberdade, à igualdade e à fraternidade, os quais possuem grande extensão e servem de base para os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão. Esses três direitos constituem, sem sombra de dúvidas, o tripé de toda a teoria e culminou na criação normativa dos direitos fundamentais.

Considerando o tema do trabalho e o problema proposto, haverá uma maior concentração de esforços, de problematização e de considerações sobre os direitos sociais, os quais, pode-se adiantar, originam-se do direito à igualdade (material), situando-se na categoria de direitos de segunda dimensão. Pretende-se aqui buscar e apresentar fundamentos teóricos que justifiquem, ou melhor, que atribuam um rigor racional e seguro para o que vem a ser o direito à moradia.

Realizada essa inferência, a análise será dirigida à clarificação da essência do que é a moradia e do que é o direito fundamental à moradia. O conhecimento radical deste permitirá a compreensão do seu alcance em relação aos indivíduos, ao Estado e à sua eficácia. Fixadas tais premissas, será possível analisar a complementação legal e regulamentar do direito à moradia, no sentido da sua eficácia jurídica. Pretende-se verificar a atuação da União Federal sobre tais aspectos.

Essa delimitação descritiva permitirá que seja feita, logo em seguida, uma reflexão sobre a sua densidade normativa e, portanto, sobre a sua aplicabilidade imediata proporcionada pela União. Textos legais, como por exemplo o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, o Estatuto da Cidade e a Lei de Regularização Fundiária, dentre outras, direta ou indiretamente relacionam-se com a eficácia jurídica do direito à moradia digna. Trata-se de um complexo de textos legais que regulamentam os variados temas ligados à habitação.

Por fim, revisitando a opção metodológica, buscar-se-á identificar se a eventual aplicabilidade (eficácia jurídica) do direito à moradia proporcionado pela União chega a ser efetivado e em qual grau.

1 UMA PERSPECTIVA FENOMENOLÓGICA DO DIREITO

1.1 O PROBLEMA EPISTEMOLÓGICO DESTE TRABALHO

Não se mostra antiquado e nem ultrapassado afirmar, ainda, nos dias atuais que o Direito surgiu a partir da necessidade de regulamentação da vida em sociedade. O ser humano desenvolve-se em suas múltiplas possibilidades e potencialidades a partir das relações naturalmente existentes no âmbito de sua coexistência. Essa coexistência pode mostrar-se problemática, na medida em que as pretensões dos diferentes indivíduos entram em rota de colisão, podendo transformar-se em um conflito. Se pessoas diferentes assumem a posição de titulares de determinada coisa, de um local ou de um direito, sem que haja o reconhecimento voluntário da legitimidade da titularidade por parte de algum, aí nascerá um conflito. Nesse contexto, grosso modo e cientes de alguma imprecisão, pode-se afirmar que o Direito se coloca em uma sociedade para normatizar previamente as condutas dos indivíduos e as suas interrelações. Assim, com cotidiana frequência, conceitua-se o Direito como o conjunto de normas que regulam as relações intersubjetivas em uma sociedade.

Importa, no entanto, para o esforço desenvolvido neste trabalho, não só a conceituação do que venha a ser o Direito, ou melhor, do que venha a ser o direito à moradia, mas sim, que seja estabelecida uma compreensão radical do instituto e de suas razões fundamentais, o que não pode ser obtido seguramente a partir de dados decorrentes subjetivamente das (supostas) verdades fáticas perceptíveis estritamente por meio das sensibilidades.

A problematização ora proposta decorre da indagação epistemológica que sempre circunda a pesquisa e a ciência, de um modo geral, não sendo diferente com o Direito: qual é o caminho para a obtenção do conhecimento? Claro, colocada aqui como uma dúvida genérica, essa pergunta necessita ser adaptada em cada caso concreto para que auxilie o pesquisador a encontrar a solução para o problema que é o objeto de sua pesquisa.

Para o caso concreto, a relevância da questão pode ser demonstrada a partir de outra indagação: o direito à moradia é o que é ou é aquilo que os textos legais objetificam que o seja?

Se a proposta de resposta partir exclusivamente da demonstração dos fatos perceptíveis através das experiências sensíveis, certamente poder-se-á adotar como verdade a resposta proporcionada pelo conceito reduzido ao texto legal (que aliás nem existe). Em contrapartida, se o alcance da resposta for obtido, com segurança, a partir de um processo racional e radical que se afasta das proposições empiricamente formuladas, certamente o texto legal baseado em superficiais experiências factuais será insuficiente para o conhecimento do que vem a ser direito à moradia e, a partir daí, para compreender se as políticas públicas atualmente existentes dão conta de efetivar tal direito.

A investigação que se propõe a fazer, na verdade, que se observa necessária a fazer, pretende obter uma resposta fundamental para servir como sustentação da resposta ao problema enfrentado neste trabalho, motivo pelo qual o caminho a ser percorrido não pode apresentar-se com as facilidades e com as superficialidades perceptíveis *a priori* a partir das experiências sensíveis abundantes na complexidade do mundo da vida.

Sendo assim, tratando-se de um trabalho que procura ser teórico e, ao mesmo tempo, crítico em relação à efetividade das políticas públicas (supostamente) atreladas à eficácia do direito à moradia, deve-se, antes de tudo, priorizar a verdadeira compreensão daquilo se mostra racionalmente na consciência do que vem a ser o direito à moradia. Quaisquer tentativas rasas de deduções ou induções baseadas na observação factual, redundaria em respostas aparentemente corretas, pois verificáveis concretamente pelos sentidos, mas, todavia, fundamentalmente inseguras, pois seriam concebidas a partir de dados capazes de ocultar as essências que se evidenciarão do contato direto com o objeto do estudo.

Quer dizer, fixadas as premissas de colocar-se em questão o que é o direito à moradia e de qual é a importância dada ao caminho para se encontrar essa resposta, resta a reflexão inicial sobre o método, para que se possibilite a compreensão do objeto de estudo.

1.2 A PROPOSTA DA FENOMENOLOGIA

Desde a Grécia antiga, com o surgimento da filosofia, o homem busca a compreensão fundamental da natureza, do próprio homem, da razão, da ciência e do conhecimento.

Na trilha do caminho em busca do conhecimento, o pensamento filosófico direcionou-se naturalmente para a formulação de processos de objetificação do mundo, “disseminando no mundo helênico o ímpeto de organização das coisas e dos seus modos de manifestar-se objetivamente” (GUIMARÃES, 2008, p. 16).

Essa tendência ao objetivismo alimenta uma necessidade naturalmente compreensível do ser humano de atribuir um certo grau de certeza sobre o conhecimento e sobre os objetos, o que é concretamente realizável por meio de sua apreensão pelos sentidos. Nesse aspecto, assevera Aquiles C. Guimarães (2008, p. 16) que

Na modernidade, o realismo empirista clássico, sobretudo de Locke e Hume, mais tarde coadjuvado pelo positivismo de Comte, se encarregou de obscurecer os argumentos idealistas, dando suporte ao objetivismo que sairá sempre triunfante, sobretudo no processo de construção da civilização industrial.

Locke forneceu ao empirismo os contornos que ele atualmente possui, ao estabelecer que o conhecimento obtido por meio da experiência exige o reconhecimento de saberes universais e válidos, independentemente da experiência, ressaltando-se a impossibilidade da obtenção do conhecimento da realidade a partir do pensamento puro, pois o conhecimento ideal é proveniente da própria realidade factual e esta somente pode ser conhecida a partir de uma experiência sensorial (FONTES, 2008, p. 17). Dessa forma, os empiristas retro condicionam o conhecimento decorrente da racionalidade (o pensamento puro) àquilo que é concretamente vivido e apreciado no plano factual, relatando a impossibilidade de aquisição do saber em um plano exclusivamente teórico.

O processo de objetificação do mundo intensificou-se fortemente a partir da Modernidade, com a sua formalização matemática. Isso quer dizer que o mundo deixou de ser aquilo que se mostrava por ele mesmo e transformou-se em hipóteses criadas formalmente pela ciência (GUIMARÃES, 2005, p. 40). “Daí sermos herdeiros

próximos de uma tradição fabricadora do mundo, cujas consequências estamos vivenciando com a destruição da natureza e a virtualização da realidade” (GUIMARÃES, 2008, p. 17).

A percepção sensorial das coisas proporciona, antes de mais nada, respostas rápidas às indagações colocadas em questão, o que, dada a sua praticidade e a sua imediatidade, acalenta e conforma o natural desejo humano de obtenção de respostas. Nessa linha, a matematização do mundo como um processo, de certa forma, natural, aliás, natural não, compreensível a partir de uma visão de ciência que ofereça respostas imediatas, cuidou de simplificar o mundo em superficialidades objetificadas.

Embora o empirismo tenha, de certa forma, triunfado sobre o idealismo, ele não consegue superar seu preconceito intrínseco, mediante o qual decreta a inatividade do pensamento ante a inexistência das realidades sensoriais. Quer isso dizer, em termos exemplificativos, que o empirismo considera impossível o conhecimento da imagem de uma paisagem por uma pessoa cega. Entretanto, essa mesma pessoa consegue, sim, no plano da consciência, conceber descritivamente a imagem da paisagem sem ter experimentado essa percepção pelos olhos. Da mesma forma, seria impossível que uma pessoa surda fosse capaz de compor, harmoniosamente, uma sinfonia. Não obstante, tem-se o exemplo do músico surdo Ludwig Von Beethoven, o qual dispensa comentários. Assim, a afirmação de que o conhecimento decorre exclusivamente das experiências sensoriais sobre determinado objeto encontra inúmeros obstáculos e propõe igualmente numerosas respostas desprovidas de aceitabilidade racional.

A crítica ao empirismo partiria, naturalmente, da corrente de pensamento que lhe era diametralmente oposta, denominada racionalismo, segundo a qual todo o conhecimento surge precipuamente da razão. O pensamento seria a fonte de todo o conhecimento, extraindo de si mesmo “as regras que presidem e condicionam o processo de pensamento” (FONTES, 2008. p. 19).

No período final do século XIX e início do século XX, em meio à disputa entre a verdade racional e a verdade empírica, surge a figura crítica de ambas as correntes

na pessoa do filósofo alemão Edmund Gustav Albrecht Husserl (1859-1938), com a sua fenomenologia. Seu ponto de partida foi justamente a percepção da influência delimitadora das ciências naturais e de seus métodos nos demais ramos da ciência (HUSSERL, 1989, p. 40). Notou que a adoção de operações dedutivas, indutivas e empíricas, embora tenham proporcionado grande desenvolvimento à humanidade, também produziram um conhecimento que poderia não se mostrar verdadeiro. Os métodos das ciências naturais produziam conhecimentos que se mostravam, em suas palavras, como transcendências, quer dizer, dados artificiais sobre os objetos que, de alguma forma, encobriam o próprio objeto e a essência que dele diretamente se apreendia. Nesse contexto, a razão moderna “vinha encobrindo artificialmente os sentidos do mundo da vida (*Lebenswelt*)” (GUIMARÃES, 2005, p. 2).

A proposta empirista, levada às últimas consequências, conduziria à conclusão de que a mente de uma pessoa que não captasse qualquer sinal do mundo externo por meio de sua sensibilidade não seria capaz de realizar qualquer processo de pensamento (FONTES, 2008, p. 17), o que revela, ou pelo menos coloca em dúvida, as bases que fundamentam o empirismo.

Logo, tal conhecimento aparentava não ser seguro. Então, acreditar que a possibilidade de conhecimento se limitava a isso acabava ocasionando ceticismo em relação à própria ciência, a seus métodos e ao conhecimento por ela proporcionado (HUSSERL, 1989, p. 44). Se o verdadeiro conhecimento se resume a respostas oferecidas a partir dos processos lógicos e de experiências e tais processos são insuficientes para refutar a realidade fornecida pela consciência, então, aquilo que se diz ciência não possui fundamentos seguros para rogar para si a verdade sobre o conhecimento.

A filosofia não poderia deixar de enfrentar esse problema, e para tanto, também não poderia valer-se das mesmas bases da ciência natural. Afinal, aquilo que dá origem a um problema não pode servir de base para a sua solução. Aparecia, então, a necessidade de desenvolver-se algo novo. Nascia a fenomenologia. Seu propósito seria criticar as ciências e a atitude natural, bem como apresentar um conhecimento seguro, essencial, absoluto e universal.

A filosofia de Husserl, baseava-se fundamentalmente na premissa de que

a fenomenologia pura ou transcendental não será fundada como ciência de fatos, mas como ciência de essências (como ciência 'eidética'); como uma ciência que pretende estabelecer exclusivamente 'conhecimentos de essência' e de modo algum 'fatos' (HUSSERL, 2006, p. 28).

Esse foi, talvez, o gatilho que deu origem à inquietação e à investigação produzida pelo autor, proporcionando-lhe estabelecer uma diferença entre fato e essência. Nesse contexto, considerando que as ciências empíricas eram ciências de fato (HUSSERL, 2006, p. 34) e, dados os problemas já identificados sobre a imprecisão e a porosidade do conhecimento por elas proporcionado, Husserl percebeu que os fundamentos de um conhecimento puro não poderiam basear-se nos fatos, o que o levou a buscar um dado que fosse seguro e universal, atingindo, portanto, aquilo que foi por ele identificado como essência. "A essência (*eidós*) é uma nova espécie de objeto. Assim como o que é dado na intuição individual ou empírica é um objeto individual, assim também o que é dado na intuição de essência é uma essência pura" (HUSSERL, 2006, p. 36).

A grande diferença, talvez a maior diferença existente entre os objetos do conhecimento considerados pelas ciências empíricas e pela fenomenologia é que esta última não se restringe aos dados da experiência sensível, cujas condições de possibilidade partem da experiência, permitindo-se, assim, justificar e explicar o conhecimento também advindo de vivências distintas da percepção. Para Husserl, o *eidós*, ou essência pura, pode ser captado intuitivamente a partir das vivências factuais como a recordação e a percepção, mas também pode ser intuído a partir de dados imaginários (HUSSERL, 2006, p. 38). Assim, enquanto as ciências naturais ocupam-se dos objetos singulares, a fenomenologia atém-se às essências puras.

Isso atribui às essências um caráter prévio àquilo que é apreensível por meio das experiências. Quer dizer, se o dado identificado como absoluto, capaz de ser intuitivamente captado pela consciência, pode ser encontrado independentemente de uma realização concreta e perceptível, nada mais razoável do que se compreender que a sua ocorrência se dá em um plano transcendente ao dos dados encontrados a partir das atividades da experiência. Assim, na visão de Husserl, a

busca racional da essência também serve de fundamento até para as ciências empíricas. E essa concepção subsidia as fortes críticas do pai da fenomenologia às raízes obscurecidas que sustentam artificialmente as bases teóricas dos empiristas. Nas palavras de Husserl (2006, p. 64)

Enquanto eles, como filósofos autênticos que adotam um ponto de vista e em manifesta contradição com seu princípio de que se deve estar livre de preconceitos, partem de opiniões prévias não clarificadas e infundadas, nós outros temos nosso ponto de partida naquilo que se encontra *antes* de todo ponto de vista: na esfera completa do que é dado intuitivamente e antes de todo pensar teorizante, em tudo aquilo que pode ser visto e apreendido imediatamente - não nos deixando ofuscar por preconceitos e ficar impedidos de prestar atenção a classes inteiras de dados autênticos.

Por toda reflexão salientada até agora, fica clara a existência de um problema sobre o conhecimento e sobre suas premissas metodológicas, bem como identificada a necessidade de estabelecer-se um novo parâmetro para a formulação e a compreensão de dados que realmente fossem seguros e universais. A partir de então, Husserl procurou estabelecer as premissas sobre as quais se fundamentava a sua fenomenologia e, por uma necessidade lógica, estipulou um método para a aplicação de sua filosofia. Nesse sentido, a “fenomenologia designa um método e uma atitude intelectual: a *atitude intelectual* especificamente *filosófica*, o *método* especificamente *filosófico*”. (HUSSERL, 2018, p. 44)

Havia, pois, a necessidade de estabelecer-se um ponto de partida seguro para o conhecimento das essências, o que levou Husserl a apropriar-se da racionalidade de Descartes. A consciência, o “penso, logo existo”, era uma base indubitável para erguer-se a construção da teoria que ali se desenvolvia. Quer dizer, mesmo que se duvidasse do conhecimento produzido pelas ciências naturais e de seus métodos, a razão, a consciência, era real e inquestionável, de modo que, se há um conhecimento seguro, ele somente poderia dela advir (HUSSERL, 1989, p. 54).

Husserl procurou estabelecer uma diferença entre o processo cognitivo que resulta em um dado, a *cogitatione*, e a consciência pura, a *cogitatio*. Nesse sentido, suas reflexões o levaram a compreender que a clareza do fenômeno evidenciado pela consciência intuída era suficiente para afastar os problemas identificados nos processos psicológicos do pensamento. Portanto, a *clara et distincta perceptio*

proporcionada pelo conhecimento da consciência pura outorgava segurança para se afirmar que ela seria o ponto de partida indubitável para o conhecimento das essências (HUSSERL, 2018, p. 26). Assim, a consciência seria responsável por “evidenciar o objeto que efetivamente vê, direta e adequadamente em si mesmo” (HUSSERL, 2018, p. 86).

Entretanto, qual seria o mecanismo capaz de discernir a consciência pura, que evidencia as essências puras da consciência singular, que objetifica as transcendências? Para esse problema, Husserl acrescentou que a consciência pura era direcionada pela intencionalidade. Segundo o autor, quando uma consciência pura intenta algo no processo de redução fenomenológica, ela intenta “justamente isto aqui, não o que ele visa transcendentamente, mas o que é em si mesmo e tal como está dado” (HUSSERL, 2018, p. 70). Dessa forma, a intencionalidade seria responsável pela capacidade da consciência de evidenciar as essências.

A intencionalidade é uma noção chave para a filosofia husserliana, pois ela permite compreender que os objetos são objetos para a própria consciência e esta, por sua vez, sempre seria a consciência de algo. Essa perspectiva permite considerar o objeto do conhecimento não como uma mera presença ou uma existência real, mas sim como um objeto para a consciência humana, situado no plano do *cogito*. Ou seja, o objeto do conhecimento é imanente à consciência (CUNHA, 2015, p. 51).

As essências, ou os dados absolutos, os quais compõem o objeto de compreensão da fenomenologia, não são os fatos apreensíveis pela percepção, tampouco aqueles decorrentes dos processos estritamente lógicos, mas sim, aqueles captados a partir de uma visada intencional e descontaminada das transcendências.

Por outro lado, também não se pretende a obtenção dados objetivamente válidos. Quer dizer, a filosofia dos fenômenos não investiga se tal fenômeno puro é válido ou existente, mas apenas procura identificar aquilo que ele é em sua essência.

Dessa forma, a diferença básica do objeto de estudo das ciências e da fenomenologia é o dado absoluto. Quer dizer, enquanto as ciências atentam-se às percepções externas do objeto, a fenomenologia busca descrever os fenômenos

puros evidenciados pela consciência mediante a intencionalidade. “A toda vivência psíquica corresponde, pois, por via da redução fenomenológica, um fenômeno puro, que exhibe a sua essência imanente (singularmente tomada) como dado absoluto (HUSSERL, 2018, p. 69).

1.3 O MÉTODO FENOMENOLÓGICO

Estabelecidas as premissas de sua atitude filosófica, precisava Husserl criar um mecanismo coerente para a colocar em prática as suas ideias, para obter aquilo que pretendia, ou seja, o conhecimento seguro das essências dos objetos. Assim, pautado nessa necessidade, ele estabeleceu as etapas para a aplicação da fenomenologia.

Em sua obra “A ideia da fenomenologia”, o autor sintetiza, de forma concreta e consistente, o caminho para a obtenção segura do conhecimento das essências dos objetos em carne e osso, o método fenomenológico. Ao se falar método, deixa-se claro que, além de ser uma teoria crítica, também se reveste como uma filosofia epistemológica, mesmo tendo o autor refutado expressamente tal designação.

Noutro giro, o objeto apreendido deve ser visado descontaminado de transcendências para que se obtenha o fenômeno puro. Na apreensão do objeto em busca de um fenômeno puro, o conhecimento que se pretende obter é daquilo que se mostra a partir do próprio o objeto, o que está dado nele mesmo, em carne e osso. Para tanto, deve-se suspender o objeto, colocando-o entre parênteses, para que ele se descontamine das transcendências que lhe falseiam a essência. Essa suspensão foi denominada como “redução eidética”. Da mesma forma, o ‘eu’ consciente, a *cogitatio*, deve ser colocado em suspensão, entre parênteses, descontaminando-se das pré-compreensões, por meio da “redução transcendental”. À realização conjunta da suspensão do objeto e da *cogitatio*, Husserl denominou “redução fenomenológica” ou “*epoché*” (HUSSERL, 2018, p. 70). Para o filósofo alemão

o conceito da *redução fenomenológica* adquire uma determinação mais precisa, mais profunda e um sentido mais claro: não é exclusão do verdadeiramente transcendente (por ex. no sentido empírico-psicológico),

mas exclusão do transcendente em geral como de uma existência a admitir, isto é, de tudo o que não é dado evidente no sentido genuíno, dado absoluto do ver puro. (HUSSERL, 2018, p. 27)

Diferentemente das bases epistemológicas até então desenvolvidas e priorizadas pela ciência moderna, a fenomenologia não utiliza operações dedutivas, indutivas ou empíricas, justamente por se perceber que o seu uso indiscriminado não alcança sempre a verdade, ou melhor, não alcança o conhecimento puro do dado absoluto.

Nesse sentido, toda a reflexão ora proposta, parte de uma abstenção metodológica dos dados se colocam entre a consciência intencional e o objeto do conhecimento (o direito fundamental à moradia), para que haja uma visada direta e sem as intermediações que podem vir a obscurecer os seus sentidos essenciais.

1.4 A FENOMENOLOGIA E O DIREITO

Essa compreensão se aproxima do Direito naquilo que se criticou anteriormente, quando as ciências jurídicas passaram a adotar irrefletidamente os métodos fomentados pelo pensamento racional-científico da Modernidade. A necessidade de uma visada fenomenológica do Direito é percebida por Fontes (2012, p. 55) ao afirmar que:

É, entretanto, a nossa época vocacionada para um grande salto na proteção de novos direitos, em cujo processo tem lugar um incessante relevo de teorias, que se põem de manifesto aos multiformes e complexos ideais, muitos novos, outros velhos, que surgem e sustentam hipóteses diversas, muitas vezes paradoxais, cuja veracidade é, com frequência, muito difícil de estabelecer, ao menos por enquanto, de forma a que a verdade, como se diz vulgarmente, está oculta no *fundo do poço*.

Pode-se afirmar, então, que a fenomenologia é “uma orientação metodológica pela qual poderemos nos confrontar com as coisas mesmas, de forma a distanciarmos da manipulação técnica abundante nas ciências e também no Direito” (CUNHA, 2014, p. 113).

Na mesma linha, sustenta André R. C. Fontes que “o método utilizado pela Fenomenologia difere da argumentação dedutiva, indutiva ou dialética e, como é

corrente nas vivências puras, descreve fatos que concernem à referência intencional da nossa consciência (pura) ao objeto intencional” (FONTES, 2012, p. 52).

A influência objetificante das ciências modernas no Direito pode ser percebida a partir de uma reflexão geral sobre o sistema, o que tem lhe ocasionado um certo engessamento, na medida em que a normatização matematizada das regras jurídicas tende a afastar a realidade do mundo da vida do âmbito de sua aplicação.

Para facilitar a identificação desse problema, adota-se um exemplo sempre lembrado pelo professor Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (2010, p. 128):

Tomemos o direito constitucionalmente assegurado ao idoso a uma prestação continuada mensal, no valor de um salário mínimo. A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu art. 203, garante-lhe o referido benefício assistencial, desde que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. Esse quadro de miserabilidade, em face da “incerteza” que poderia gerar na sua qualificação, acabou por criar o que chamo de matematização do conceito, com a fixação de um valor legal para a sua caracterização. Assim, postulado em juízo o benefício e nomeado um perito da área de assistência social para aferir as condições de vida do requerente, resulta daí um laudo detalhado em que é evidenciada de forma inequívoca a sua situação de penúria. Mesmo assim, paradoxalmente pode ter ele o seu direito ao benefício recusado porque sua renda mensal per capita familiar é igual a um quarto do salário mínimo (a Lei n.º 8.742/93, em seu art. 20, § 3.º, estabelece que a “miserabilidade” fica caracterizada se a referida renda for inferior àquela fração). Como se alguém pudesse, por exemplo, deixar de ser miserável em virtude de algumas frações de centavos!

A leitura do hipotético caso retrata com clareza o problema identificado na apropriação de uma rígida sistematização matematizada do Direito, que pode chegar ao ponto de ignorar uma situação de miserabilidade evidente de um idoso que justificaria a obtenção de uma prestação financeira, caso o resultado da equação aritmética da renda familiar *per capita* não seja aquele estipulado pela legislação. Dessa forma, uma releitura fenomenológica do Direito, além de aparentar-se viável, revela-se também como uma aproximação necessária ao bom e ao justo.

Essa tendência objetificante decorre de uma característica humana própria que é o desejo de obtenção de segurança e previsibilidade. A mesma segurança proporcionada pela ciência mediante a realização de todas as suas operações experimentais, de certa forma, tem conduzido o ser humano a moldar o mundo, e

também o Direito, ocasionando, assim, uma inversão entre a realidade do fundamento e do fundamentado. “Assim, o fundamento passa a ser o fundamentado” (CUNHA, 2010, p. 127).

Nesse contexto, e agora clarificando a possível e necessária opção metodológica deste trabalho, como se verá adiante, os direitos fundamentais, fincados rigorosamente em uma característica intrínseca do ser humano, a sua dignidade, os quais foram conquistados e reconhecidos a duras penas, podem se encontrar limitados devido a essa tendência retraída do Direito. Quer dizer, o molde idealizante que apresenta toda a segurança e a previsibilidade implica a sujeição da realidade aos seus contornos, ainda que a reflexão sobre a situação concreta evidencie que ela não se ajusta ao modelo padrão (CUNHA, 2010, p. 128).

Tal não pode ser o fim do Direito. Uma releitura fenomenológica pode proporcionar a sua associação ao mundo da vida, tal como ele se mostra, e não como ele é moldurado pela influência metodológica das ciências empíricas (COUTO, 2012, p. 49). Nessa perspectiva, o Direito faria uma revisitação à dignidade humana, um retorno ao seu fundamento como fonte de justificação para o fundamentado.

Portanto, a adoção da fenomenologia para a resolução do problema identificado neste trabalho procura proporcionar a clareza necessária para compreender em que se constitui essencialmente o direito fundamental à moradia, a sua eficácia jurídica e se as normas positivas que viabilizam a sua aplicabilidade contemplam todos os seus aspectos essenciais, proporcionando-lhe a plena efetivação.

2 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À MORADIA

2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Os ensaios teóricos sobre o conceito de Estado começaram a se desenvolver com maior densidade a partir do século XVI, sendo o termo ‘Estado’ mencionado pela primeira vez por Nicolau Maquiavel (1532) em sua obra ‘O príncipe’. Com a evolução natural da sociedade ao longo do tempo, diversos autores procuraram definir teoricamente os fundamentos de existência desse ente dotado de poderes públicos e com capacidade de organização da sociedade.

O foco principal deste capítulo, dado o recorte temático do trabalho, não é investigar a evolução da teoria do Estado sob as suas várias óticas¹, mas sim compreender o desenvolvimento histórico dos direitos fundamentais individuais e sociais, a partir da filosofia jusnaturalista, passando pelos paradigmas das feições do Estado, do Liberal ao Neoliberal. Duas, entretanto, são as observações a serem feitas precisamente nesta etapa do trabalho. A primeira relaciona-se ao aspecto das diferenças terminológicas entre ‘direito do homem’, ‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’. A vagueza dos termos e o seu uso, às vezes, indistinto, contribui para que haja uma porosidade de seus sentidos.

Parece acertada a opção de considerarem-se diferentes as expressões na medida em que pode ser observada a preponderância da utilização da expressão direitos fundamentais nos documentos constitucionais internos dos Estados. Inclusive, isso é verificado na Carta de 88, que reconhece como fundamentais os direitos estabelecidos em seu Título II (do art. 5º ao art. 17). Por outro lado, os direitos humanos são assim tratados nos documentos internacionais “que reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos” (SARLET, 2018. p. 29). Há, portanto, uma manifesta carga supranacional vinculada à expressão. E, por fim, direitos do homem seriam aqueles do chamado

¹ Thomas Hobbes, John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Montesquieu etc.

direito natural, desprovido de positivação, e ocupante do meio filosófico, sociológico e político. Em apertada síntese, pode-se considerar

“direitos do homem” (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), “direitos humanos” (positivados na esfera do direito internacional) e “direitos fundamentais” (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado) (SARLET, 2018, p. 30).

Essa compreensão distinta para as referidas expressões não implica em uma relativização metodológica. Quer dizer, cada objeto isolado é passível de apreensão individualizada, mesmo que sejam de categorias próximas, componentes de uma mesma região. Negar a possibilidade de descrições diferentes a direitos do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, seria o mesmo que negar a diferença entre as essências do vapor d’água, da água e do gelo. Não se tratando, pois, de um mero capricho linguístico.

Ainda que essa compreensão dos institutos seja passível de crítica, como para aqueles que sustentam que são direitos humanos todos aqueles inerentes à natureza humana, positivados ou não, e fundamentais, indistintamente, aqueles positivados constitucionalmente ou em tratados internacionais, as várias leituras sobre as três concepções reconhecem a sua diferença quanto a sua eficácia jurídica e a sua efetiva proteção, haja vista a fundamentalidade formal e material que integram determinado direito apenas quando ele ingressa textualmente na Constituição (SARLET, 2018, p. 30).

A segunda ressalva relaciona-se com reconhecimento das feições adotadas pelo Estado ao longo da história. Trata-se, na verdade, de fatos históricos correspondentes aos diferentes comportamentos humanos naquilo que positivaram como direitos fundamentais. “É natural, portanto, que as mutações políticas, sociais e culturais que se desenrolaram nas sociedades moldem a forma com que estes direitos são encarados” (SARMENTO, 2004, 375). Dessa forma, não é que a essência do que seja o Estado alterou-se no decorrer da história. Essa conclusão corresponderia àquilo que Husserl tanto criticava e que denominava historicismo. Entretanto, é inegável que o Estado assumiu premissas políticas, jurídicas, econômicas e sociais diversas entre os séculos XVI e XXI, as quais podem ser

rigorosamente analisadas com as suas características próprias e peculiares. Pode-se afirmar que cada feição estatal corresponde a uma categoria individualmente delimitada, sobre a qual é possível a obtenção de suas essências. Aliás, nas lições do pai da fenomenologia, identificou-se que toda vivência da percepção ou psíquica pode ser objeto para a consciência intencional, o que permite as diferentes compreensões sobre as diversas feições do Estado ao longo da história.

2.2 OS DIREITOS NATURAIS

Não há dissenso relevante entre os pensadores quanto à inexistência de direitos fundamentais na antiguidade. De igual modo, também não se mostra divergente o reconhecimento de que a religião e a filosofia do mundo antigo forneceram, em alguma medida, as ideias que influenciaram o jusnaturalismo em sua concepção de que o ser humano é titular de direitos naturais e inalienáveis pelo simples fato de existir. “De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão” (SARLET, 2018, p. 27-38). Um bom exemplo é fornecido na obra de Olivier Nay, segundo o qual Clístenes²

Preocupado em pôr um fim às lutas tribais que dilaceraram a Ática [...] inicia, em 507, uma vasta reforma das estruturas políticas que faz dele um dos pais da democracia antiga. Apoiando-se explicitamente no ideal de isonomia (igualdade aritmética), ele reconhece a todos os cidadãos um direito igual de participar nas instituições da vida pública (NAY, 2007, p. 32).

Já na idade média, sob forte inspiração religiosa, Santo Tomás de Aquino sustentava a existência de duas ordens normativas distintas formadas pelo direito natural e pelo direito positivo. O direito natural decorria da racionalidade própria e exclusiva do ser humano, que lhe atribuía dignidade, devendo o direito positivo submeter-se ao direito natural, permitindo-se, em casos singulares, até o exercício do direito de resistência pelo indivíduo. Por influência de Santo Tomás de Aquino, o italiano Pico della Mirandola, no Renascimento, sustentava que a personalidade humana possuía um valor próprio, inato, caracterizado como um valor natural

² Claro que a igualdade extraída do modelo grego ora lembrado, não correspondia exatamente àquela buscada pelos atuais direitos fundamentais. Entretanto, ele não deixa de ser uma inspiração para o Renascimento e para o Iluminismo, na medida em que apresenta uma igualdade formal dos direitos políticos dos cidadãos gregos.

decorrente da ideia de dignidade do ser humano, inalienável e incondicionado. Nesse contexto, o jusnaturalismo é compreendido como uma corrente jusfilosófica segundo a qual o ser humano possui direitos inerentes à sua condição de ser humano, pautados em sua dignidade, os quais condicionam e subordinam o direito positivo (SARLET, 2018, p. 38).

Essa concepção, na verdade, possuía cunho religioso baseado no cristianismo, afinal de contas, o homem era feito à imagem e semelhança de Deus. Nesse sentido, aponta Daniel Sarmiento (2016, p. 51) que “até o advento da Modernidade, era sobretudo no discurso religioso que se encontravam exaltações à dignidade do ser humano, em geral expressas por meio de outro vocabulário”.

Ainda nessa fase anterior ao Estado constitucional, a obra de John Locke contribuiu singularmente para a formação dos direitos humanos, na medida em que ele reconhecia aos direitos naturais e inalienáveis do homem, reservadamente aos cidadãos, contudo, uma eficácia oponível aos detentores do poder, baseado no contrato social, podendo exercer o seu direito de resistência. No fim do século XVIII, o Iluminismo de inspiração jusnaturalista permitiu a criação da doutrina contratualista e a teoria dos direitos naturais do indivíduo, sendo Tomas Paine (1737-1809) o responsável pela adoção da expressão ‘direitos humanos’ ao invés de direitos naturais (SARLET, 2018, p. 40).

Concluindo essa fase, arremata Norberto Bobbio que os fundamentos dos direitos do homem nasceram na filosofia jusnaturalista, a qual compreendia que havia um estado de natureza, “onde os direitos do homem são poucos e essenciais: o direito à vida e à sobrevivência, que inclui também o direito à propriedade; e o direito à liberdade, que compreende algumas liberdades essencialmente negativas” (BOBBIO, 1992, p. 73). Para o autor italiano, a teoria de Kant é a conclusão dessa fase filosófica dos direitos do homem, anterior às primeiras Declarações de Direitos, compreendendo o filósofo prussiano que haveria um único direito natural do homem, a liberdade, entendida como sua independência em face de todo constrangimento imposto pela vontade de outro, estando todos os demais direitos, inclusive a igualdade, nela compreendidos (BOBBIO, 1992, p. 74).

A partir das breves considerações ora expostas, pode-se compreender uma concepção ontológica do ser humano para o direito natural, revelando-se a dignidade como um fator que integra a composição do seu ser. Assim, a indissociabilidade entre os componentes do ser implicaria no reconhecimento da oponibilidade do indivíduo, enquanto dotado de dignidade, da proteção de seus próprios fatores como um direito inerente e também integrante do ser. Quer dizer, se a pessoa humana compõe-se por fatores dentre os quais a sua dignidade, não é possível exigir-se que ele disponha daquilo que o integra. Em termos essenciais, a visada ontológica do homem permitiu a sua descrição absolutamente reduzida revelando aquilo que ele é em carne e osso: um ser com dignidade intrínseca. E, a partir dessa compreensão, fundamentou-se a filosofia jusnaturalista que, por sua vez, fundamentou a teoria dos direitos humanos, desenvolvida a partir da edição das Declarações de Direitos. Esse panorama permite que seja avançada a história, identificando-se as transformações ocorridas a partir do final do século XVIII.

2.3 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO NEOLIBERAL

Existe um encadeamento histórico que significou o aumento do nível de proteção e de garantia dos direitos naturais contra o Estado. Essa evolução, sem dúvida, caminhou lado a lado com as modificações das feições estatais. Por isso, justifica-se a realização de um trânsito no tempo para buscar a identificação desses comportamentos, bem como de seus fundamentos. Para SARLET (2018, p.36)

[...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

Desde o final do século XVIII, o mundo ocidental sofreu profundas modificações em seus contextos sociais, econômicos e normativos. Extinguiram e enfraqueceram-se as monarquias, fortaleceram-se os parlamentos e instituíram-se as repúblicas. O poder foi retirado das monarquias absolutas e passou a ser exercido pela nação (SIEYÈS, 2001).

Foi um período de grande tensão entre a classe burguesa de um lado, e as monarquias, as elites aristocráticas e o clero do outro lado. A sociedade viu o surgimento das chamadas cartas de direitos, como por exemplo a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, firmada na França. Documentos como esse subsidiaram aquilo que hoje se conhece no plano supranacional como os direitos humanos, reconhecendo-se universalmente a necessidade de proteção dos indivíduos contra o poder estatal. Norberto Bobbio destaca que os relatos sobre a época são unânimes ao reconhecer que a declaração francesa “representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano” (BOBBIO, 1992, p. 85), atribuindo às declarações de direitos uma importância histórica e jurídica, mesmo não possuindo caráter positivo.

Sustenta Ingo W. Sarlet que, apesar da disputa doutrinária sobre a origem jurídica dos direitos fundamentais entre a Declaração do Estado da Virgínia, de 1776, e a Declaração francesa, de 1789, pertence à americana a prerrogativa de marcar a transição entre os direitos de liberdade legais ingleses, com a sua conversão em direitos fundamentais constitucionais (SARLET, 2018, p. 43).

A fixação dos direitos individuais dos cidadãos contra o Estado apresentou ao mundo uma nova concepção de Estado, haja vista uma rigorosa limitação de seus poderes sobre as liberdades individuais. “Nesse contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma [...], também a história da limitação do poder” (SARLET, 2018, p. 36). Em outras palavras, a premissa da liberdade dos indivíduos passou a balizar a atuação estatal, motivo pelo qual a ideia de liberdade passou a ser denominada liberalismo. A partir do momento em que Estado passou a atuar baseado no liberalismo, ele assumiu a feição que se convencionou chamar de Estado Liberal. O fundamento do liberalismo, por sua vez, era a premissa de que o Estado, ou melhor, o poder estatal, atemorizava o indivíduo. Assim, se o Estado representava o poder e este subjugava a liberdade que integra o indivíduo, ele caracterizava-se, portanto, como o inimigo da sociedade (BONAVIDES, 2007, p. 40). Por isso a forte concentração do movimento de suplantar o poder estatal.

As novas prerrogativas dos indivíduos desenvolveram-se ao ponto de, grosso modo, o Estado não interferir mais nas relações individuais, notadamente no mercado econômico e nas relações de trabalho, concentrando sua atuação necessariamente nos assuntos que lhe são próprios, tais como a proteção da nação frente a investidas estrangeiras, polícia etc. Esse período foi marcado por grande desenvolvimento científico e econômico – da burguesia –, bem como pela severa crise social, com uma expressiva concentração de riquezas.

Os direitos individuais, pautados necessariamente na proteção da liberdade individual, desenvolveram-se para proteger a classe burguesa e para garantir a sua proteção contra o Estado, até pouco tempo absoluto, bem como para a manutenção de seu enriquecimento após a revolução industrial. Na lição de Fábio Konder Comparato (1989, p. 93), o Estado Liberal

assumiu, portanto, desde o seu nascimento, um feitiço marcadamente estático e conservador. Não se pedia aos Poderes Públicos, nem deles se esperava, que construíssem uma nova sociedade ou modificassem, ainda que minimamente, a sociedade existente. Exigia-se-lhes, apenas, que protegessem as liberdades individuais e mantivessem a ordem pública. Daí haver sido justamente caracterizada a Constituição do Estado liberal como criadora do sistema *government by law*.

Outra característica verificada nesse período foi a vinculação do núcleo material das primeiras constituições à “noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes” (SARLET, 2018, p. 59). Essa vinculação pode ser extraída do próprio texto da Declaração de 1789, o qual prescrevia em seu artigo 16º que qualquer “sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Percebe-se, portanto, que para que um texto legal fosse considerado uma Constituição, era necessário que ele garantisse os direitos individuais e que fixasse a separação dos poderes, nos moldes definidos por Montesquieu. (FERREIRA FILHO, 2005. p. 09).

Não demorou muito a começarem a surgir conflitos entre a classe burguesa e a operária, que vivia em situação de miséria social e política, ficando “exposta a fragilidade da liberdade conquistada pela burguesia, que nada mais era do que uma

abstração para as demais classes” (GOTTI, 2012, p. 34). A almejada e conquistada liberdade, valor máximo do Estado Liberal, acarretou

[...] graves e irreprimíveis situações de arbítrio. Expunha, no domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos. O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar (BONAVIDES, 2001, p. 59).

Frente à grave crise social instalada pelo capitalismo selvagem desenvolvido no Estado Liberal, surgiram críticas ao sistema a partir de diversos setores diferentes como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da Igreja. Para o marxismo, os direitos humanos, os direitos humanos ligados ao liberalismo eram uma fachada para atribuir legitimidade à exploração do proletariado. Assim, não adiantava o Estado acabar com o fim formal das distinções decorrentes da classe social se ele permitisse que a própria sociedade regulasse tais distinções. Segundo Marx, a dominação econômica só teria fim com a implantação do comunismo e com a extinção das classes sociais. Por outro lado, embora o socialismo utópico também identificasse a impossibilidade do liberalismo resolver a questão social, seus pensadores não defendiam uma revolução socialista para a tomada do poder, baseando-se no idealismo inocente de que a burguesia se convenceria da necessidade de promover as reformas sociais. Por fim, a Igreja, que também discordava radicalmente do pensamento marxista, defendia a criação de direitos mínimos para o trabalhados e uma posição mais ativa do Estado para proteger os mais pobres (SARMENTO, 2003, p. 386-387).

É evidente que um modelo social de trabalho escravizador não poderia perpetuar-se tranquilamente na sociedade. As leoninas relações de trabalho, somadas à grave crise social, como já declinado, geraram grande tensão entre as classes, o que conduziu à eclosão de um movimento de pessoas que passaram a reivindicar atenção à “questão social”.

A luta pela melhoria das condições dos trabalhadores e a percepção das distorções intoleráveis a que levavam a aplicação das noções jurídicas típicas do liberalismo às relações laborais conduziram à derrocada desse modelo, e à sua substituição por um novo, ao qual – dada sua articulação

como resposta ao conflito que então se denominava 'questão social' – se deu o nome de Direito social (ABRAMOVICH; COURTIS, 2006, p. 11-12).

Essas demandas exigiam um comportamento diferente do Estado, no sentido de atuar, de certa forma, restringindo e modificando a liberdade individual, conforme ela havia sido moldada no nascimento do liberalismo. A noção de liberdade, na verdade, dada a realidade social causada pelo afastamento do Estado das relações econômicas e laborais, apresentava-se como eminentemente formal. Quer dizer, a esmagadora maioria das pessoas não tinha a efetiva liberdade, pois estavam submetidas à ferocidade das relações que consideravam a sua força de trabalho como uma mercadoria qualquer, sujeita às leis da oferta e da demanda, além de estarem inteiramente desamparadas pelo Estado.

A percepção que se formava era a de que o Estado deveria atuar para implementar melhores condições sociais, proporcionando a diminuição da desigualdade social. As reivindicações do proletariado, progressivamente, transformaram-se em conquistas e no início do século XX, diversas constituições começaram a incorporar em seus textos um conjunto de direitos para atenderem à questão social. Podem-se citar as constituições do México de 1917, da Rússia de 1918, da Alemanha (Weimar) de 1919. A superação definitiva do Estado Liberal, por sua vez, ficou evidenciada pela grande crise do capitalismo que ocorreu no intervalo entre as duas grandes guerras, cujo clímax se deu com a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929. A recessão que a ela sucedeu tornou clara a necessidade de alguma intervenção do Estado na economia. Nesse contexto surgiu a figura do economista John Maynard Keynes, o qual defendia um modelo de intervenção estatal no mercado e que fundamentou a política econômica do Presidente americano Franklin Delano Roosevelt. Nascia, então, o Estado Social -*Welfare State* (SARMENTO, 2003, p. 388).

Enquanto “o poder no Estado Liberal era exercido no sentido de limitar a utilização dos direitos em benefício da segurança. Agora, no Estado social, o fim passa a ser outro” (BASTOS, 2004, p.168). A ideia dessa nova feição de Estado Social pode ser identificada quando

o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional, ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, receber com justiça a denominação de Estado Social (BONAVIDES, 2007, p. 186).

As premissas que definiram o Estado Social determinavam seu papel fortemente interventor na sociedade para atingir o objetivo de proporcionar às pessoas a igualdade e a liberdade materiais, reais, e não meramente formais. Quer dizer, se a classe proletária não possuía condições de adquirir os bens e serviços necessários para ter uma vida digna, como por exemplo a educação, os serviços de saúde, a segurança e a previdência, dentre outros, o Estado deveria assumir a responsabilidade de proporcionar às pessoas a fruição desses direitos. As constituições passaram a incorporar em seus textos, como fundamentais, os direitos à previdência, à saúde e à educação, dentre outros. Nesse contexto, pode-se afirmar que

O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia (BONAVIDES, 2004, p. 378).

Em outras palavras, os direitos sociais caracterizam-se por garantir aos indivíduos receberem “prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” (SARLET, 2018, p. 47). Essas premissas que impunham um papel ativo ao Estado, por certo, não foram observadas de maneira dócil pela sociedade liberal.

Não obstante os direitos sociais tenham começado a ganhar os textos constitucionais como direitos fundamentais, a máquina estatal ainda funcionava segundo as premissas do liberalismo, de maneira que foram impostos obstáculos à

efetivação da nova gama de direitos, notadamente devido à eficácia limitada com a qual foram formatados. Essa

eficácia limitada dos direitos sociais nas primeiras constituições sociais atém-se em grande parte à imposição de premissas do modelo de Estado Liberal – com sua lógica de abstenção, a estrutura dos seus conflitos e a interpretação de seus direitos vocacionada ao “bloqueio” da atuação do Estado – ao Estado Social, o que acaba, infelizmente, ocorrendo em alguma medida até os dias de hoje (GOTTI, 2012, p. 37).

A grande tarefa de concretização da nova geração de direitos era redimensionar a liberdade e a separação dos poderes, que eram os pilares do Estado Liberal, analisando-as sob as premissas fundamentais do Estado Social. Ao lado do direito à liberdade – até então formal – surgia a necessidade de assegurar a liberdade real, a partir da efetivação da igualdade material (GOTTI, 2002, p. 38-39). Se a ideia fundamental do Estado Liberal era a liberdade, a do Estado Social era a igualdade. Nas palavras de Paulo Bonavides (2004, p. 376), “o centro modular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade”.

Ocorre que a partir da década de 1970 as nações sofreram severas transformações sociais e, principalmente, econômicas, e o Estado do Bem-Estar Social começou a passar por sucessivas restrições. Desde então, a sociedade baseada no pleno emprego viu-se em decadência. A escalada no nível de desenvolvimento dos direitos sociais, sempre ascendente, ocasionou a explosão dos gastos públicos, com a manutenção de serviços cada vez mais caros, sem uma contrapartida proporcional na arrecadação e sem que o mercado financeiro conseguisse – ou quisesse – acompanhar essa realidade, o que ocasionou o alto endividamento dos Estados.

Ressalva-se, entretanto, que esse discurso sobre o endividamento dos Estados e a diminuição dos recursos financeiros necessários para se manterem as políticas sociais não convenceu a todos. Para ilustrar a discussão, interessante o contraponto levantado por Luigi Ferrajoli:

os argumentos teóricos nos quais se baseia a proposta neoliberal – isto é, a ingovernabilidade gerada pelo excesso ou sobrecarga das demandas, a anomia do *Welfare State* e a impossibilidade de disciplinar juridicamente suas funções devido a sua excessiva complexidade e a sua incompatibilidade

estrutural com o modelo originário do Estado de direito – contêm todos os vícios da petição de princípios. ‘Ingovernabilidade’, ‘excesso’ ou ‘sobrecarga’ de demandas, ‘anomia’, ‘complexidade’, ‘incompatibilidade’, são juízos de valor que convergem todos, como parâmetro de referência, às formas tradicionais do Estado liberal de direito que, todavia, permanecem como fisionomia institucional do *Welfare State* e que são efetivamente incapazes, como já se disse, de programar e de vincular normativamente suas funções. Com efeito, há que se reconhecer que essa divergência crescente entre Estado constitucional de direito e *Welfare State*, a inadequação do primeiro, e a conseqüente anomia e ingovernabilidade do segundo, dependem da escassa diferenciação funcional do sistema jurídico representado pelo Estado liberal de direito: precisamente, da ausência de um *Welfare State* de direito, ou bem do atraso institucional e da excessiva simplicidade do sistema político, que não foi capaz de dotar-se de formas e institutos jurídicos mais complexos e articulados, em adição àqueles do velho Estado liberal de direito que sabemos inidôneos para assegurar formas jurídicas e normatividade às complexas e múltiplas funções econômicas e sociais do *Welfare State* (FERRAJOLI, 2006, p. 18-19).

Não obstante as vozes de objeção, a crise do bem-estar social se acentua em razão da globalização econômica. O enorme avanço tecnológico da informática e da comunicação resultou na diminuição das distâncias internas no planeta, ampliou os mercados e, de algum modo, tem homogeneizado os costumes e diminuído a importância dos limites territoriais dos países. Assim, determinados fatos ocorridos em um ponto do globo, repercutem em tempo real em outro local situado a milhares de quilômetros. Essa enorme influência faz com que as decisões político-econômicas que conduzem todo o mundo se concentrem cada vez mais nas mãos de poucos oligopólios financeiros e de outros poucos governos. Sob essas circunstâncias, os Estados tendem a perder o controle de suas próprias medidas econômicas e, por conseqüência, a sua capacidade de prestar os direitos sociais (SARMENTO, 2003, P. 395).

Nesse contexto, emergiu um novo paradigma, o do Estado Neoliberal, voltando-se às premissas do Estado mínimo e do mercado autorregulável. Enquanto o Estado Social adotava a matriz teórico-econômica do inglês Keynes, o neoliberalismo fundou suas bases na teoria do austríaco Friedrich August Hayek. As ideias econômicas neoliberais defendiam, basicamente, a abertura dos mercados internos, a austeridade fiscal com o controle dos gastos sociais, as privatizações, a desregulamentação do mercado, a reforma tributária e a flexibilização dos direitos trabalhistas (SARMENTO, 2003, p. 397).

Com o passar dos anos, as pessoas se viram em um ambiente com o aumento da taxa de desemprego – a crise do pleno emprego – e ainda desamparadas pelo Estado, que se desincumbiu de proporcionar aos cidadãos o acesso aos serviços sociais mínimos, que garantiam uma existência digna.

Atualmente, já sustentam alguns autores até mesmo uma superação do neoliberalismo, diagnosticando a impossibilidade desse sistema. Entretanto, não havendo um consenso sobre a superação dessa fase, deve-se considerar, ainda, a realidade do Estado Neoliberal.

Diante desse quadro, retorna-se ao problema da eficácia jurídica da efetivação do direito à moradia, na medida em que a tendência comportamental dos Estados de enxugamento dos gastos públicos não se mostra compatível com o dever de prestar concretamente ações para a promoção do bem-estar do cidadão.

2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS SUAS DIMENSÕES

2.4.1 Gerações X Dimensões

Realizada essa breve incursão histórica sobre o Estado constitucional, sobre as suas feições ao longo do tempo e sobre as premissas dialéticas que ocasionaram as gradativas modificações de contexto dos direitos fundamentais, revela-se pertinente compreendê-los a partir da sequência histórica de seus reconhecimentos, bem como do liame fundamental de suas existências.

Comumente, as diversas transformações fáticas de conteúdo, de titularidade, de destinatário, de eficácia e de efetivação dos direitos fundamentais, costumam ser reunidas em três momentos históricos sucessivos, os quais são comumente classificados em primeira, segunda e terceira gerações³. E, nessa terminologia particular, identifica-se um problema. Aliás, a redação das primeiras linhas deste parágrafo já expõe, para os mais atentos, o problema advindo da utilização dessa nomenclatura. A partir da concepção de que existem gerações de direitos

³ Conforme lembrado por SARLET (2018, p. 45), há autores que sustentam a existência da quarta e até da quinta geração.

fundamentais, pode-se erroneamente compreender que uma sucede e/ou substitui a outra. Ora, uma geração de filhos sucede uma geração de pais. Entretanto, isso não ocorre com os direitos fundamentais. Na verdade, embora essa classificação tenha se relacionado inicialmente com o momento histórico da positivação de determinado direito como fundamental, uma classificação temática (e não temporal) revela-se mais coerente com a simultaneidade (não a substituição) de existência dos direitos.

A mesma impropriedade terminológica é identificada por Ingo W. Sarlet quando salienta que

não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo dimensões dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 45).

Nesse contexto, a busca da precisão linguística com a opção pela utilização da terminologia ‘dimensões’ representa uma melhor harmonização com o sentido dos direitos fundamentais, dada sua unidade diante das diferentes e múltiplas posições jurídicas. Quer dizer, esse termo se compatibiliza com os diferentes processos de transformação das constituições, decorrentes dos mais variados contextos sociais, políticos, econômicos e culturais, não representando eventualmente a ideia de ruptura ou de substituição, mas sim a percepção da existência de vários planos temáticos de direitos fundamentais reconhecidos e positivados ao longo do tempo. Um excelente exemplo do que se acabou de falar pode ser apreciado a partir da reflexão sobre o direito fundamental à propriedade privada e o direito fundamental à moradia. Enquanto a propriedade privada relaciona-se com a perspectiva de proteção do indivíduo contra o Estado, a moradia vincula-se, via de regra, ao direito às prestações sociais concretas devidas pelos Estado. Assim, o primeiro pode ser classificado como de primeira dimensão, uma vez que inserido no plano dos direitos fundamentais de defesa da liberdade e o segundo como integrante da segunda dimensão, uma vez que vinculado aos direitos fundamentais de igualdade (prestações positivas do Estado). Entretanto, ambos coexistem no plano constitucional, não tendo havido uma superação dos direitos individuais pelos direitos sociais.

Não que essa classificação altere a essência do que sejam os direitos fundamentais. Entretanto, é inegável que a positivação de determinado instituto depende, necessariamente, de um processo de reconhecimento oriundo dos diversos contextos fáticos, jurídicos, econômicos e sociais, existentes no seio de determinada sociedade, como já sustentado neste trabalho. Quer dizer, se a origem dos direitos fundamentais são os direitos naturais, baseados na dignidade que integra a composição do ser humano, os quais foram elevados à positivação constitucional devido às complexas violações praticadas ao longo da história, a proteção jurídica de novos direitos significa apenas a ocorrência factual de novas violações, não praticadas ou não relevantes anteriormente, devido ao grau evolutivo da sociedade. Na verdade, justamente a manutenção das premissas dos direitos fundamentais é que permite o surgimento de novas proteções ante o aparecimento de novas violações à dignidade humana.

Por fim, essa classificação apresenta outro benefício. Mesmo que o direito tenha sido reconhecido no plano constitucional em um momento posterior, a sua vinculação temática permite que ele seja classificado em quaisquer das dimensões. Um bom exemplo a ser lembrado é o próprio direito à moradia. Mesmo sendo transformado em fundamental apenas no ano de 2000, pode ele ser classificado como segunda dimensão, mesmo já se concebendo a existência da terceira dimensão. Dito isso, passa-se à reflexão sobre as dimensões dos direitos fundamentais.

2.4.2 Os direitos de primeira dimensão

O vínculo temático proposto pela opção de classificação dos direitos fundamentais em dimensões possibilita maior clareza para a compreensão dos contextos sociais que permitiram o reconhecimento de determinados direitos no rol daqueles protegidos como fundamentais. Nesse sentido, a positivação de direitos nas primeiras constituições foram o produto do liberalismo burguês do final do século XVIII. Apoiados precipuamente na ideia de liberdade individual, dada a tensão entre a burguesia e a monarquia/aristocracia/clero, os direitos de primeira dimensão possuíram um forte cunho de defesa contra o Estado, criando-se mecanismos de

não intervenção na esfera individual. “São, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho negativo, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos” (SARLET, 2018, p. 47). Portanto, a marca delimitadora dos direitos de primeira dimensão é o caráter de defesa contra o Estado.

Fincados, pois, na premissa da liberdade individual, em um primeiro momento foram reconhecidos como fundamentais, por exemplo, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade privada e à igualdade (formal) perante a lei. Posteriormente, agregaram-se às liberdades individuais, direitos de cunho coletivo como à manifestação, à reunião e à associação, bem como direitos de participação política, como o direito ao voto e à capacidade eleitoral passiva. Podem-se destacar, por fim, como inerentes à igualdade perante a lei, ou à igualdade formal, o direito ao devido processo legal e ao *habeas corpus* (SARLET, 2018, p. 47).

2.4.3 Os direitos de segunda dimensão

Em um segundo momento, ao mesmo tempo em que a liberdade individual assegurou a alta concentração de renda para a burguesia jacobina, a Europa ocidental vivenciou uma rápida e intensa industrialização. Os contextos jurídico e social forneceram os elementos que permitiram o desenrolar desses fatos. Quer dizer, como foi conquistada uma forte proteção individual contra o Estado, as relações de trabalho foram alocadas no âmbito da liberdade individual do empregador e do empregado, motivo pelo qual o poder estatal não alcançava os respectivos vínculos para, eventualmente, interferir em seus aspectos internos. Isso significou uma verdadeira tragédia social, na medida em que o poder econômico da burguesia permitia que ela também controlasse o poder estatal e, portanto, direcionasse os controles públicos da forma que lhe era mais conveniente. Na verdade, a doutrina do liberalismo, muito bem empregada pela burguesia na época, funcionava como o fundamento da não intervenção estatal, alimentando, dessa forma, o controle exercido pela burguesia e permitindo o sufocamento da classe operária.

A reflexão sobre o contexto da época ao longo do século XIX evidenciou que a positivação apenas formal da liberdade e da igualdade não garantia a sua concreta efetivação.

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social (SARLET, 2018, p. 47).

Portanto, a liberdade individual não garantia a proteção satisfatória da dignidade humana, motivo pelo qual era necessário impor ao Estado obrigações positivas que proporcionassem a proteção concreta e material da igualdade. Nesse contexto, as prestações relacionadas aos direitos econômicos, sociais e culturais, como o direito à assistência social, à saúde e à educação, ganharam relevo jurídico, compondo o que se classificou como direitos fundamentais de segunda dimensão.

Devem, por fim, ser lembrados como integrantes dos direitos de segunda dimensão, as chamadas 'liberdades sociais' e os 'direitos fundamentais dos trabalhadores', mesmo não correspondendo a prestações positivas do Estado. Nessas categorias encontram-se por exemplo o direito à liberdade de sindicalização, o direito de greve, o direito a férias e ao repouso semanal remunerado (SARLET, 2018, p. 48).

2.4.4 Os direitos de terceira dimensão

Por fim, existem os direitos de solidariedade e fraternidade de terceira dimensão. Sua marca distintiva evidencia-se na proteção direta de grupos coletivos ou difusos de pessoas, como a família, o povo e a nação, marcando um redirecionamento, via de regra, da proteção individual para a de agrupamentos de pessoas. Alguns autores efetuam um recorte conceitual ao compreenderem como de terceira dimensão os direitos cujo destinatário seja o próprio o gênero humano, "num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta" (BONAVIDES, 2004, p. 569).

Consensualmente, colocam-se no âmbito dos direitos de terceira dimensão, o direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente equilibrado, dentre outros. Assim, uma reflexão sobre os mencionados direitos, permite concluir, na esteira de Ingo. W. Sarlet (2018, p. 49) que “a nota distintiva desses direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável”.

Conforme afirmado anteriormente, sem que se pleiteie uma alteração da essência dos direitos fundamentais, a dialética dos contextos sociais permite a construção de novas modalidades de violação da dignidade humana, direta ou indiretamente, motivo pelo qual a positivação de novos direitos, como o direito ao meio ambiente equilibrado, representa a revisitação à essência dos direitos fundamentais, correspondendo à proteção da dignidade em suas múltiplas possibilidades, com o reconhecimento de novos direitos que necessitam de proteção.

Pois bem, a apresentação de todas essas premissas até aqui refletidas busca proporcionar elementos para o enfrentamento do problema proposto neste trabalho. Antes, porém, de entrar na discussão sobre a eficácia jurídica do direito à moradia, revela-se necessária efetuar uma reflexão racial sobre o que é a moradia e sobre o que é o direito fundamental à moradia. Pretende-se que o conhecimento essencial de tais objetos permita identificar a sua eficácia jurídica e os aspectos a serem atendidos para a sua plena efetivação.

2.5 O QUE É A MORADIA?

A reflexão rigorosa que se propõe a fazer sobre o direito à moradia exige que o eu consciente afaste-se das prévias concepções do pensamento e o intua de forma pura. Também exige que o objeto seja colocado em suspensão para descontaminá-lo das transcendências que lhes foram construídas ao longo do tempo. Essa análise, assim como toda investigação sobre algum objeto a que se busque compreender, deve partir de uma indagação fundamental. O ponto de partida para qualquer reflexão sempre é uma indagação fundamental e neste caso, verifica-se a existência de duas indagações que podem ser formuladas da seguinte forma: o que é moradia? o que é o direito fundamental à moradia? Nessa ordem, inclusive.

Esse encadeamento sequencial que se propõe decorre do fato de que a compreensão da segunda indagação se condiciona ao entendimento da primeira, como uma etapa necessariamente anterior e constitutiva do problema maior.

O sentido que se busca para moradia não pode ser reduzido a uma mera explicação baseada em uma realidade factual. Por isso, o processo de busca de um dado universal implica na radicalidade da razão. O sentido pretendido perpassa pela solução dos dados universais e absolutos, os quais não correspondem àquilo meramente captado pelos sentidos ou decorrente de processos estritamente lógico-dedutivos. Dito isso, antes de mais nada, moradia evidencia-se como um local. Quer dizer, afastando as concepções faticamente estabelecidas e elevando a consciência intencional, chega-se a um dado absoluto sobre moradia: um local.

Mas a conclusão de um local, por si só, não pode ser suficiente para descrever o que é a moradia. A pretensão descritiva deve extrair as essências que se evidenciam daquilo que está dado. Praticamente todo animal que se locomove possui a sua moradia. Portanto, não é um local cuja finalidade no mundo seja atribuída pela racionalidade humana. Aquilo que o determina, a sua essência, embora possa ser compreendido e descrito apenas pelo homem por meio da linguagem, torna a moradia o que é independentemente de um sentido percebido empiricamente ou atribuído pela linguagem. Existe um dado universal e absoluto que envolve aquele determinado local que compõe a essência do que é moradia. Quer dizer, moradia só é moradia, se e enquanto o local for utilizado como moradia por quem quer que seja, homem ou animal. Sem a finalidade que lhe é aplicada, a fixação de um ponto no espaço e no tempo será sempre um lugar qualquer. Então existe uma soma de dados singularmente identificáveis que se convergem para que um local seja concretamente uma moradia.

Isso corrobora, por outro lado, a afirmação de que a moradia não corresponde a um local formalmente fixado, no tempo e no espaço, se ele não for utilizado como tal. A compreensão essencial que se evidencia é a de que a moradia é um local (qualquer local) que é utilizado por um indivíduo (humano ou não) com a finalidade de ali constituir a sua moradia. Nesse sentido, a utilização do termo casa, por exemplo,

objetificando a descrição de moradia, não corresponde a um sentido universal e absoluto do termo, devendo, portanto, ser afastado para a uma rigorosa compreensão conforme proposto.

Ademais, além de ser um local e de ser utilizado com a finalidade de abrigo permanente, dentro de cada contexto do ser que o habita, a moradia caracteriza-se por oferecer diferentes graus de proteção da posse, de mobilidade, de livre acesso, de higiene, de segurança e de privacidade. As várias possibilidades de configuração de uma moradia, onde quer que seja, por quaisquer indivíduos que a ocupem, guardadas as devidas características peculiares de cada ser, evidenciam o conjunto de todas essas características que a compõem. Em uma perspectiva humana, se o homem é um ser no mundo, a moradia é a delimitação espacial de um mundo do ser, sobre o qual reina a vontade daquele indivíduo que ali domina.

Nesse contexto, a partir de uma visada marcada pela pretensão de uma descrição rigorosa, pode-se compreender por moradia como um local, utilizado por algum indivíduo com a finalidade de constituí-lo como seu abrigo permanente e que lhe ofereça proteção, mobilidade, livre acesso, higiene e privacidade, na medida de sua singularidade. Essa descrição, desprovida de uma pretensão conceitual, busca evidenciar de forma universal e absoluta aquilo que é dado de forma pura quando se dirige a consciência intencionalmente para conhecer a essência de moradia. Essa noção permite que seja avançada a matéria, procurando-se compreender o que vem a ser o direito fundamental à moradia.

2.6 O QUE É O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA?

É preciso, pois, aumentar a escala, na medida em que este trabalho tem por escopo enfrentar o problema do direito à moradia e a sua eficácia jurídica. O entendimento individualizado sobre o que é a moradia fornecerá elementos para uma compreensão rigorosa da questão. Quer dizer, aquilo que foi concebido em carne e osso como moradia será influenciado e composto por um novo elemento, o direito fundamental, formando um novo objeto de compreensão, que é o direito-fundamental-à-moradia.

Ao longo deste capítulo será necessário colocar em suspensão o objeto central de desenvolvimento deste trabalho, qual seja o direito fundamental à moradia. Tal reflexão servirá como fundamento para os próximos capítulos, que se ocuparão de analisar o nível da sua eficácia jurídica e de identificar se essa aplicabilidade se transforma em efetivação.

E nesse aspecto é necessário efetuar um recorte imediato sobre o âmbito de existência do direito à moradia. Ele só existe no mundo da vida dos seres humanos. Há uma linha de compreensões prévias que permitem chegar a tal conclusão, as quais podem ser destacadas a partir das concepções de coexistência, de sociedade e de Estado.

As reflexões do professor Aquiles Côrtes Guimarães direcionam a compreensão da questão com propriedade e clareza quando expõe que o

Direito pressupõe reconhecimento axiológico e positividade normativa, sem a qual ele não exerceria a sua função nuclear de garantia de **obrigatoriedade da coexistência**, tendo absolutamente como evidente para todos que o homem se manifesta no mundo, ontologicamente, como um **ser-com**. (GUIMARÃES, 2008.p. 21)

Ora, não existe o direito no mundo dos animais irracionais terrestres ou aquáticos, dos microrganismos, dos vegetais ou no dos objetos inanimados. Se o direito pressupõe uma positividade normativa criada e submetida ao ser humano por ele mesmo, o seu plano de incidência somente pode ser esse, motivo pelo qual a análise do direito à moradia limita-se ao mundo das vivências próprias dos indivíduos humanos. Parece, inclusive, que se trata de uma obviedade. Entretanto, em época que se reconhece um espectro de dignidade dos animais irracionais, o que censura, por exemplo, a utilização de técnicas cruéis para o seu abate, há de se pontuar que a dignidade jurídica da moradia se restringe ao plano dos seres humanos.

Estabelecida essa premissa, tem-se que a compreensão do tema evolui naturalmente para o entendimento sobre o que é o direito. E aqui, abre-se um espaço para uma infinidade de categorias de compreensão que foge completamente do problema que se procura enfrentar. Isso porque, grosso modo, o direito pode ser

visado sob diversos aspectos como os seus fundamentos; como um sistema normativo, sobre o qual se discutem as normas jurídicas positivadas no âmbito de um Estado ou de um conjunto de Estados; como o da solução concreta de um conflito de interesse e; por fim, o direito como ciência, que se ocupará da análise, compreensão e crítica dos aspectos anteriores. Assim, de uma maneira absolutamente reduzida, o direito compreende-se por toda teoria que se lhe busca atribuir fundamentos, bem como pelo sistema normativo positivado, por sua aplicação prática na solução dos conflitos de interesses e, ainda, como ciência que se ocupa dos itens anteriores. Se o direito se compõe, então, por pelo menos essas categorias, pode-se intuir, com outras palavras, que ele é razão (incluída aqui a ciência do direito), dever ser e práxis jurisdicional.

Nesse contexto, as categorias do direito transitadas neste momento do trabalho serão a de fundamentação e a normativa, na medida em que se busca a compreensão dos fundamentos específicos e do que é o direito fundamental à moradia.

Sendo o direito, neste caso específico, conforme asseverado anteriormente, o produto da transformação dos fundamentos jusfilosóficos em normas positivadas, a ideia do que seja direito fundamental à moradia é formada pela noção genérica de moradia já estabelecida, caracterizada por toda carga de fundamentação que orbita os direitos fundamentais.

Uma apurada reflexão permite concluir que o ser humano se realiza como ser no mundo, em suas mais variadas possibilidades, na medida em que tem preservada a sua dignidade. Isso já foi visto anteriormente. Então, partindo dessa perspectiva, chegou-se ao plano de que o Direito deveria proporcionar essa vivência individual, garantindo a plena fruição da gama de possibilidades, conforme a sua própria conveniência. A compreensão filosófica de dignidade humana “parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado” (SARLET, 2011). Quer dizer, existe uma compreensão mínima de que a condição humana, por

si só, torna o homem titular de alguns direitos, os quais devem ser reconhecidos pelo Estado.

O homem precisa ser livre para vivenciar suas experiências em plenitude, o que implica, dentre outros aspectos, na necessidade de ter uma moradia segura, acessível, privativa, etc.

Essa fundamentação, aliás, originou o reconhecimento dos direitos sociais, como já anotado, dentre os quais destaca-se o direito à moradia. Já que a liberdade conquistada anteriormente não permitia, por si só, o gozo de uma igualdade real entre as pessoas. As lutas que culminaram na conquista dos direitos sociais também resultaram na identificação do direito à moradia como componente das prestações sociais que deveriam ser imputadas ao Estado.

As violações provocadas às pessoas pelo poder estatal, direta ou indiretamente, notadamente após a fundamentalização dos direitos de primeira dimensão, ocasionou uma reformulação do alcance e do conteúdo jurídico da dignidade humana, nascendo, portanto, os direitos sociais. Nessa esteira, aponta SARLET (2003, p. 208) que

Em verdade, cuida-se - em boa parte - de direitos fundamentais de liberdade e igualdade outorgado aos trabalhadores com o intuito de assegurar-lhes um espaço de autonomia pessoal não mais em face do Estado, mas especialmente dos assim denominados poderes sociais.

Como característica que compõe a essência do direito fundamental à moradia, tem-se o aspecto de que ele integra, como já mencionado, os direitos (sociais) prestacionais. Nesse sentido, vale lembrar a lição de José Eduardo Faria ao estabelecer com precisão que os direitos sociais não correspondem ao direito de igualdade (formal), baseado na ideia de liberdade, mas sim, ao direito de se proporcionar a igualdade material. Nas palavras do autor

os direitos sociais não configuram um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento uniforme; são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios (FARIA, 1994, p. 105).

A proteção da dignidade foi ajustada ao longo do tempo, com novos reconhecimentos, para se adequar de forma mais precisa às vicissitudes da sociedade, em toda a sua complexidade. Nesse sentido, pode-se entender por

dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2011)

A descrição formulada pelo autor procurou evidenciar a essência que compõe a dignidade humana e, somado ao que já foi exposto anteriormente, parece não deixar dúvidas de que o fundamento do direito à moradia, efetivamente, reside na dignidade da pessoa humana. As anotações até aqui lançadas outorgam segurança nessa formulação. Entretanto, a reflexão sobre o fundamento do direito à moradia ainda não é suficiente para responder à objeção inicialmente levantada. Para tanto, uma nova indagação já aflora intimamente vinculada àquela noção, quer dizer, qual é o parâmetro para a vida ser digna? Formulada de outra forma, questiona-se: o que é a existência digna?

As bases do ordenamento jurídico foram estabelecidas no primado da dignidade humana, que é o princípio fundamental dos Estados constitucionais democráticos. Assim, a construção filosófica, histórica e normativa culminou na fixação de direitos de liberdade e de igualdade, estes últimos consistentes em garantir prestações positivas do Estado para a promoção da igualdade material e, em última análise, de uma liberdade também material.

Quanto às prestações materiais do Estado, parece que não se pode ter em mente que a tarefa estatal consiste em uma obrigação que se pretenda apenas manter as condições mínimas de sobrevivência da pessoa. A manutenção da existência humana deve ser considerada, na verdade, à luz das mesmas premissas que implicaram no surgimento do direito às prestações positivas do Estado. Dito de outra forma, o fio condutor do direito, que é a dignidade da pessoa humana, deve

constituir-se no mesmo fundamento e orientação para a sua concretização. Nesse sentido, não há como dissociar as bases da positividade normativa, das de sua concretização. As razões do direito são as mesmas razões da sua efetivação.

Tendo em conta tal reflexão, é de se apurar que não basta ao Estado garantir ao indivíduo o mínimo para sua sobrevivência, mas sim, que garanta o mínimo de dignidade em sua vida. Trata-se de perspectivas absolutamente diferentes. Uma coisa seria garantir a existência, outra coisa seria proporcionar a existência digna (ou mínimo existencial). Na verdade, uma visada mais rigorosa sobre a questão permite concluir que, na seara dos direitos fundamentais sociais, dentre os quais o da moradia, o mínimo existencial consiste em uma vida minimamente digna, de modo que as formas de prestação do direito não podem ter por escopo a mera manutenção da sobrevivência da pessoa. Nessa mesma linha de raciocínio, aponta SARLET (2018, p. 318) que

na base dos direitos sociais aqui versados e expressamente consagrados pelo nosso Constituinte, se encontra a necessidade de preservar a própria vida humana, não apenas na condição de mera sobrevivência física do indivíduo [...], mas também de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade.

Essa discussão sobre o mínimo existencial, como apontado por Fernanda Priscila Ferreira Dantas, surgiu no direito alemão. Embora a Lei Fundamental alemã não contemple uma gama de direitos sociais, a sua construção foi uma obra doutrinária, legislativa, administrativa e jurisprudencial (DANTAS, 2016, p. 29). Tratou-se de uma interpretação do texto da Lei Fundamental, à luz do paradigma do Estado Social, extraindo-se o princípio do mínimo existencial a partir do princípio da dignidade humana e do direito à vida e à integridade humana (RESSURREIÇÃO, 2015, p. 160).

A ideia básica de um direito ao mínimo existencial revela-se, portanto, no sentido de que as prestações que competem ao Estado devem satisfazer as necessidades básicas de uma vida digna. Como será abordado ainda neste trabalho, a referência ao mínimo (dignamente) existencial entra em rota de colisão com um fator diretamente ligado à eficácia do direito à moradia, qual seja, a reserva do possível, motivo pelo qual, por enquanto, essa questão não será discutida.

De toda forma, a reflexão sobre a essência do direito à moradia, enquanto direito fundamental, evidencia que o mínimo existencial integra os seus sentidos e o compõe. Partindo dessa premissa, indaga-se: Seria possível uma normatização objetificada dos critérios e padrões necessários para se proporcionar uma moradia digna? Qual é o papel do mundo da vida na identificação de uma moradia digna?

Essas objeções conduzem a atenção para o disposto em reconhecidos tratados internacionais sobre os direitos humanos. Segundo disposto no artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, todos tem direito ao repouso, bem como um padrão de vida que lhe assegure saúde e bem-estar, inclusive habitação. Posteriormente, constou no artigo 11⁴, do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, firmado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, que é reconhecido a toda pessoa o direito a uma moradia adequada. Esse pacto internacional foi incorporado ao ordenamento brasileiro por meio do Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992⁵.

Ao detalhar esse dispositivo por meio da Observação Geral nº 04, a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU estabeleceu alguns critérios objetivos que compõem a noção da adequabilidade da moradia. Se for considerado que a dignidade humana se revela concretamente no mundo da vida, pode-se reconhecer então a dificuldade da objetificação dos respectivos critérios. Entretanto, os aspectos abordados revelam um reconhecível esforço do organismo internacional para serem observadas as condições individualizadas dos beneficiários da prestação estatal. Nesse contexto, sob a influência expressa do princípio do mínimo existencial a Comissão estabeleceu que a moradia será adequada desde que haja: a) segurança legal da posse; b) disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e

⁴ ARTIGO 11. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

⁵ Há quem sustente que, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição, o direito à moradia já havia sido incorporado ao ordenamento como direito fundamental desde a recepção do Pacto Internacional, embora não haja consenso sobre o tema (SARLET, 2003, p. 429).

infraestrutura; c) custo acessível; d) habitualidade; e) acessibilidade; f) localização adequada; g) adequação cultural (MONTEIRO, 2015, p. 53-57).

Esses critérios criam, se é que é possível, a um só tempo, parâmetros específicos, porém abertos e genéricos. Específicos porque se relacionam com aspectos claramente voltados ao atendimento de elementos da personalidade humana, de urbanismo, de vínculo jurídico da pessoa com o local, de educação, de salubridade, enfim, de critérios que se mostram suficientemente voltados ao atendimento de uma vida minimamente digna. Por outro lado, são genéricos na medida em que guardam um certo grau de vagueza, podendo se adaptar às peculiaridades da realidade concreta. Os diferentes modos e graus de prestação desse direito em particular, decorre das diferentes formas de vida de cada um. Talvez essa seja a maior barreira entre a sua aplicabilidade jurídica e a sua efetivação, o que ainda será objeto de reflexão neste trabalho.

Então, pelo que foi exposto e construído até o momento, o direito fundamental à moradia é um direito social que tem como beneficiário o ser humano e possui como seu fundamento a dignidade da pessoa, com a formatação que lhe é dada pelo princípio do mínimo existencial. A compreensão conjunta dos objetos até aqui estudados resulta em um complexo de fatores que incidem sobre aquela noção inicial de moradia, constituindo o que pode ser chamado de direito-fundamental-social-à-moradia-adequada.

Cabe, por fim, para que se permita compreender a essência do objeto em estudo, abordar uma última questão. Nesse sentido, é pertinente verificar quais são as formas sob as quais se efetiva o direito à moradia. Aqui vale o mesmo raciocínio que foi desenvolvido para os direitos sociais quanto às suas formas de concretização. Na verdade, como integrante dos direitos fundamentais sociais, o direito à moradia proporciona ao seu titular uma prestação do Estado para sua satisfação. Logo, a posição jurídica colocada para o destinatário da norma, o Estado, implica no dever de prestar uma atividade positiva para a sua concretização. No caso específico da moradia, isso não implica tão somente na outorga de uma casa ao indivíduo. Não se resume a isso. Trata-se, na realidade, de uma norma aberta cuja prestação pode consistir em inúmeras ações positivas diferentes. Nesse sentido, como prestação

positiva para a concretização do direito à moradia, o Estado pode criar programas de incentivo ao financiamento da casa própria, hipóteses de aquisição da propriedade, critérios de salubridade urbanística, enfim, uma gama de possibilidades diretas ou indiretas cuja finalidade última seja a concretização do direito fundamental social à moradia adequada. Alinhado a esse sentido, lembrou Sarlet que

o STF reconheceu, [...], não apenas o fato de o direito à moradia ser um direito fundamental, como a circunstância de que tal direito não se confunde com o direito de propriedade (o que, aliás, foi um dos argumentos justificadores da decisão), além de, nesse ponto, ainda de modo afinado com as recomendações dos organismos internacionais e a sua interpretação do conteúdo e alcance do direito à moradia, afirmar que existem diversas possibilidades legítimas na perspectiva constitucional de o Estado assegurar o acesso à moradia condigna (SARLET, 2018, p. 346).

Por outro lado, ele também pode ser concretizado com uma posição de defesa daquele a quem o direito à moradia já tenha sido realizado. Um exemplo dessa hipótese é a proteção legal do bem de família contra a penhora judicial ou o elenco de usucapiões especiais previstos na Constituição de 88 (SARLET, 2018, p. 347). Esse aspecto das posições jurídicas do titular do direito, as quais configuram-se como uma defesa e/ou uma prestação, voltará a ser abordado quando da análise da eficácia do direito.

Toda a abordagem realizada buscou conferir uma reflexão sobre o direito à moradia, no sentido de compreender aquilo que se revela em sua essência. Partindo dessa proposta, foi possível identificar que a moradia, entendida como o local designado pelo seu ocupante para fixar-se no mundo da vida, independentemente da sua propriedade, deve proporcionar segurança, salubridade, privacidade, repouso e liberdade e constitui para o ser humano um direito a ser prestado pelo Estado. Fundamenta-se na da dignidade pessoa humana, da qual se pode extrair o princípio do mínimo existencial que, por sua vez, é traduzido na concepção de moradia adequada. Implica, ainda, na garantia da proteção mínima de premissas jurídicas e fáticas necessárias para a fruição de uma existência minimamente digna. Ademais, o direito à moradia pode ser concretizado de forma negativa, como um direito de defesa, ou positiva, como um direito a uma prestação concreta do Estado. Por todas essas considerações, pôde-se evidenciar a essência do direito à moradia, permitindo-se que seja abordado o próximo assunto, qual seja, o da sua efetivação.

3 O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

3.1 VIGÊNCIA X EFICÁCIA

O ingresso no tema da eficácia normativa exige uma análise prévia do seu aspecto semântico, que pode vir a causar alguma imprecisão na investigação do problema. Como ocorre em qualquer investigação, há que se perquirir a precisão terminológica dos termos, para que eficácia e vigência não venham a ser confundidas. Esse ponto específico, aliás, goza de um interessante consenso doutrinário, não havendo grandes problemas quanto à diferença de significados entre os termos. O consenso recai sobre os sentidos diferentes de vigência e de eficácia e não sobre os sentidos próprios de cada instituto.

Em primeiro lugar, entende-se por vigência o início da existência da norma no mundo jurídico, mediante a sua publicação oficial, observado o trâmite procedimental, outorgando-lhe a aptidão para a produção de efeitos jurídicos. Adota-se neste trabalho a posição defendida por Sarlet sobre o tema, ao sustentar que não há diferenças relevantes em se utilizar as expressões vigência e existência da norma, no mesmo sentido. Entretanto, por vigência não se inclui a noção de validade da norma. Ao refletir sobre os institutos observa-se que seus planos de análise são diferentes quanto aos seus aspectos componentes e quanto ao seu momento de aferição. Quer isso dizer que a norma é vigente desde que tenha havido um processo legislativo e que, ao final, ocorrerá uma publicação oficial. Lado outro, a validade da norma relaciona-se à fiel observância do trâmite legislativo, conforme o procedimento legal. Nesse sentido, uma norma pode ser vigente e, posteriormente, vir a ser declarada inválida, não sendo possível de ocorrer o contrário. Quando se declara a inconstitucionalidade de uma norma, por exemplo, tem-se que os seus efeitos incidem no plano da validade e não no da existência ou vigência (SARLET, 2018, 244-245).

Diferentemente de vigência, que se relaciona com a existência da norma, a reflexão sobre a sua eficácia remete à compreensão de aspectos absolutamente diversos.

Aqui, não se apreende à existência jurídica da norma. Nesse sentido, entende-se normalmente por eficácia a potencialidade de efeitos que podem ser extraídos da norma constitucional, conforme a sua completude (eficácia jurídica) ou a sua real aplicação no plano fático, a sua efetividade (eficácia social). Em outras palavras, tem-se que a eficácia jurídica relaciona-se com a possibilidade e a aptidão para produzir, em maior ou menor grau, os efeitos jurídicos dela decorrentes, criando direitos subjetivos ou regulando as relações jurídicas a ela submetidas. Situa-se, portanto, no campo da possibilidade e não da efetividade (SILVA, 2012, p. 65-66). O mesmo sentido é atribuído por José Afonso da Silva à expressão aplicabilidade da norma, ao sustentar que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, encarados por prismas diferentes: potencialidade e realizabilidade. Ora, se a norma não possui completude para ser aplicada a um caso concreto, ela também não possui eficácia. Por essa mesma razão, para que haja a possibilidade de sua aplicação, ela deve ser dotada de eficácia (SILVA, 2012, p. 60). Lado outro, a eficácia social significa a realização do Direito, representando a materialização dos preceitos legais no mundo dos fatos e simbolizando uma aproximação “entre o dever ser normativo e o ser da realidade social” (BARROSO, 2003, p. 84).

Há quem defenda a ruptura dessa noção de eficácia normativa. Para Eros Grau, a aplicação do Direito no caso concreto representa uma decisão de execução ou de efetivação (GRAU, 1997, p. 314). Ademais, sustenta que a eficácia social não corresponde à aplicação concreta da norma, mas sim, em um momento posterior, pois a tomada de decisão pela execução do Direito no âmbito do Judiciário, por exemplo, não implica, necessariamente, que ele seja cumprido pelos seus destinatários (GRAU, 1997, p. 317). Também em sentido diverso, salienta Virgílio Afonso da Silva que não é possível conceber um sentido estritamente jurídico de eficácia, ante a dependência de outras variáveis para que um dispositivo constitucional ou legal produza efeitos (SILVA, 2006, p. 45).

Não obstante os coerentes argumentos contrários à corrente capitaneada por José Afonso da Silva, a ideia de empregar uma precisão terminológica permite adotar a sua concepção de eficácia jurídica como parâmetro neste trabalho, haja vista a coerência e a fácil compreensão do tema por ela proporcionada. Com arrimo em Ingo W. Sarlet, observa-se que a eficácia (ou aplicabilidade) sobre a qual se intenta,

incide sobre as normas constitucionais e não sobre os textos, motivo pelo qual o sentido buscado para a eficácia jurídica não se baseia, necessariamente, no texto constitucional. Ademais, evidencia-se a correção na fixação da diferença entre a eficácia jurídica e a eficácia social (ou efetividade), mostrando-se tal ponto coerente e não significando a impertinência de eventuais fatores externos ao texto. O que não se pode negar, nesse contexto, é que a aptidão da norma para gerar efeitos é um objeto de reflexão distinto da sua aplicação concreta (SARLET, 2018, p. 248). Qual seria, então, a aptidão do direito fundamental à moradia para gerar efeitos? A formulação de tal indagação indica que a fixação de tais premissas e a compreensão da essência da eficácia das normas constitucionais, revela-se crucial para o enfrentamento do problema identificado neste trabalho.

3.2 AS CATEGORIAS DE EFICÁCIA JURÍDICA

Avançando no problema específico da eficácia jurídica, ou seja, quanto à aplicabilidade das normas constitucionais, há que se estabelecer ainda, de forma geral, as possíveis concepções sobre a sua potencialidade. Quer dizer, se já foi fixada a premissa de que as normas podem ser analisadas sob o aspecto de sua eficácia jurídica, deve-se entender agora se todas normas possuem uma aptidão igualitária, se algumas possuem mais possibilidade de aplicação do que outras e se a sua aplicação depende da criação de outras normas que a viabilizem.

O entendimento geral sobre a eficácia das normas constitucionais visa estabelecer um ponto de partida para a formulação de uma proposição sobre a eficácia do direito à moradia, notadamente ante a norma preconizada no art. 5º, § 1º, da Constituição. Ora, se o problema maior da pesquisa é a aplicabilidade do direito fundamental à moradia, mostra-se necessário contextualizar o tema de uma forma genérica para o fim de se refletir se a eficácia do direito à moradia amolda-se a algum dos modelos genéricos, ou mesmo, se as suas peculiaridades impõem alguma consideração específica. Portanto, serão pontuadas as principais correntes sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais.

Desde a Constituição de 1934, com o seu marcante caráter social e programático, o entendimento sobre a eficácia jurídica sofreu uma guinada, passando a doutrina a

admitir que a maioria das normas constitucionais outorga direitos plenos e aplicáveis, a partir do próprio texto constitucional, sendo desnecessária a edição de normas infraconstitucionais para a sua viabilização. O ponto nodal que envolve a discussão acerca da eficácia jurídica das normas constitucionais é o nível de operacionalidade decorrente da norma que pode ser extraída do texto. Assim, quando existe uma norma que proíbe a instituição da pena de morte⁶ por exemplo, observa-se facilmente que a sua eficácia independe de quaisquer outras medidas implementadas pelo órgão legislativo. Quer dizer, acaso seja imposta uma pena de morte a alguém fora da exceção expressamente prevista na própria norma, o prejudicado poderá se valer diretamente da norma constitucional como fundamento de sua defesa. Por outro lado, quando se tem uma norma que assegura a assistência religiosa em entidade de internação hospitalar nos termos da lei⁷, verifica-se que a sua viabilização não se opera com a mesma facilidade que o exemplo anterior. É necessário que sejam esclarecidos os detalhes sobre a forma de disponibilização da assistência, havendo menção expressa na norma que essa prestação será realizada conforme a lei. Dadas essas diferenças, a doutrina procurou, e procura ainda, justificar o fundamento de tais situações.

Para José Afonso da Silva, em apertadíssima síntese, as normas constitucionais podem ser classificadas em três grupos: normas de eficácia plena; normas de eficácia contida e; normas de eficácia limitada. No primeiro grupo, podem ser alocadas aquelas que se apresentam com aplicabilidade imediata, direta e integral, gerando por si mesmas os seus efeitos, dispensando-se a atuação do legislador ordinário para viabilizar a sua operacionalidade (SILVA, 2012, p. 88). Seriam normas de eficácia contida aquelas que possuem aplicabilidade direta e imediata, mas que o próprio constituinte previu que os seus efeitos podem, eventualmente, ser restringidos (SILVA, 2012, p. 103). Por fim, seriam de eficácia limitada aquelas que, por serem incompletas, possuem baixa normatividade, não sendo viável a sua aplicação direta e por si mesma, portanto, com efeitos reduzidos e necessitando de complementação legislativa (SILVA, 2012, p. 117).

⁶ Art. 5º, XLVII, a, da Constituição de 1988.

⁷ Art. 5º, VII, da Constituição de 1988.

A classificação formulada por José Horácio Meirelles Teixeira propõe a possibilidade de enquadramento das normas constitucionais em dois grupos, as normas de eficácia plena e as normas de eficácia limitada ou reduzida. Teriam eficácia plena aquelas que possuíssem normatividade suficiente para produzir seus efeitos essenciais, direta e imediatamente, cumprindo por elas mesmas os objetivos almejados pelo constituinte. Lado outro, teriam eficácia limitada ou reduzida aquelas normas que não produzem direta e imediatamente os seus efeitos essenciais, devido à falta de normatividade causada pelo constituinte, havendo necessidade de complementação legislativa para tanto (TEIXEIRA, 1991, p. 317). Observa-se que o fundamento da distinção estabelecida pelo autor é a possibilidade ou não de produção dos efeitos essenciais que são o objeto da norma, ou seja, aqueles efeitos específicos almejados pelo constituinte. Por fim, quanto às normas de eficácia limitada ou reduzida, o autor advoga que elas se subdividem em normas programáticas e normas de legislação. As primeiras se caracterizariam por versar sobre matérias de conteúdo ético e social, revelando-se como programas de ação para o legislador e as segundas, guardando a semelhança de também dependerem de uma complementação legislativa, tem a peculiaridade de não possuírem o caráter ético-social das programáticas (TEIXEIRA, 1991, p. 323).

A professora Maria Helena Diniz apresentou uma formulação diversa, compreendendo que se mostra adequada uma classificação dividida em quatro tipos de normas constitucionais, quais sejam, as normas com eficácia absoluta, as normas com eficácia plena, as normas com eficácia relativa restringível e as normas com eficácia relativa complementável ou dependente de complementação legislativa. Teriam eficácia absoluta aquelas com aplicabilidade direta e imediata, mas não sujeitas a alteração, mesmo por emenda constitucional, sendo, portanto, reforçadas em relação às de eficácia plena. Estas, por sinal, assim como as absolutas, seriam as normas que produzem seus efeitos independentemente da atuação do legislador ordinário, criando diretamente direitos subjetivos, sendo, porém, suscetíveis à modificação por emenda constitucional. Considera com eficácia relativa restringível as normas que possuem aptidão direta e imediata para produzir efeitos, podendo, entretanto, ter sua aplicabilidade reduzida pela legislação ordinária. Por fim, estariam na última categoria, a das normas com eficácia relativa complementável ou dependente de regulamentação legislativa, aquelas com

normatividade insuficiente para a produção imediata de efeitos e de direitos subjetivos (DINIZ, 1997, p.107-114).

Adotando como parâmetro diverso para essa análise, Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto formularam sua classificação considerando o modo de incidência da norma constitucional como um pressuposto da sua eficácia jurídica, a qual supõe um mínimo de normatividade para produzir efeitos concretos (BASTOS; BRITTO, 1982, p. 34). Assim, quanto à possibilidade de complementação legislativa, os autores classificam as normas como (a) inintegráveis ou de mera aplicação, aquelas que possuem um núcleo jurídico impenetrável pelo legislador ordinário e (b) integráveis ou de integração, as normas que se direcionam para a possibilidade de complementação infraconstitucional. Especificamente quanto a eficácia, tais juristas classificam as normas como de eficácia parcial, que seriam as normas integráveis e como normas de eficácia plena, as quais corresponderiam às inintegráveis, bem como às integráveis meramente restringíveis (BASTOS; BRITTO, 1982, p.117-122).

Outros, ainda, são os parâmetros adotados por Celso Antônio Bandeira de Mello. Para o publicista paulistano, o ponto de reflexão das normas constitucionais reside na compreensão da consistência e da amplitude dos direitos que delas resultam para os indivíduos. Nesse contexto, as normas seriam classificadas em três categorias: a) normas concessivas de poderes jurídicos, as quais conferem ao administrado o poder de usufruir imediatamente o respectivo bem jurídico, mediante a outorga de uma posição jurídica de titularidade, independentemente de normatização infraconstitucional; b) normas concessivas de direitos, as quais caracterizam-se por apontar o destinatário que é obrigado a determinada prestação suficientemente delimitada, outorgando uma utilidade concreta e imediata ao seu beneficiário; c) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida, apresentando essas uma característica residual, não apresentam os elementos necessários para a satisfação do bem jurídico nelas mencionado, outorgando aos administrados uma posição jurídica menos clara por não lhe proporcionar uma fruição imediata. Por fim, salienta que as normas concessivas de poderes jurídicos e de direitos podem ser restringíveis ou irrestringíveis pelo legislador ordinário (MELLO, 1981, p. 233-256).

Em último lugar, reputa-se relevante apresentar a classificação defendida por Luís Roberto Barroso, que guarda uma certa harmonia com a proposta de Celso A. B. de Mello por adotar como parâmetro e ponto de partida a consistência da posição jurídica do indivíduo ante as normas constitucionais. Para Barroso as normas devem ser classificadas em três categorias: a) as normas constitucionais de organização (ou normas de estrutura ou de competência) ocupam-se da organização da estrutura estatal, criando uma obrigação objetiva a ser realizada, não se destinando a regular comportamentos de indivíduos ou grupos; b) as normas constitucionais definidoras de direitos são as que definem os direitos fundamentais, os quais podem ser classificados como direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos. Segundo Barroso, o ponto nodal dessa classificação é a noção de direito subjetivo, entendido como o poder de ação, baseado no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse; c) as normas constitucionais programáticas, as quais se dirigem aos órgãos estatais indicando certos objetivos a serem alcançados (BARROSO, 2003, p. 93-122).

Pois bem, sendo expostas as principais e mais atuais correntes dos juristas nacionais sobre a matéria, é interessante pontuar que todo o trabalho reflexivo produzido pela doutrina busca rotular uma gama de características intrínsecas das normas constitucionais para o fim de determinar quais são os possíveis efeitos jurídicos delas decorrentes. Em outras palavras, a precisão terminológica buscada ao se classificar as normas constitucionais quanto aos seus efeitos, tenta vincular os termos ou expressões julgados mais adequados para nomear as respectivas categorias, a um conjunto de características eficaciais identificado pelos juristas. Eleitas as características que servirão de parâmetro para a proposta de classificação das categorias, busca-se um termo ou expressão que possua a maior precisão linguística possível para representar todo o conjunto de sentidos que lhe são inerentes. Se for considerado que a Constituição moderna deve ser escrita e que, portanto, a norma constitucional decorre necessariamente de um texto, que é uma forma de linguagem sujeita à interpretação, conclui-se que é justamente aqui que surgem as maiores divergências sobre a classificação das normas constitucionais, haja vista a ambiguidade e a vagueza próprias da linguagem. Assim, há que se reconhecer que a tarefa dedicada a criar as categorias de normas quanto a sua eficácia não é das mais fáceis, principalmente devido à necessidade de se

estabelecer um acordo semântico sobre o termo ou a expressão adotada pelo jurista, bem como sobre o parâmetro que será levado em consideração para compor os sentidos jurídicos do termo ou da expressão. Tais considerações mostram-se necessárias neste momento, na medida em que é preciso identificar qual é a eficácia do direito à moradia.

Parece pacífico entre os juristas que todas as normas possuem um certo índice de normatividade, não havendo normas meramente decorativas na Constituição. O primeiro problema que se apresenta, ao que parece, é a definição de qual deve ser o parâmetro ou o critério utilizado para compreender o que é a eficácia jurídica. Como já apontado anteriormente, o critério que melhor se assenta para a análise desse aspecto é o da aptidão ou potencialidade da norma para produzir efeitos. Nesse sentido, efetuar uma reflexão sobre a eficácia das normas constitucionais, antes de mais nada, importa em identificar se elas viabilizam, operacionalmente, a produção de efeitos próprios ou impróprios, diretos ou indiretos, imediatos ou mediatos e restringíveis ou não, em maior ou menor grau⁸.

Não parece adequado, por exemplo, adotar como parâmetro de classificação a posição jurídica em que se encontra o indivíduo. A busca de um sentido para a eficácia da norma volta-se aos aspectos intrínsecos de sua completude, ou seja, quanto mais completa for a norma, de maior eficácia ela se reveste. A objeção que deve ser formulada para se classificar a norma constitucional quanto a sua eficácia é se ela é eficaz ou não. Essa objeção reveste-se precipuamente na fixação do parâmetro adequado para a classificação. Essa noção fica muito clara quando alguém se dirige ao supermercado para comprar um veneno para eliminar o mosquito *aedes aegypti*. A pessoa procurará o veneno mais eficaz. O que é isso? É o veneno que, mesmo não estando em uso, sabe-se que ele está apto para eliminar os mosquitos. Quanto mais aptidão para eliminar os mosquitos, mais eficaz é o veneno. O parâmetro eficaz das normas constitucionais não é diferente. Umas são

⁸ A partir de uma interpretação pautada na dignidade humana, é possível de se afirmar que não existem direitos constitucionais totalmente absolutos. O direito de um indivíduo termina onde começa o direito do outro. Nesse sentido, interessante transcrever o art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

mais eficazes do que as outras. Mas, o que é isso? Algumas normas estão mais aptas a produzir efeitos do que outras. Uma norma que disciplina o seu destinatário, o beneficiário, seu objeto e a sua forma de exercício, estará apta para produzir os seus efeitos jurídicos independentemente de quaisquer outras normas infraconstitucionais. Assim, independentemente de quem seja o destinatário ou o beneficiário da norma, quanto mais elementos normativos ela possuir, maior será o seu grau de eficácia.

No mesmo sentido, não parece adequado utilizar como critério de classificação da eficácia jurídica das normas constitucionais, os efeitos delas decorrentes, o seu objeto. Assim, quando se aponta que uma determinada norma, quanto a sua eficácia, é uma norma constitucional de organização, pode-se perceber que a análise realizada não visou identificar o seu grau de aptidão para produzir efeitos. Não se afirma aqui que tal norma não é de organização. Ora, ela é de organização. Mas o que isso tem a ver com a sua eficácia jurídica? Essa indagação deixa bem claro, inclusive, o problema levantado quanto à dificuldade de classificação decorrente do acordo semântico. O que para alguns corresponde à análise do objeto da norma, para outros representa a sua aptidão para a produção de efeitos. Ao que parece, um critério não corresponde ao outro, ou seja, a compreensão do objeto da norma não corresponde à compreensão da sua aptidão para produzir os seus efeitos. Inclusive, pode-se afirmar que os seus planos de incidência são, de certa forma, sucessivos, já que o objeto da norma somente tem a sua razão de ser se ela reunir condições necessárias para a produção dos seus efeitos. Nesse contexto, mesmo evidenciando-se a diferença entre esses critérios, ambos são racionalmente adotados como parâmetro para a identificação e a categorização das normas constitucionais quanto a sua eficácia. Então a análise da eficácia das normas, para alguns, tem como base o seu objeto e para outros tem como base a sua aptidão para a produção de efeitos.

Cabível, ainda, uma última consideração quanto às classificações apresentadas, precisamente em relação às proposições defendidas por Maria Helena Diniz e por José Afonso da Silva. Ambos juristas elegem uma categoria expressa de eficácia jurídica para alocar as normas constitucionais que, a despeito de possuírem normatividade suficiente para produzir os seus efeitos, contém comandos expressos

autorizando a sua restringibilidade. Ora, em primeiro lugar, não é possível de se conceber que existem direitos absolutos. Aliás, a maioria dos autores reconhece, aceita e defende tal perspectiva. Para ilustrar a correção dessa afirmação basta pensar em um hipotético conflito entre os direitos fundamentais da liberdade de informação⁹ e o da privacidade¹⁰. Havendo um litígio em que a posição jurídica de um jornalista, que assina uma coluna de fofocas, colide com a posição jurídica de um artista casado, que foi noticiado por ter relações sexuais e por ter engravidado a sua concunhada, parece bem claro que, nesse caso hipotético, que não é possível o exercício absoluto da liberdade de informação e da privacidade, simultaneamente. Em um caso como esse, dadas as circunstâncias concretas que o permeiam, necessariamente um direito fundamental será restringido. Isso não quer dizer, contudo, que os referidos direitos não possuam uma alta densidade normativa, portanto, de eficácia plena, mas que, dado o caso concreto, um ou outro possa ser mitigado. Assim, mesmo não sendo possível efetuar uma alteração do texto constitucional que restrinja a norma, e mesmo que possua uma alta densidade normativa, ela pode vir a ser restringida por outra norma constitucional, ou seja, a norma pode ser irrestringível mediante uma emenda e, não obstante, ser restringível por outra norma constitucional. Essa observação tem como motivo os critérios de classificação e as opções terminológicas adotadas, sendo utilizadas por uma e por outro autor as expressões “normas de eficácia absoluta” e “normas de eficácia plena” para representar as normas constitucionais aptas a produzir efeitos que não podem ser alteradas para restringi-las. A inalterabilidade da norma, como visto no exemplo citado, não significa a sua irrestringibilidade. Se o escopo da classificação é a aptidão para produzir os seus efeitos jurídicos e se não existem direitos absolutos, podendo ser restringido o alcance de quaisquer normas constitucionais, ante o caso concreto, a utilização do critério da imutabilidade do texto para a definição de uma categoria específica da eficácia normativa, aparentemente, perde o seu sentido. Ora, aquilo que é absoluto é inoponível, incontestável, não lhe sendo imputável uma restrição, e o que é pleno é completo, concluído, não guardando, necessariamente, o sentido de inalterável ou irrestringível. Logo, utilizar as expressões “absoluta” e “plena” para atribuir às normas constitucionais uma categoria eficaz cuja característica delimitadora é a imutabilidade (irrestringibilidade) da norma, apresenta

⁹ Art. 5º, IX, CR/88.

¹⁰ Art. 5º, X, CR/88.

um certo descompasso prático (já que não existem normas absolutas) e uma imprecisão semântica, que acabam implicando em uma fragilidade da classificação. De forma alguma, pretende-se sugerir que os critérios eleitos pelos consagrados juristas se mostram inexistentes, incorretos ou imprecisos. A objeção realizada restringe-se especificamente a que os mesmos sejam utilizados como base para classificar as normas constitucionais quanto a sua eficácia (aplicabilidade), adotada no sentido da aptidão para a produção de efeitos jurídicos. Ademais, e o que parece ser o mais importante a respeito, a possibilidade de alteração da norma constitucional também não se orienta como um critério vinculado à sua eficácia normativa, mas sim à sua rigidez, que é objeto de um tipo de classificação próprio. Tanto é assim que uma norma que venha a ser alterada por emenda constitucional pode tanto continuar possuindo a mesma eficácia que possuía antes da alteração. Por fim, não custa repetir que o critério julgado mais racional e que é adotado neste trabalho para a classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia é o da sua aptidão para a produção de efeitos, ou a sua densidade normativa.

De qualquer forma, guardadas as ressalvas quanto aos critérios que fundamentam as opções categoriais defendidas por cada autor, as diferentes teses se convergem na medida em que reconhecem dois tipos bem definidos de normas constitucionais. Existem aquelas que necessitam da intervenção do legislador para produzirem os seus principais efeitos e outras que, possuindo normatividade suficiente, produzem os seus principais efeitos, independentemente de complementação infraconstitucional, mesmo que possam vir a ser restringidas. Tal compreensão evidencia-se na medida em que uma visada pura sobre uma norma constitucional, dada a sua completude maior ou menor, permite verificar se ela possui os elementos normativos suficientes para a produção de efeitos ou não. Como já manifestado anteriormente, a aplicabilidade da norma constitucional depende da indicação, por exemplo, do seu destinatário, do beneficiário, do direito que constitui seu objeto e da sua forma de exercício, dentre outros possíveis elementos normativos. Sendo assim, dependendo do grau da sua densidade normativa, maior ou menor, a norma estará apta ou não para produzir os seus principais efeitos.

Portanto, a partir da reflexão sobre a eficácia jurídica das normas constitucionais, pode-se concluir que existem dois tipos de normas: a) as normas constitucionais de

alta densidade normativa, que dispensam uma produção legislativa voltada à viabilização da sua produção de efeitos podendo, entretanto, ser restringidas e; b) as normas constitucionais de baixa densidade normativa, para as quais o legislador infraconstitucional precisa produzir outras normas visando a sua aptidão para produzir efeitos (SARLET, 2018, p. 262). Pautado nessa premissa rigorosamente reduzida, pode-se adotar, dentre as terminologias semeadas pela doutrina, a classificação exposta por José Horácio Meirelles Teixeira, representada por um sistema binário composto pelas normas de eficácia plena e pelas normas de eficácia limitada, ou reduzida.

3.3 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A análise da eficácia do direito fundamental à moradia e, de igual forma, dos direitos fundamentais como um todo, é uma tarefa que se apresenta particularmente problemática, pois o seu conteúdo sofre a incidência da especial formulação apresentada pelo texto do art. 5º, § 1º, da Constituição, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A partir deste texto, pode-se extrair uma norma aparentemente clara sobre a eficácia imediata dos direitos e garantias fundamentais, o quê, na verdade, cria ainda mais problemas sobre tema. Quer dizer, se a aplicação dos direitos e garantias fundamentais é imediata, é possível, por exemplo, exigir judicialmente do Estado as prestações decorrentes dos direitos fundamentais sociais com base apenas na Constituição? Tal indagação, que poderia, talvez, ser respondida afirmativamente com base em uma interpretação literal do texto do art. 5º, § 1º, encontra seu ponto de recuo ao consultar-se o art. 6º e identificar que, embora os direitos ali catalogados sejam direitos fundamentais, a Constituição não esclareceu minimamente sob quais circunstâncias eles seriam concretizados. Assim, se o Estado, enquanto Administração Pública, está rigidamente vinculado à legalidade (MELLO, 2012, p. 103) e somente pode fazer aquilo que a lei determina, na forma regularmente prevista, como obrigá-lo a cumprir um comando prestacional vago e impreciso?

Entretanto, mesmo podendo ser problematizado o conteúdo do art. 5º, § 1º, deve ser reconhecido que, ante a sua existência, a eficácia dos direitos e garantias

fundamentais não pode ser colocada no mesmo plano das demais normas constitucionais. Se existe uma norma que impõe expressamente a aplicabilidade imediata e se não existe letra morta da lei, alguma modificação ela há de promover. Ora, não se pode considerar a eficácia dos direitos fundamentais sem a incidência dessa norma diferenciada, a qual se mostra como um precioso instrumento colocado à disposição dos direitos fundamentais (SARLET, 2018, p. 243).

Trata-se de uma metanorma (NOVELINO, 2008, p. 88) que define a aplicabilidade das normas de direitos e garantias fundamentais, inclusive, com um sentido muito claro e preciso. Após toda reflexão já realizada neste capítulo, tem-se segurança para afirmar, inclusive, que o art. 5º, § 1º, possui uma alta densidade normativa e, portanto, uma eficácia plena. Se é assim, tome-se o exemplo específico da norma que cria o direito à proteção da propriedade industrial¹¹, assegurando aos inventores o privilégio temporário da sua utilização. Não há dúvida de que a propriedade industrial é um direito fundamental e que, considerado o § 1º, do art. 5º, possui aplicabilidade imediata. Então, pergunta-se: quem é o titular da propriedade industrial? Como definir que determinada invenção ou marca foi criada pelo indivíduo “A” e não pelo “B”? Qual dos dois terá direito à proteção? Ora, sem responder a tais indagações denota-se praticamente impossível o exercício e a proteção do referido direito, mesmo ele reunindo o caráter de norma de direito fundamental e, portanto, possuir aplicabilidade imediata.

Nesse caminho, o primeiro ponto que chama a atenção, como advertido por Ingo W. Sarlet, é a constatação de que os direitos fundamentais, assim como as demais normas constitucionais, assumem feições distintas conforme a técnica de positivação aplicada individualizadamente em cada uma. Tomando como exemplo a norma mencionada no parágrafo anterior, não obstante o direito à proteção da propriedade industrial esteja inserido no catálogo dos direitos fundamentais individuais, definindo-se, em tese, como uma norma criadora de direito, afastadas essas características previamente dadas, uma leitura mais atenta permite concluir que o seu destinatário é o próprio Estado, ao qual se impõe a obrigação de criar mecanismos de proteção da propriedade industrial, considerando o interesse social

¹¹ Art. 5º, XXIX, CR/88.

e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país. Trata-se de uma norma de cunho nitidamente programático, sem que com isto pretenda-se negar a sua aplicabilidade imediata. De um modo geral, as normas de direitos e garantias fundamentais, ao longo de todo o texto constitucional, assumem diversas feições, como por exemplo a de ordem concreta de legislar¹², a de normas pragmáticas¹³ e de garantias institucionais¹⁴ (SARLET, 2018, p. 266-267). Essa constatação, a rigor, evidencia as normas de direitos fundamentais, tais como elas se apresentam, independentemente de os respectivos comandos, programas ou objetivos serem reconhecidos como fundamentais, mesmo não sendo normas que criam direitos propriamente ditos. Essa essência obtida a partir dos diversos conteúdos e funções das normas de direitos fundamentais permite a formulação de uma classificação específica para eles, formando-se dois grupos: a) os direitos de defesa; b) os direitos a prestações. Revelam-se como de defesa, os direitos fundamentais que criam direitos individuais e coletivos, assegurando-lhes a manutenção do correspondente bem jurídico, e como direitos a prestações, aqueles que impõem a realização de uma prestação pelo Estado, seja em sentido amplo, como por exemplo a proteção e a participação na organização e no procedimento, seja em sentido estrito, como os direitos sociais prestacionais (SARLET, 2018, p. 268). Pautado nessa premissa, a eficácia jurídica do direito à moradia deve ser analisada sob a perspectiva de cada uma das categorias de direitos fundamentais, haja vista que as poucas normas fundamentais pertinentes ao direito à moradia assumem tanto uma quanto outra função. Avençando, sem mais adiamentos, importa refletir sobre a metanorma definidora da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Para que não se pairem impertinentes dúvidas acerca do alcance do art. 5º, § 1º, da Constituição, atenta-se que o seu texto é expresso ao determinar a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Existem normas fundamentais reconhecidas que não se encontram nos catálogos. Voltando-se ao dispositivo, observa-se que ele indica a sua incidência sobre todas as normas de direitos e garantias fundamentais, indistintamente. O constituinte não criou nenhum tipo de limitação ou de subcategoria de direito e garantia fundamental que estaria incluída

¹² Art. 7º, XI, CR/88.

¹³ Art. 205, CR/88.

¹⁴ Art. 5º, XXXVIII, CR/88.

ou excluída de seu âmbito de incidência. Portanto, embora a colocação topológica do dispositivo possa sugerir que ele se aplica apenas às normas previstas no art. 5º, o conteúdo de seu texto não apresenta suficiente vagueza ou ambiguidade para tal interpretação, demasiadamente restritiva (SARLET, 2018, p. 271).

O maior problema relacionado ao art. 5º, § 1º, da Constituição aparece quando são analisadas as diversas normas de direitos fundamentais sob o aspecto das suas variadas funções. Nesse sentido, surgem algumas correntes antagônicas sobre o tema. Há quem defenda que a metanorma não deve adulterar a natureza das normas de direitos fundamentais, de modo que boa parte delas obtém eficácia apenas a partir de uma complementação legal (FERREIRA FILHO, 1989, p. 243 e ss). Diametralmente opostos, outros juristas entendem que até mesmo normas indiscutivelmente programáticas, possuem condições de criar direitos subjetivos, ante a aplicabilidade imediata estipulada pelo art. 5º, § 1º (GRAU, 1997, p. 322 e ss). Em posição intermediária, sustentam Celso R. Bastos e Ives G. S. Martins que os direitos fundamentais, via de regra, são diretamente aplicáveis, com duas exceções: a) quando a respectiva norma dispõe expressamente que a sua eficácia depende de complementação legislativa e; b) quando a norma de direito fundamental não possui os elementos minimamente necessários para operacionalizar a sua aplicação, ou seja, quando lhe falta normatividade suficiente, sem que seja necessária a substituição das prerrogativas do legislador pelo Judiciário (BASTOS; MARTINS, 1989, p. 393).

Esboçada a divergência do tema, observa-se que o ponto específico do qual emana a discussão é a existência de normas que se limitam a estipular programas, finalidades e tarefas, de modo incompleto (com baixa densidade normativa), exigindo uma atuação legislativa para viabilizar a sua operacionalidade, chamem-se elas de programáticas ou não. Nesse panorama, qual seria a eficácia jurídica de tais normas fundamentais? Aliás, deve-se reconhecer que a presença de direitos fundamentais representados por normas com o conteúdo programático é uma característica própria e presente nas constituições inspiradas na feição do Estado Social, como a brasileira.

Essa identificação do problema não deve ser, contudo, encarada de maneira simplista ao ponto de aceitar como aplicável às normas fundamentais de defesa, sobre as quais não se questiona a eficácia plena, o mesmo nível eficaz das normas constitucionais em geral. A ideia de que não existe norma inócua deve ser aqui reforçada para considerar que o art. 5º, § 1º, é um *plus* que, de alguma forma, torna mais robusto o nível de aplicabilidade dos direitos fundamentais de defesa.

De qualquer maneira, a análise dos efeitos jurídicos dos direitos fundamentais, considerando a reflexão que já foi realizada, tomando por base a aptidão da norma para a produção de efeitos conforme a sua alta ou baixa densidade normativa, inserindo-se nesse contexto a metanorma extraída do art. 5º, § 1º, permite compreender que tal preceito, de fato, não possui o condão de modificar os conteúdos próprios das normas de direitos fundamentais, dada a individualidade da densidade normativa de cada uma atribuída pelo constituinte. Quer dizer, uma norma que constitui um direito fundamental de defesa que, como já visto, possui uma alta densidade normativa e, portanto, eficácia plena, não é dotada de uma super eficácia plena. De igual modo, uma norma que estabelece um direito fundamental consistente em uma prestação social que, via de regra, não cria os mecanismos minimamente necessários para o surgimento de direitos subjetivos, portanto, com baixa densidade normativa (eficácia limitada), não será promovida a norma de eficácia plena. Há uma inviabilidade intrínseca na própria normatividade que não permite a sua aptidão para a produção de efeitos. Por tudo isso, e com arrimo em Ingo W. Sarlet, pode-se entender a norma do art. 5º, § 1º, da CR/88 de

cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. (SARLET, 2018, p. 278)

A partir de todo o exposto, pode-se concluir que as normas constitucionais, de um modo geral, dada a força normativa naturalmente emanada da Constituição, possuem um certo grau de eficácia jurídica, consistente no reconhecimento de sua mínima aplicabilidade. Não obstante, tratando-se de normas de direitos fundamentais, elas se revestem de um especial relevo, ante a disciplina imposta pelo constituinte por meio do art. 5º, § 1º. Assim, havendo um comando específico

que impõe a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, há que existir alguma diferença, ou melhor, algum privilégio dos direitos fundamentais em relação às demais normas quanto a sua eficácia jurídica. Entretanto, não parece possível que a determinação contida na metanorma tenha a capacidade de transformar todos os direitos fundamentais em norma de eficácia plena, haja vista que as especificidades casuísticas de cada um, como por exemplo o tipo de posituação, o seu objeto ou o seu destinatário, bem como a sua densidade normativa maior ou menor, que podem exigir a sua complementação pelo legislador. Um direito fundamental que determina um objetivo a ser alcançado pelo Estado, por exemplo, não possui uma normatividade suficiente para dele próprio decorrerem direitos subjetivos imediatamente exigíveis. Dessa maneira, a proposta formulada pelo professor Ingo. W. Sarlet ganha uma relevante consistência racional na medida em que, reconhecendo todas as características evidenciadas, ressalta um sentido jurídico factível e harmônico para a norma disposta no § 1º, do art. 5º, da CR/88.

Mesmo havendo críticas para a posição que sustenta a concepção de que o dispositivo ora discutido se reveste como um princípio de otimização ou de maximização (ALEXY, 2008, p. 90), baseado na eficácia mínima das normas constitucionais e na inexistência de normas meramente decorativas, há que se compreender qual é a sua essência dentro do sistema dos direitos fundamentais. Então, reforçando o que já foi exposto, dependendo de fatores como por exemplo o conteúdo, o tipo de posituação e a densidade normativa da norma fundamental, cada norma de direitos e garantias fundamentais evidencia, ou não, a sua aptidão para a aplicabilidade imediata. Mesmo havendo um comando como do art. 5º, § 1º, pode ser que o direito fundamental, na forma como inserido na Constituição, por si mesmo, não seja operacional. É o que ocorre, por exemplo, com o direito à segurança. Está previsto no art. 6º da Constituição que a segurança é um direito fundamental social. Pois bem, como efetivá-lo a partir da norma isolada do art. 6º? Impossível! Então, como fica o art. 5º, § 1º? Ele precisa, de alguma forma, causar algum efeito, já que o constituinte cuidou de criá-lo. Assim, respeitada a possível e existente divergência, tal será a premissa adotada para a investigação da eficácia do direito à moradia.

3.4 DA EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Pois bem, fixadas essas premissas, já é possível compreender a essência do que vem a ser a eficácia jurídica das normas constitucionais, sendo proporcionada segurança suficiente para efetuar a análise específica da eficácia do direito à moradia. Nessa empreitada, há um certo percurso a se fazer no sentido de identificar como o direito fundamental à moradia se apresenta na Constituição, se existem várias normas que o disciplinam, sob quais formas, quais as suas densidades normativas e, enfim, o resultado da incidência da ordem de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Para que seja possível visar intencionalmente o objeto do estudo, é preciso clarificar, antes de mais nada, quais são os dispositivos que guardam relação direta, ou aproximada, com o direito à moradia. Fala-se isso porque podem ser identificadas normas que aparentam ter relação com o direito à moradia, mas que, na verdade, não possuem em seu núcleo normativo o direcionamento social da proteção da moradia, seja como direito de defesa, seja como direito a prestações. A confusão pode ser mais ou menos perceptível na medida em que, de certa forma, determinadas normas tangenciam o direito à moradia, mas sem com ele guardar uma relação. Um exemplo que pode ser lembrado é o da proteção à propriedade privada¹⁵. Esse direito fundamental pode, em algum momento, ter a aparência de que protege o direito à moradia. Pode ser até que a proteção do direito à moradia ocorre como consequência da proteção à propriedade privada, ou o contrário. Contudo, tais institutos não devem ser confundidos. Enquanto esta última tem como fundamento a liberdade individual, o direito à moradia tem como fundamento a igualdade material, sendo imperioso à dignidade humana ter um lugar para morar. Então, quando o constituinte reconhece a fundamentalidade da propriedade privada, há uma proteção muito mais ampla, ou melhor, menos específica do que à da moradia, na medida em que se reconhecem que os bens físicos ou jurídicos sujeitos ao domínio do indivíduo, provenientes do seu trabalho, das seus gerações familiares ou de quaisquer outros meios lícitos, por regra, não podem lhe ser subtraídos. Diferentemente, o direito à moradia busca proporcionar um local digno para morar, bem como protegê-lo, sendo o seu ocupante proprietário ou não. Tal reflexão

¹⁵ Art. 5º. [...] XXII - é garantido o direito de propriedade;

evidencia que os direitos ora comparados possuem fundamentos e objetivos completamente diferentes, o que também ocorre em outras situações.

A análise individualizada de todas as proteções e prestações vinculadas ao direito à moradia que podem ser extraídas da constituição, proporcionará a identificação das características individuais das normas sobre o direito à moradia relativas à sua densidade normativa, à sua finalidade, à sua programaticidade e, por fim, se elas representam um direito de defesa ou o direito a prestações. Essas características serão o objeto de uma reflexão para seja evidenciada a eficácia do direito à moradia.

Deve ser ressaltado que a efetivação do direito à moradia digna possui a peculiaridade de também envolver a efetivação de outros direitos, como o saneamento básico, o adequado aproveitamento do solo, a viabilidade urbana, enfim, a sua efetivação não se dá estritamente pela construção de unidades habitacionais. Talvez por isso é que seja tão difícil efetivá-lo. Em todo caso, o levantamento realizado observará as premissas aqui levantadas.

Pois bem, com a ressalva de que pode haver uma ou outra norma involuntariamente esquecida, no âmbito do texto constitucional aparecem as seguintes normas sobre o direito à moradia: a) o seu reconhecimento expresso como direito fundamental social¹⁶; b) como objeto da competência administrativa exclusiva da União sobre as diretrizes do desenvolvimento urbanos concernentes à habitação¹⁷; c) objeto da competência administrativa concorrente entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico¹⁸; d) a política urbana a ser desenvolvida pelo Estado¹⁹; e) usucapião especial urbano²⁰; f) desapropriação rural

¹⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁷ Art. 21. Compete à União: [...] XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

¹⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

¹⁹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

por interesse social²¹; g) direito de defesa contra a desapropriação²²; h) usucapião especial rural²³; i) direito de defesa das terras indígenas²⁴; j) desapropriação penal com reversão dos bens para a reforma agrária ou para um programa de habitação popular²⁵.

Dada a oportuna menção individualizada das normas constitucionais cujo conteúdo temático é o direito à moradia, parece necessário utilizar esse momento para conhecer em que consiste cada uma delas, o que se passa a fazer.

Como já adiantado na introdução, o direito à moradia está previsto na cabeça do art. 6º da Constituição, o qual cataloga os direitos fundamentais sociais. Ao ser incluído no capítulo que estatui os direitos sociais, ele foi irradiado por uma alta carga axiológica, tornando-se verdadeiro princípio insculpido no plano da ordem constitucional. E mais, estando alocado no título que cria os direitos e garantias fundamentais, ele agrega a concepção direta, conforme visto anteriormente, do reconhecimento do seu fundamento na dignidade da pessoa humana.

²⁰ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

²¹ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

²² Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; II - a propriedade produtiva.

²³ Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

²⁴ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

²⁵ Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Assim, como visto anteriormente no capítulo em que se propõe uma releitura fenomenológica do direito, o que se busca a partir da compreensão das essências são os seus fundamentos, o que não significa que o direito também não seja aquilo que foi legislativamente positivado. Nesse sentido, elevado ao *status* de axioma, o direito à moradia extrai sua razão de ser, seu fundamento, no direito humano básico de que às pessoas deve ser garantida e preservada a sua dignidade. Nesse contexto, concebe-se que a povo, detentor de uma vontade legitimadora dos sistemas supra individuais, o poder constituinte (FERREIRA FILHO, 2005, p. 21-32), e o Estado, como ente capaz de concretizar essa vontade, condicionaram-se a garantir e a realizar o direito à moradia para toda a sociedade. Qual, entretanto, é a realizabilidade dessa norma?

Antes que se sustente, no calor da emoção, que os direitos sociais previstos no art. 6º implicam automaticamente em prestações a ser efetivamente realizadas pelo Estado, veja-se o exemplo do direito ao trabalho. Além de ser um direito social, o constituinte o colocou como o fundamento e um princípio da ordem econômica²⁶. Contudo, mesmo revestindo-se com todas essas prerrogativas, observa-se que não se considera que o Estado tenha sido compelido a efetivamente oferecer um trabalho a todos os indivíduos. Na verdade, uma reflexão mais rigorosa leva a concluir que o trabalho digno, no molde de direito social inserido no art. 6º, é um objetivo a ser alcançado pelo Estado, o qual deve “buscar” o pleno emprego. Nesse contexto, é revelada a possibilidade de os direitos sociais, considerada a sua normatização individualizada, tanto criarem uma prestação específica a ser realizada pelo Estado, quanto definirem finalidades a serem alcançadas.

Voltando as atenções ao direito à moradia no art. 6º, salta aos olhos o seu caráter programático, pois ele não impõe ao Estado o dever legal de efetuar prestações positivas para o fim de efetivar o direito à moradia. Assim, evidencia-se que é uma norma que cria uma finalidade a ser almejada.

²⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII - busca do pleno emprego;

Reforçando o que acabou de ser afirmado, ainda no texto constitucional, observam-se duas regras de competência administrativa estabelecidas no art. 21, XX e no art. 23, IX. Tais normas, analisadas propositadamente em conjunto, representam as peças-chave para a aplicabilidade do direito à moradia, pelo menos para o conjunto de normas que criam para o Estado o dever legal de efetuar prestações positivas.

No primeiro caso, tem-se a competência exclusiva da União para instituir as diretrizes para o desenvolvimento urbano, a habitação, o saneamento básico e os transportes urbanos. Essa norma é uma peça importante para o direito fundamental à moradia, na medida em que é expressamente determinado à União o dever de formular as diretrizes gerais de quatro aspectos claramente vinculados ao direito à moradia. Trata-se de uma prestação positiva a ser realizada pela União para viabilizar a eficácia plena do direito. Aliás, ao que parece, o constituinte foi até redundante no dispositivo, haja vista que nas diretrizes gerais de habitação, se for considerada a perspectiva da moradia digna proposta pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já apresentada neste trabalho, necessariamente incluem-se o desenvolvimento urbano, o saneamento básico e os transportes urbanos. Deve ser pontuado ainda que a utilização do verbete “habitação” foi uma opção terminológica adotada pela Assembleia Constituinte de 1987, ou seja, anterior ao reconhecimento expresso da “moradia” como um direito fundamental social. Entretanto, habitação e moradia são termos carregados com os mesmos sentidos jurídicos em todos os dispositivos que positivam normas sobre o direito à moradia.

Entretanto, a norma do art. 21, XX, ao que parece, representa uma inoportuna, excessiva e incompreensível concentração de poderes no âmbito das atribuições do Executivo federal²⁷. Ora, seria razoável e até esperado, dada a eficácia limitada do art. 6º da Constituição, que a fixação das diretrizes gerais do direito à moradia fosse da competência privativa da União, ou seja, uma competência legislativa. Se assim o fosse, ficaria mais clara a dependência da legislação ordinária para a complementação normativa e haveria a possibilidade de um amplo debate nas casas legislativas para que se definissem os aspectos que envolvem a efetivação do direito

²⁷ Atualmente, por força do art. 29, VII, da Lei nº 13.844/2019, dentro da estrutura orgânica do Executivo federal, essa competência é atribuída ao Ministério do Desenvolvimento Regional.

à moradia em sua plenitude. Não se vê um impedimento para que seja editada uma lei federal nesse sentido. Inclusive, será abordada a relevância da Lei nº 11.124/2005, que aparentemente foi criada com essa finalidade. Contudo, tratando-se de um dispositivo que atribui expressamente o caráter administrativo para as diretrizes da moradia, talvez, um ato regulamentar do Executivo teria o condão inutilizar toda a discussão eventualmente realizada no Congresso Nacional. O dispositivo que cria a competência legislativa privativa da União, o art. 22 da Constituição, não contempla um item específico sobre direito à moradia, no sentido de reservar à União a edição da legislação geral sobre a matéria, o que pode levar ao equívoco de concluir que ela não pode legislar sobre o assunto. A técnica de positivação do constituinte, notadamente com o reconhecimento expresso do direito à moradia como fundamental, não sofreu os necessários ajustes pela Emenda Constitucional nº 26, pois deveria ter reformulado ou realocado o inciso XX, do art. 21.

Quanto à norma do art. 23, IX, atenta-se que foi estabelecida a competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Em um só dispositivo, o constituinte tratou de três espectros de realização do direito à moradia, que são a existência física do local de sua fruição, a sua adequação e o seu saneamento. Essa norma estabelece o dever do Estado de efetuar determinada prestação concreta, seja uma atividade-meio, no caso do programa de construção de moradia, seja uma atividades-fim, como a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

É possível compreender que esse dispositivo, a um só tempo, divide a obrigação de concretizar o direito à moradia, ou seja, de dar-lhe efetividade, nos três planos de organização política do sistema federativo. A divisão igualitária da responsabilidade decorrente da taxativa lista de competências administrativas permite que qualquer um dos entes, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, implemente políticas para a realização do direito à moradia, nos três aspectos ali indicados. Ao mesmo tempo, impede que existam barreiras jurídicas que venham a obstar ou dificultar a sua realização, por motivo de invasão ou evasão das respectivas esferas de competências.

O dado essencial que se evidencia a partir de uma detida análise dos dois dispositivos é que eles, somados e influenciados pela fundamentalidade do direito à moradia e pela máxima eficácia possível que deve ser direcionada aos direitos e garantias fundamentais, possuem normatividade suficiente para permitir que a União, por meio do exercício do poder regulamentar e independentemente da edição de lei ordinária, estabeleça os princípios ou as diretrizes gerais do direito à moradia digna. Ademais, evidencia-se que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão autorizados, a partir da própria Constituição, a implementar programas para a concretização do direito. Ora, complementação normativa que tanto se falou até agora, no caso específico do direito à moradia, transita na seara administrativa do Estado. Dessa forma a positivação necessária para viabilizar a aplicabilidade da norma do art. 6º, possui um suficiente direcionamento proporcionado pelo art. 21, XX e pelo art. 23, IX, da Constituição desde a sua promulgação. Ressalvada, portanto, a crítica desenvolvida sobre a competência administrativa da União, as características intrínsecas das duas normas em comento revelam em sua essência a eficácia limitada, dependendo, assim, de complementação normativa para a sua plena aptidão para a produção de efeitos.

A próxima passagem que trata da matéria é encontrada nos artigos 182 e 183, os quais estão atrelados à propriedade privada, à função social da propriedade e à política urbana. O art. 182 prescreve as normas gerais da política urbana, tendo por escopo “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Seus parágrafos e incisos detalham os princípios e as regras gerais da política urbana. Por tudo que o já foi exposto até o momento, torna-se de fácil apreensão que o art. 182 é uma norma programática, estabelecendo objetivos genéricos a serem buscados, portanto, de eficácia limitada.

Já o art. 183, cria uma hipótese de aquisição da propriedade imobiliária por usucapião especial envolvendo o prazo da posse, a função social da propriedade (ser o imóvel a moradia do indivíduo ou de sua família) e uma condição urbanística (ser a área igual ou inferior à duzentos e cinquenta metros quadrados). As características dessa norma sugerem que ela poderia repousar tranquilamente no conteúdo do art. 5º da Constituição, pois cria um direito subjetivo de defesa para o

seu titular. A norma representa a maior aproximação até agora verificada com a concretização pura do direito de moradia, que é a defesa do único “teto” que o indivíduo possui para morar e a sua conversão em propriedade. Essa condição, à toda evidência, acomoda-se fundamentalmente no princípio da dignidade da pessoa. Quer dizer, o indivíduo necessita de ter ao menos um lugar no mundo para morar. Seu espectro de possibilidades individuais realiza-se, objetiva e subjetivamente, desde que tenha o ‘seu’ lugar. Como exposto anteriormente, moradia, em sua essência, é o lugar que o indivíduo mora. E quando a norma lhe garante a permanência e, ainda, a aquisição do domínio do lugar que seja a sua única opção de moradia, evidencia-se a realização do direito. E neste caso específico, embora ainda acobertado por características factuais indiretas, como o direito de propriedade e a política urbana, o dado que se destaca é uma maior aproximação com a forma pura de efetivação do direito, tratando-se, portanto, de uma norma de eficácia plena.

Ainda no texto constitucional, encontra-se todo um capítulo que cria a política agrícola e fundiária e a da reforma agrária, entre os artigos 184 e 191. Nesse delimitado contexto, mais uma vez salta aos olhos o entrelaçamento do direito à moradia com o atendimento da função social da propriedade. Basicamente, o texto condiciona a eventual destinação do imóvel rural à reforma agrária, ao não cumprimento de sua função social. A rigor, o conteúdo desse dispositivo apresenta mais de uma norma constitucional, podendo-se identificar como um aspecto do direito à moradia a destinação dos imóveis rurais desapropriados por interesse social para a reforma agrária. Ora, se o proprietário do imóvel rural não cumpre a sua função social de produzir, nada mais adequado do que retirar-lhe o domínio do bem²⁸ e o transferir àquele que não possui um lugar para morar e que quer produzir. Sendo uma norma que cria o direito a uma prestação, para que produza efeitos jurídicos é necessária uma série de estipulações, como por exemplo a forma de seleção de beneficiários, a forma de divisão das glebas e a padronização do tamanho, motivo pelo qual não é possível a sua aplicabilidade imediata (eficácia limitada).

²⁸ Mediante a sua indenização, obviamente.

Como direito de defesa, a norma do art. 185 impede a desapropriação para fins de reforma agrária do pequeno e médio imóvel rural, desde que seja o único de propriedade do indivíduo. Ora, não faz sentido desalojar uma pessoa para alojar outra no mesmo lugar, se a primeira não possui outro local para morar. Trata-se, contudo, de uma norma de eficácia limitada na medida em que a fixação do que venha a ser pequeno e médio imóvel rural precisa ser realizada pelo legislador.

Adiante, encontra-se outro dispositivo com o conteúdo normativo semelhante ao do art. 183, modificando-se apenas o tipo de imóvel ao qual ele se aplica, o rural, com as consequentes adaptações. Trata-se do art. 191. Por garantir um direito sobre um imóvel localizado em área rural, altera-se o limite de seu tamanho para a criação do direito subjetivo, passando a ser de cinquenta hectares. No mais, permanecem os mesmos requisitos. Portanto, cabem as mesmas considerações lançadas anteriormente, notadamente quanto à concretização do direito à moradia na forma da sua essência pura, caso o indivíduo não seja proprietário de outro imóvel. Sua eficácia é plena.

A habitação marca, de igual modo, a proteção defensiva das terras indígenas. Para tanto, dispõe o art. 231, § 1º, da Constituição, que são reconhecidas aos índios as terras tradicionalmente por eles ocupadas, as quais se configuram pela sua habitação em caráter permanente. O direito de defender as suas terras é extraído diretamente do texto constitucional. Portanto, a norma possui relação direta com o direito à moradia, bem como eficácia plena.

Por fim, atenta-se à norma do art. 243 que se assemelha ao que foi exposto sobre o art. 184 quanto aspecto específico que se relaciona ao direito à moradia. Segundo o dispositivo, sendo expropriado um imóvel nas condições ali previstas, o bem deverá ser destinado à reforma agrária ou a programas de habitação popular, caso seja rural ou urbano. A norma impõe uma prestação ao Estado, mas não é dotada de aptidão para produzir os seus efeitos essenciais. Logo, evidencia-se a limitação da sua eficácia.

Efetuada esse levantamento, parece que não há outros dispositivos relacionados ao direito à moradia no texto constitucional. Observa-se, na linha das reflexões já

realizadas, que as normas sobre o direito à moradia possuem uma variada densidade normativa, assumem diversas feições, são redigidas com diferentes técnicas de positivação, outorgam obrigações prestacionais ao Estado, proporcionam posições de defesa para o indivíduo e apontam finalidades a serem alcançadas. Inclusive, como será discutido logo em seguida, existe o vácuo normativo do art. 6º, o qual reconhece a fundamentalidade do direito social à moradia, mas, diferentemente dos outros direitos sociais, ficou esquecido ao longo da Constituição, que não se pronunciou sobre os seus princípios básicos. Não é de se estranhar essa gama de características diferentes, pertinentes às várias normas que dispõem sobre o direito, na medida em que ele envolve uma série de fatores e inúmeras possibilidades de realização, segundo a essência que se evidencia a partir de uma reflexão sobre o que é a moradia, como já foi apontado em páginas passadas. Nesse contexto, adotando a possibilidade de classificação dos direitos fundamentais em duas categorias básicas, quais sejam, as normas de direito de defesa e as normas de direito a prestações, evidencia-se que as várias normas ligadas à moradia podem ser alocadas, algumas na categoria de direito de defesa e outras na de direito a prestações, o que impede que seja estabelecida uma única categoria de eficácia jurídica para o direito à moradia. Colocando-se entre parêntese apenas a norma que reconhece a sua fundamentalidade, pode-se chegar à decepcionante conclusão de que o constituinte, na verdade, não pretende e nem nunca pretendeu impor ao Estado o dever de efetuar prestações para a concretização do direito à moradia, maiores do que a criação de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Assim, cabe uma crítica sobre a omissão do constituinte em estabelecer os princípios gerais do direito fundamental à moradia. Essa reflexão motiva-se na ausência de integração da norma que reconhece o direito à moradia como fundamental com restante do conteúdo da Constituição. Que o constituinte protegeu o direito à moradia desde a sua gênese, não há dúvida, vide os arts. 21, XX e 23, IX. Entretanto, quando houve a assunção expressa para o catálogo dos direitos sociais, o constituinte derivado poderia (e deveria) ter efetuado os ajustes necessários para que fossem estabelecidas, desde logo, pelo menos, quais as prestações concretas que se relacionam ao direito à moradia. As reflexões até aqui realizadas assumem a

defesa de que determinados aspectos, como por exemplo a regularidade urbanística e o saneamento básico, são categorias de prestações estatais que, somadas a outras, representam a plenitude da efetivação do direito à moradia. Entretanto, o texto constitucional não menciona quais são os aspectos que devem ser atendidos para que a moradia seja digna. Pior, considera as outras questões, como o saneamento básico e a regularidade urbanística, como aspectos independentes da moradia. Fala-se estritamente do tratamento constitucional da matéria.

O título inaugurado pelo art. 193 da Carta de 88 estabelece as bases de um conjunto temático de normas que nomeou de “Da Ordem Social”. Segundo a redação do *caput* do artigo, “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Esse dispositivo orienta os temas tratados nos capítulos que compõem o referido título, os quais, todos eles, revestem-se direta ou indiretamente como direitos sociais ou como seus desdobramentos.

Então, se forem analisados sistematicamente os direitos fundamentais sociais catalogados no art. 6º, que são, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, apenas os direitos à moradia e à alimentação não gozam de uma atenção do constituinte, no sentido de estabelecer os seus contornos básicos, norteadores da complementação normativa e das políticas públicas estatais que lhe sejam vinculadas. A fixação da competência da União para a criação das diretrizes básicas por mero ato regulamentar sugere, talvez, um esquecimento do constituinte derivado, que não adaptou o texto ao reconhecimento expresso da fundamentalidade no ano 2000.

Claro que essa afirmação não significa, necessariamente, que todos os direitos sociais estejam abordados no bojo do título que trata da ordem social. Não é isso. Os princípios básicos dos direitos sociais estão alocados ao longo de todo o texto, como por exemplo, no art. 7º, no art. 144 e no art. 178. O fato é que, dos três direitos sociais inseridos no rol do art. 6º posteriormente à promulgação, moradia, alimentação e transporte, apenas este último possui alguma regulamentação, ainda que ínfima. A iluminação ética voltada à concretização de dignidade que certamente conduziu o constituinte derivado, não se mostrou suficiente para influenciá-lo a

inserir ao longo do texto os princípios básicos de concreção dos novos componentes do catálogo, dentre os quais do direito à moradia. Nesse sentido, falta a redução textual dos princípios básicos para a atribuição de eficácia plena ao direito, o que complementaria o mínimo tratamento constitucional sobre a matéria. A situação piora ao se lembrar que as diretrizes básicas devem ser fixadas por ato administrativo. A falta de direcionamento tem ocasionado uma certa omissão do Estado em criar políticas voltadas à efetivação do direito naquilo que ele é, com as suas várias possibilidades de concretização.

3.5 EXISTE DIREITO SUBJETIVO A UMA PRESTAÇÃO ESTATAL SOCIAL?

Embora tenha ficado clara a eficácia jurídica das diversas normas relativas ao direito à moradia, deve-se refletir sobre determinados aspectos filosóficos e jurídicos que podem influenciar a sua eficácia. Tal discussão restringe-se basicamente à dimensão prestacional do direito à moradia. Como foi visto anteriormente, as normas que criam direitos de defesa da moradia não apresentam maiores dificuldades para se compreender que possuem plena eficácia. Desse modo, os aspectos que serão aqui abordados não interferem de modo relevante na aplicabilidade imediata dos direitos de defesa da moradia, não justificando, portanto, a sua abordagem.

Entretanto, a reflexão sobre a eventual identificação de direitos subjetivos a prestações sociais do Estado gera inúmeros problemas, bem como variadas respostas, com consistentes defesas para todos os lados. O problema enfrentado neste trabalho exige uma abordagem sobre este ponto específico principalmente para chamar a atenção ao problema e para servir de ponto de partida para a reflexão. Isso porque, a bem da verdade, a pretensão da pesquisa restringe-se a identificar a densidade normativa do direito constitucional à moradia, bem como a complementação legal e regulamentar realizada pela União. Nesse sentido, o enfrentamento temático de um direito subjetivo a prestações sociais do Estado como um objeto de pesquisa exige uma abordagem personalizada e completa, não sendo este um objetivo deste trabalho. Nesse sentido, serão apresentados os principais problemas sobre o tema e uma breve reflexão ao final.

Um aspecto que exerce especial influência sobre a eficácia dos direitos sociais prestacionais, dentre os quais o da moradia, é a chamada reserva do possível. Sem adentrar em toda a problematidade que pode ser levantada acerca da existência ou não de repercussão financeira da atividade prestacional do Estado, para o direito à moradia, parece não haver dúvidas de que a sua realização, em qualquer plano que seja (construção de habitações, saneamento básico, melhoria urbanística etc), depende da aplicação de recursos financeiros. E, partindo exatamente dessa premissa, identificam-se alguns problemas. Quer dizer, se a prestação possui um custo, o ente estatal necessariamente deverá ter a disponibilidade material do recurso para realizar a prestação. Além disso, ainda que o ente possua a disponibilidade financeira, ele também precisará da autorização orçamentária para a sua aplicação. Por fim, ainda que atendidos os dois requisitos anteriores, deve ser identificado se a prestação concreta a ser destinada ao indivíduo pode ser razoavelmente exigida da sociedade. Esse conjunto de fatores convencionou-se chamar de reserva do possível (SARLET, 2018, p. 296). Nesse sentido, embora não se tenha dúvida da obrigação das prestações relacionadas à moradia, não é possível, por exemplo, que um Prefeito assine a autorização de um empréstimo bancário pelo Município, não previsto na lei orçamentária, para instalar uma internet gratuita na praça de um condomínio fechado de alto padrão. Por outro norte, não se pode simplesmente desconsiderar os impactos econômicos de determinada prestação, na medida em que ela pode vir a comprometer uma série de outros compromissos financeiros do ente estatal. Assim, o jurista não pode adotar a postura arrogante de superestimar o conteúdo jurídico contra uma realidade de inexistência material de recursos (SARLET, 2018, p. 367). Portanto, no âmbito da eficácia jurídica do direito à moradia, bem como dos direitos sociais prestacionais em geral, a reserva do possível exerce uma importante influência, devendo ser levadas em consideração as suas implicações.

Apresentando uma certa tensão com a reserva do possível, aparece o princípio do mínimo existencial. Importado do direito alemão, em linhas gerais, o mínimo existencial fundamenta-se no direito à vida e na dignidade da pessoa humana, para garantir ao indivíduo o livre desenvolvimento da sua personalidade. A expressão possui um conteúdo semântico autoexplicativo, ao qual aderem-se os contornos da dignidade humana (SARLET, 2018, p. 329). Como mencionado alhures, baseado na

dignidade humana, o Estado deve realizar prestações sociais que garantam ao indivíduo a sua existência minimamente digna. A partir dessa indicação, não se pode compreender, contudo, que o mínimo existencial corresponda a apenas o mínimo vital. Por outro lado, há uma abertura de sentidos implícita no princípio, haja vista que não é possível pré-definir qual prestação específica é suficiente para garantir o mínimo existencial digno. Todos esses aspectos proporcionam a concluir que as prestações sociais que visam a garantir o mínimo existencial, na verdade, podem representar uma ou várias prestações, inclusive efetuada por formas diferentes, tudo conforme as especificidades da situação concreta. O que torna imprecisa a sua efetivação, porém necessária. Tal dever pode entrar em rota de colisão com a reserva do possível na medida em que pode não haver os recursos financeiros suficientes ou a prestação específica não ter sido contemplada pela legislação ou pelo programa que regulamenta a matéria. Ademais, não de um modo geral, os Tribunais não possuem competência para destinar recursos públicos (SARLET, 2018, p. 330).

Não obstante a esses problemas, o professor Ingo W. Sarlet sustenta que, em determinada circunstância, mesmo não havendo legislação específica regradando a situação, de acordo com as estritas peculiaridades do caso concreto e atendidos alguns critérios principiológico-constitucionais, aplicando-se a ponderação de princípios, pode ser reconhecido um direito subjetivo a uma prestação material do direito à moradia (SARLET, 2003, p. 459). Essa análise abstrata, na verdade, deve ser identificada dentro dos estritos contornos do caso concreto, ante a confrontação entre a vulnerabilidade do indivíduo, o reconhecido princípio da reserva do possível e a reserva orçamentária. As reflexões apontadas por Sarlet, tem como arrimo e fundamento a posição adotada por Robert Alexy, para quem

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. (ALEXY, 2008, p. 512)

Não se trata de uma corrente isenta de críticas e posições em contrário (SARLET, 2018, p. 359-360). Escusas à parte pelo trocadilho, muito pelo contrário. Em todo o caso, a defesa da existência de um direito subjetivo a prestações não sustenta que haja a obrigação geral do Estado em efetivá-las. As atividades concretas devem ser buscadas, organizada e continuamente, conforme a legitimidade dos programas e do orçamento, definidos democraticamente pela lei. Entretanto, a defesa da possibilidade de configuração de um direito subjetivo a prestações sociais baseia-se estritamente nos contornos do caso concreto, reconhecendo-se a sua rigorosa excepcionalidade. Um bom exemplo pode elucidar a racionalidade jurídica da posição defendida. No ano de 2011, o Estado do Rio de Janeiro vivenciou a maior tragédia climática já ocorrida no país. Um impensável volume de chuva, em um curto período, transformou a região serrana do Estado em um cenário apocalíptico após enormes deslizamentos de terra, causou mais de 500 mortes e desalojou milhares de pessoas. Nessa situação, é incompreensível de se sustentar que as pessoas desalojadas não teriam o direito subjetivo de impor ao poder público o dever de lhes fornecer uma moradia (mesmo que provisória), inclusive, independentemente da existência de uma lei nesse sentido. Segundo Sarlet

Decisiva parece-nos a observação de Alexy no que concerne à ponderação entre os valores em conflito, no sentido de que a garantia de um padrão mínimo em segurança social (ou de direitos sociais mínimos) não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes. De acordo com esse critério, um direito originário a prestações sociais apenas pode ser reconhecido por meio de uma ponderação de valores, já que uma colisão com os direitos de defesa (ou mesmo outros direitos sociais), bem como com outros princípios constitucionais e valores comunitários, se revela incontornável.

Dessa maneira, somente seria possível admitir um direito subjetivo a uma prestação social se a situação concreta do indivíduo evidenciar a sua imediata necessidade (princípio do mínimo existencial) e se a sua efetivação não causasse uma restrição relevante nos bens jurídicos restringidos (reserva do possível) (SARLET, 2018, p. 362).

Portanto, em que pese a divergência, possivelmente a eficácia do direito à moradia em sua dimensão prestacional, observado o caso concreto, pode evidenciar-se como plena. Tal posição se harmonizaria, de certa forma, com a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição, sobre o qual já se refletiu, bem como reconheceria a eficácia

mínima dos direitos sociais prestacionais, notadamente diante de uma situação concreta em que a existência do indivíduo estivesse em clara afronta ao mínimo existencial.

Fora das condições acima apresentadas, embora não se descarte em termos absolutos a configuração de direitos subjetivos a uma prestação social acima do mínimo existencial, deve-se reconhecer que as objeções que constituem o núcleo da reserva do possível, poderão prevalecer (SARLET, 2018, 367).

O problema da eficácia pode ser, inclusive, identificado sob a perspectiva de uma hierarquia entre a liberdade e a igualdade. Sob essa visada,

se considerarmos os direitos sociais básicos como direitos absolutos, como foram reputados os direitos de liberdade durante o predomínio do velho Estado de Direito, têm eles aplicabilidade imediata; remetidos todavia àquela primeira posição teórica, que os inferioriza perante os chamados direitos da liberdade - nessa hipótese, ainda quando em grau constitucional -, ficariam via de regra sujeitos às reservas da lei (BONAVIDES, 2004, p. 375)

Antes de mais nada, a eficácia dos direitos sociais prestacionais é um problema de ordem constitucional, haja vista que ela envolve questões amplamente prevista na Constituição, na palavras de J. J. Gomes Canotilho (20, p. 369) “ao legislador compete, dentro das reservas orçamentais, dos planos económicos e financeiros, das condições sociais e económicas do país, garantir as prestações integradoras dos direitos sociais, económicos e culturais”.

Portanto, guardadas as necessárias ressalvas, o direito à moradia deve ser encarado e tratado como um dever do Estado, o qual deve procurar lhe atribuir a máxima eficácia jurídica possível. Mesmo sob a perspectiva prestacional, atendendo-se a condições excepcionalíssimas, o direito à moradia pode ser convertido em direito subjetivo com eficácia plena, ante o conjunto de fatores que se evidenciam a partir do caso concreto.

Pois bem, vencida essa etapa do trabalho, resta efetuar a reflexão sobre a eficácia social do direito fundamental à moradia, analisando criticamente o sistema legal edificado pela União, sob o aspecto da sua efetividade concreta.

4 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA COMPLEMENTAÇÃO NORMATIVA DO DIREITO À MORADIA E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS CORRELATAS IMPLEMENTADAS PELA UNIÃO

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Inicialmente, deve ser ressaltado que não se mostra relevante para as pretensões dirigidas para esta etapa do trabalho ocupar-se de uma análise crítica da efetivação das normas de direito à moradia de eficácia plena, como por exemplo as que definem as espécies de usucapião especial. A sua densidade normativa é deveras suficiente, sendo clara a criação de um direito subjetivo, não sendo o seu exercício objeto de maiores dificuldades. Portanto, as páginas seguintes serão preenchidas com uma reflexão sobre as normas de direito à moradia de eficácia limitada, a partir da dimensão evidenciada quando as atenções foram voltadas neste trabalho ao conhecimento sobre o que é a moradia e sobre o que é o direito fundamental à moradia. Na oportunidade revelou-se uma gama de aspectos que compõe o ser da moradia digna, segundo as mais diversas possibilidades e perspectivas individuais. A dignidade da moradia dos indivíduos pode variar segundo a realidade de cada um. Portanto, havendo uma abertura de sentidos intrinsecamente compreendidos no direito fundamental à moradia e, diante das diversas normas de eficácia limitada que, para produzirem os seus efeitos particularmente visados pelo constituinte, dependem da atuação do legislador ordinário, julga-se adequado concentrar os esforços sobre essas normas com a baixa densidade normativa (eficácia limitada).

Além disso, não se pretende minuciar os diversos atos legislativos criados com a finalidade de complementar a densidade normativa das normas constitucionais, detalhando-se os aspectos individuais de cada componente legal. Não é esse o objetivo do trabalho. Desde o início das reflexões aqui transcritas deixou-se clara a opção metodológica da pesquisa. Pautando-se em Husserl, foi possível compreender o que é a moradia e, partir daí, também o que é o direito fundamental à moradia. Assim, foi possível identificar que a sua essência, notadamente diante do seu fundamento na dignidade humana, apresenta vários aspectos a serem atendidos para a plenitude do desfrute pelo ser humano. Então, se a norma

constitucional depende de complementação da sua densidade e, se vários aspectos devem ser complementados, a análise crítica que se deve fazer é identificar se a legislação ordinária, criada com a finalidade de atribuir eficácia plena às normas de direito à moradia, atende aos vários aspectos que se evidenciaram necessários para que o Estado cumpra àquilo que foi clarificado como moradia digna.

Ademais, quanto à análise crítica que também se propõe a fazer sobre as políticas públicas atualmente mantidas pela União, para além da eficácia jurídica, pretende-se identificar se a aplicabilidade normativa decorrente do trabalho legislativo já realizado, chega a ser efetivado pela União e em qual grau.

Antes, ainda, de serem analisadas as hipóteses de complementação legislativa e as políticas públicas atuais da União para a concretização do direito social à moradia, reputa-se pertinente tecer alguns comentários sobre o contexto brasileiro e sobre as premissas necessárias, de um modo geral, para a implementação das prestações positivas sociais pelo Estado. Não se pretende, por óbvio, assumir uma feição de esgotamento do tema, o que demandaria uma pesquisa específica com tal finalidade, não sendo o caso nesta oportunidade. Entretanto, em termos sumariamente seguros e rigorosos, estando neste capítulo final do trabalho, pode-se identificar fatores necessários para a realização dos direitos sociais e, em especial, do direito à moradia.

Anteriormente a 1988, tem-se que reconhecer que o país trilhou por um processo de redemocratização que culminou na formulação de uma nova ordem constitucional. Talvez, inspirados por uma preocupação de não se render a algum retrocesso, o constituinte atuou, de certa forma, na contramão da tendência das nações mais desenvolvidas do mundo naquele momento histórico, como por exemplo a Inglaterra e os Estados Unidos da América, que já assumiam há alguns a teoria econômica desenvolvida por Haeyk.

Esse contexto da realidade brasileira evidencia um paradoxo quando da promulgação da Constituição de 88. Quer dizer, enquanto o mundo ocidental já caminhava a passos largos para o aprimoramento de políticas econômicas neoliberais, a República Federativa do Brasil promulgava sua nova Constituição

expressamente pautada nos pressupostos do bem-estar social. Essa opção política reforçou, por certo, pelo menos simuladamente, as premissas já abordadas anteriormente acerca de uma atuação estatal positiva, ou seja, suas ações na seara social deveriam levar em conta a necessidade de se promover a igualdade e a liberdade reais, e não meramente formais. Não se poderia, então, condicionar as suas políticas públicas sociais a premissas vinculadas às liberdades individuais.

A partir de sua promulgação, sob uma nova ótica jurídica, iniciou-se o processo de desenvolvimento e implementação de novas políticas públicas, em conformidade com os novos contornos programáticos. Agora, pairados sobre a conquista da estabilidade civil, haveria um ambiente propício para colocar em prática os ditames da nova ordem social.

Deve-se reconhecer que o contexto econômico criado após 1988 atraiu uma significativa quantia de capital estrangeiro, gerando um rápido crescimento econômico, notadamente no início da década de 2000. Acompanhando essa evolução, o que já era esperado, majoraram-se de uma forma geral os gastos públicos. Tanto os gastos com políticas sociais, quanto com outras despesas, como por exemplo, com o funcionalismo público. Mas, apesar do aumento dos gastos sociais, não se verificou o avanço esperado na concretização dos direitos sociais. A tensão entre mercado econômico e os direitos sociais, digamos, forte por natureza, restou ainda mais acirrada devido às dificuldades criadas pelos próprios gestores. Faz-se uma severa crítica na medida em que se cobra um alto preço acoplado à carga tributária, mas desperdiça-se uma elevada quantia de recursos, notoriamente pela falta de adoção de medidas minimamente adequadas de racionalização de processos e custos da máquina estatal. Existe, em certa medida, a omissão estatal, o desvio de finalidade e a adoção de prioridades orçamentárias equivocadas (DANTAS, 2016, p. 73).

A pauta neoliberal que prega o Estado mínimo e a austeridade fiscal, nunca foi exatamente observada, não se promovendo a diminuição da máquina pública, de modo que o déficit orçamentário do Estado é real e altíssimo, não obstante a oneração dos cidadãos/contribuintes também seja elevada. Há um descompasso evidente no jeito brasileiro de se administrar o erário, ainda muito desapegado às

noções de impessoalidade e de eficiência. Parece que no âmbito da Administração Pública, quanto maior a máquina, tanto pior o cuidado com a *res publica*.

E mesmo havendo um alto gasto do Estado, não se observa uma efetiva concretização dos direitos sociais. Saúde, educação, moradia e alimentação não chegam à população de forma digna e adequada. Os interesses do Estado, dos contribuintes – enquanto financiadores da máquina –, do mercado e dos mais pobres, chocam-se fortemente, sem que haja um intermediador impessoal, ilibado e competente para equacionar as diversas demandas.

As causas e as consequências evidenciam-se. Na medida em que se gasta muito e mal – causa –, o efetivo atendimento aos interesses sociais resta demasiadamente prejudicado – consequência. E o quadro agrava-se quando a sociedade analisa a alta carga tributária com o baixo índice de retorno da arrecadação fiscal por meio de serviços públicos. Nesse ponto, a pressão do mercado para a austeridade fiscal aumenta, prejudicando mais ainda o orçamento vinculado às prestações sociais.

No campo político, percebe-se a atuação de forças retoricamente antagônicas, que definem os rumos do Estado com a mesma segurança que um vaqueiro se equilibra em cima do boi em um rodeio. Não há o acerto e nem a convergência das ideias. As ações que são iniciadas por um grupo, costumam ser canceladas pelo outro. Um grupo ignora totalmente os princípios da ordem social e o outro grupo ignora os princípios liberais.

E de todos esses atores, na infundável luta política de satisfação de direitos, aqueles que dependem da atuação do Estado para a garantia do atendimento aos seus interesses sociais básicos, são obviamente os mais prejudicados.

Diante desse emaranhado de problemas que parecem não ter fim e que também não facilitam a implementação de soluções, evidenciam-se questões pontuais que, se ao menos levadas em consideração, poderiam direcionar o Estado, e até a própria sociedade, a superar os obstáculos (artificialmente) existentes, advindos lamentavelmente de comportamentos pessoais voluntários e não republicanos.

A análise do que já foi exposto até agora, evidencia que a concretização de direitos sociais, em especial o direito à moradia, envolve o equilíbrio harmônico entre três pilares: o filosófico, o político e o jurídico.

E é nesse ponto que se observa a relevância do pilar filosófico. O sustentáculo de direcionamento da práxis política e jurídica à concretização do direito fundamental social à moradia é a filosofia. Assim, o agente político e o agente executor da lei devem ser guiados pela ética e pela alteridade.

Embora não se desconheça a divergência existente entre ética e moral, pode-se compreender por ética, do grego *éthos*, como um modo do ser, vinculado ao caráter da pessoa, conduzido pela racionalidade, que a direciona a cuidar do corpo e da natureza, em busca de viver e morar bem (KROHLING, 2011, p. 19). Segundo KROHLING (2013, p. 86), *éthos* ou 'ética', na sua tradução literal, tem relação com princípios fundadores da práxis humana como preservação da vida e do cosmos circundante".

A ética é a razão que guia a pessoa a cuidar de si, do próximo e da natureza, no plano da práxis, ou seja, o modo do ser é ou não é ético e quando o é, o homem cuida da vida atribuindo-lhe dignidade. Esse cuidado está enraizado na própria existência do ser humano, conforme salientou Martin Heidegger (2005, p. 258)

Enquanto totalidade originária de sua estrutura, o cuidado (a cura) se acha, do ponto de vista existencial a priori, "antes" de toda atitude e situação da pre-sença, o que sempre significa dizer que ela se acha em toda atitude e situação de fato. Em consequência, esse fenômeno não exprime, de modo algum, um primado da atitude "prática" frente à teoria. A determinação meramente contemplativa de algo simplesmente dado não tem menos o caráter do cuidado do que uma "ação política" ou satisfação do entretenimento. "Teoria" e "prática" são possibilidades ontológicas de um ente cujo ser deve determinar-se com cura.

Mais especificamente, salienta o ilustre discípulo de Husserl, que "vida, segundo seu sentido relacional, deve ser interpretada como cuidar; cuidar por e cuidar de algo, viver cuidando de algo" (HEIDEGGER, 2011, p. 103). E essa noção ética deve definir, como já salientado, os comportamentos políticos, com aplicação no próprio seio da visada neoliberal.

Já a noção de alteridade relaciona-se à interdependência de um indivíduo para com o outro, passando pela capacidade de se colocar no lugar do outro racionalmente para sua compreensão.

Dessa forma tanto a ética quanto a alteridade evidenciam-se como elementos necessários para a sustentação dos pilares político e jurídico na concretização dos direitos sociais.

O segundo pilar de sustentação da efetivação do direito à moradia é o político. Aqui, percebe-se a tensão ideológica estabelecida entre os defensores do liberalismo e os da social democracia. Por trás dessa disputa pela 'melhor razão', voltam-se as atenções, guardadas as devidas proporções, às demandas que ensejaram tanto a revolução francesa quanto a russa, as quais representaram o ponto de partida, digamos, formal, de cada um dos paradigmas: Estado Liberal X Estado Social. O que chama a atenção é que nenhuma dessas verdades políticas sustentou-se com segurança no decurso da história, tampouco permitiu o desenvolvimento equilibrado da sociedade nos planos econômico e social. O erro de ambos os sistemas foi superestimar um aspecto e subestimar o outro. Faltou a cada uma das ideologias a percepção do equilíbrio.

Para a efetivação dos direitos sociais diante do contexto de forte tensão política, as mudanças precisam ser fundamentalmente mais profundas. Primeiro, as pessoas precisam lembrar toda a história e tirar algumas lições sobre o liberalismo selvagem. A adoção da pauta liberal conduziu a sociedade à supressão de direitos sociais e à fraudulenta noção de liberdade e de igualdade. O mundo viveu um período marcado por severos conflitos sociais e expressiva desigualdade. Assim, o individualismo impregnado no liberalismo se mostrou perverso e mais causador de desavenças do que de harmonia entre as pessoas. O agente político imbuído de um espírito republicano e que almeja a formação de uma sociedade justa não pode ignorar que as conquistas sociais foram alcançadas por severas lutas, as quais demonstraram que a forma liberal de pensar merece reparos, não sendo possível atingir um elevado nível de desenvolvimento social retirando do Estado as prerrogativas de atuação proativas para a implementação de políticas públicas geradoras de igualdade.

Por outro lado, ao se fundamentar as medidas nos parâmetros do Estado Social, as lições da história também precisam ser revisitadas, colocando-se as ideias em um plano de concretização factível. Quer dizer, a manutenção de uma postura radical contra o mercado, imputando-o uma alta carga tributária, aliada à ineficiente prestação de serviços públicos e ao alto custo dos desvios pessoais dos agentes públicos, que se mostraram uma constante nos regimes socialistas, evidentemente, não é uma conduta capaz de equalizar os interesses em jogo. Os Estados que adotaram uma política econômico-social assumidamente socialista foram contaminados com uma corrupção desenfreada e com o desinteresse do mercado, transformando-se em verdadeiras e miseráveis ditaduras. Dessa forma, não se pode desconsiderar a importância do mercado e a manutenção de um ambiente de negócios saudável. A concretização dos direitos sociais não pode significar a aniquilação dos princípios do liberalismo, como a liberdade individual e a propriedade privada. Tais premissas, além de comporem a dignidade humana, mostram-se necessários para conter os excessos do poder estatal. A história também já mostrou isso. Então, o argumento de que a finalidade de realização dos direitos sociais justifica o meio de restringir as liberdades individuais e a propriedade privada, mostra-se contaminado irracionalmente por uma ideologia que cega o indivíduo, não permitindo que se utilizem as lições do passado para encontrar a verdade, ou algo mais próximo de uma verdade.

Ao fim, a adoção de uma postura política equilibrada, nada mais é do que a aplicação de conceitos como o de alteridade e o de ética, os quais, no plano da práxis, proporcionam exatamente aquilo que serviu de início a todo contexto fático e jurídico aqui trabalhado reflexivamente: *liberté, égalité e fraternité*. Permeado nessas considerações não se põe em questão o atendimento do princípio de liberdade individual, desde que dosado pelo princípio da igualdade material, os quais sempre podem ser equilibrados pelo princípio da fraternidade.

Nesse sentido, sendo o plano político o âmbito de discussão para a criação das políticas públicas adequadas de concretização do direito à moradia, o desapego da práxis ética impede sua efetivação desde a sua concepção. O produto do debate

político coloca-se, desta maneira, no terceiro e último pilar para a realização do direito.

Por fim, tem-se o aspecto jurídico, considerado aqui como as espécies normativas positivadas para o fim de concretização do direito à moradia. O produto da atividade política deve subordinar-se aos fundamentos do direito fundamental à moradia. Ora, a Constituição estipulou a fundamentalidade dos direitos sociais, bem como instituiu diversos princípios para o fim de sua efetivação. Na verdade, fala-se redundantemente da hierarquia dos direitos fundamentais sociais, os quais dependem da normatização infraconstitucional para sua eficácia plena. Aliado a essa necessidade de criação de normas voltadas a essa matéria, há a necessidade de fazerem-se valer instrumentos de controle sobre fatos e atos jurídicos que dificultam a implementação dos direitos sociais.

Há uma hierarquia normativa no sistema jurídico brasileiro segundo a qual a Constituição é seu ápice e todos os demais instrumentos legais eventualmente editados devem com ela ser compatíveis. Então, se isso é assim e se a Carta de 88 adotou as premissas para um bem-estar social, juridicamente o sistema deveria estar assim direcionado. Muito pelo contrário, no plano infraconstitucional cada vez mais editam-se instrumentos legais balizados no liberalismo, não se compatibilizando com os princípios que inspiraram o constituinte.

Ademais, ante os problemas específicos que foram colocados, os instrumentos legais de controle precisam funcionar mais adequadamente para racionalizar a eficiência dos gastos públicos, a fim de conter as vozes que, com certa razão, levantam-se contra a sanha fiscal, cujos recursos acabam não retornando em forma de prestações sociais.

Então, no plano jurídico, deve-se primeiramente resgatar princípios esquecidos do plano Constitucional para a concretização dos direitos sociais, bem como para implementar meios de maior controle do erário.

4.2 DIREITO À MORADIA NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL

Feitos esses esclarecimentos iniciais, pode-se caminhar para uma análise mais individualizada do sistema legal relacionado ao direito à moradia. Nesse sentido, as imensas produções normativa e legislativa serão reunidas em categorias, ante as categorias que podem representar os diferentes aspectos vinculados à realização do direito à moradia e que dependem da complementação legal para adquirir a eficácia plena. Dada a ausência de problematização relacionada à eficácia jurídica das normas que constituem os direitos de defesa, não se mostra relevante para a reflexão buscada neste trabalho investigar a sua eventual regulamentação por norma infraconstitucional. Ademais, serão consideradas apenas as normas leis e atos normativos atualmente vigentes.

Deve-se ainda reforçar a ressalva de que o objetivo deste trabalho não é detalhar todo o conteúdo de cada ato normativo ou de cada lei que trata a matéria relacionada ao direito à moradia. Isso seria pertinente para um estudo sobre o aspecto específico regulamentado pela determinada lei, ou seja, se foi alcançada a aplicabilidade plena do respectivo item componente do direito à moradia, e em qual extensão. A proposta idealizada nestas reflexões, se ainda não se mostrara clara, foi identificar a eficácia jurídica do direito à moradia, bem como o papel cabível à União nessa tarefa e o que ela já desempenhou nesse sentido. Trata-se de uma investigação voltada à densidade normativa do direito fundamental à moradia, em seu tipo prestacional. Foi muito oportuna, inclusive, a verificação de que a Constituição estabeleceu a competência para a sua complementação normativa, a rigor e surpreendentemente, no âmbito da Administração Pública e não do Poder Legislativo. Fala-se aqui de toda matéria nomeada pelo constituinte como moradia ou habitação, os quais possuem os mesmos sentidos dentro da Carta Política, que correspondem ao direito social prestacional.

Assim, ao serem analisadas pontualmente as normas constitucionais que se apresentam como vinculadas ao direito à moradia mais diretamente, sejam as normas fundamentais de direito de defesa, sejam as normas fundamentais de direito à prestações, ficou muito claro que as normas do primeiro tipo revelam-se com alta densidade normativa e, portanto, possuem a eficácia plena e não ensejam maiores divergências quanto à sua aplicabilidade imediata e, lado outro, que as normas que representam direito à prestações, possuem uma baixa densidade normativa e

exigem uma complementação para que atinjam suficiente aptidão para produzir efeitos jurídicos. As mais problemáticas, como não poderia deixar de ser, são as normas representam a chave de realização plena do direito à moradia, formadas pelos dispositivos dos arts. 6º; 21, XX e; 23, IX. Assim, dada a pertinência com o presente trabalho, serão apresentados os atos elaborados pela União para viabilizarem a aplicabilidade das normas extraídas dos arts. 6º; 21, XX e; 23, IX.

Por fim, existem outras três ressalvas a serem feitas para que este trabalho não recaia em incoerências manifestas. Em primeiro lugar, é mais de uma dezena de leis federais e outras dezenas de instruções normativas ligadas a algum aspecto ou a alguma prestação específica do direito à moradia, o que pode ocasionar uma eventual e indesejada omissão na apresentação das normas positivas federais que objetivam operacionalizar do direito à moradia. Segundo, determinadas normas não decorrem necessariamente das matérias cuja competência foi estabelecida nos arts. 21, XX e 23, IX, da Constituição. Existem leis cujo objeto expresso, por exemplo, é a regulamentação de instrumentos financeiros para a viabilização das operações de crédito para a aquisição da casa própria. Tal lei decorre da competência estabelecida no art. 23, IX, ou no art. 22, VII²⁹, da Constituição? É difícil precisar a resposta. Não obstante a questão da competência, pode-se afirmar que, a seu modo, permite a concretização do direito à moradia. Dito isso, as normas positivas que, de alguma forma, guardarem relação com a viabilização do direito à moradia serão objeto de alguma análise. Em último lugar, determinados diplomas possuem maior impacto sobre a matéria, motivo pelo qual merecerão maior destaque em sua apresentação, embora não se pretenda esgotar todo o seu conteúdo normativo.

4.2.1 Das normas vinculadas à construção de moradias e à sua aquisição

Ainda sob a égide da Constituição de 1946 foi editada a Lei nº 4.380/1964³⁰, que representou um grande marco institucional do Estado ao criar o Sistema Financeiro

²⁹ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

³⁰ Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.

do Habitação – SFH – para a viabilização da aquisição de unidades habitacionais pela população, mediante contratos de mútuo com instituições financeiras. Assim, a operação do sistema bancário no financiamento imobiliário, com absoluta predominância, atua em conformidade com as regras nela previstas. Além de regulamentar as taxas de juros aplicáveis aos contratos de mútuo, a lei criou instrumentos de circulação financeira dos próprios créditos, a fim de viabilizar a compra e venda de créditos entre as instituições financeiras que operam no SFH e os operadores de bolsa de valores. Essa lei sofreu especial incidência da Lei nº 8.692/1993³¹, na medida em que esta última estabeleceu novos parâmetros para o cálculo dos juros dos contratos formalizados no âmbito do SFH. Além disso, a Lei nº 10.998/2004³² criou o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social para atuar diretamente nos contratos firmados no âmbito do SFH por meio do aporte de recursos financeiros em operações de financiamento ou parcelamento habitacional de interesse social.

Outra importante medida é a prevista na Lei nº 8.666/1993³³, que dispensa a realização de licitação para a alienação de bens imóveis destinados a programas habitacionais, conforme disposto em seu art. 17. Tal medida possui nítido caráter social e procura atribuir eficiência aos processos burocráticos de destinação dos imóveis públicos.

A importante tarefa de regulamentar o art. 184 da Constituição foi destinada à Lei 8.629/1993³⁴. Esse marco legal reforça a estreita vinculação entre o direito à moradia e a função social da propriedade, pois reconhece a possibilidade de desapropriação do imóvel rural para o fim de reforma agrária caso o bem não esteja cumprindo a função. Nesse sentido, o diploma estabeleceu os critérios de aferição do atendimento ao princípio, ressalvou o direito à propriedade privada do expropriado ante a necessária indenização e, de um modo geral, fixou o trâmite

³¹ Define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências.

³² Altera o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social.

³³ Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

³⁴ Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal.

procedimental. Os aspectos sobre os quais já se falou anteriormente para a identificação da densidade normativa das normas constitucionais são facilmente identificados no conteúdo da lei, sendo criados, por exemplo, os critérios de cadastro dos beneficiados, dos tamanhos das glebas, da forma de cálculo da indenização, enfim, todos os aspectos normativos necessários para a sua aplicabilidade.

Ao mesmo tempo em que regulamenta a utilização dos bens imóveis dominiais da União, a Lei nº 9.636/1998³⁵, dispõe de algumas hipóteses em que tais bens podem ser cedidos às pessoas, desde que a sua destinação seja para atender a programas sociais de habitação. Seu texto estabelece vínculos jurídicos de direito real para proteger a posse, havendo até a possibilidade de efetuar a doação da propriedade para os “beneficiários, pessoas físicas ou jurídicas, de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social”, nos casos nela previstos, conforme disposto no art. 31, V.

Sem dúvida alguma, a norma federal mais importante já criada para o fim de viabilizar a aplicabilidade imediata do direito à moradia foi a Lei 11.124/2005³⁶. O seu objetivo foi criar o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social - SNHIS, que é responsável pela implementação de políticas e programas que promovam o acesso à moradia digna para a população de baixa renda e que centraliza todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social. Também criou o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social - FNHIS, que basicamente concentra os recursos financeiros vinculados às realizações do SNHIS. Dispõe o seu texto que

Art. 4º A estruturação, a organização e a atuação do SNHIS devem observar:
I – os seguintes princípios:
a) compatibilidade e integração das políticas habitacionais federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, bem como das demais políticas setoriais de desenvolvimento urbano, ambientais e de inclusão social;
b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social;
c) democratização, descentralização, controle social e transparência dos procedimentos decisórios;

³⁵ Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências.

³⁶ Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS.

d) função social da propriedade urbana visando a garantir atuação direcionada a coibir a especulação imobiliária e permitir o acesso à terra urbana e ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade;

II – as seguintes diretrizes:

a) prioridade para planos, programas e projetos habitacionais para a população de menor renda, articulados no âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal;

b) utilização prioritária de incentivo ao aproveitamento de áreas dotadas de infra-estrutura não utilizadas ou subutilizadas, inseridas na malha urbana;

c) utilização prioritária de terrenos de propriedade do Poder Público para a implantação de projetos habitacionais de interesse social;

d) sustentabilidade econômica, financeira e social dos programas e projetos implementados;

e) incentivo à implementação dos diversos institutos jurídicos que regulamentam o acesso à moradia;

f) incentivo à pesquisa, incorporação de desenvolvimento tecnológico e de formas alternativas de produção habitacional;

g) adoção de mecanismos de acompanhamento e avaliação e de indicadores de impacto social das políticas, planos e programas; e

h) estabelecer mecanismos de quotas para idosos, deficientes e famílias chefiadas por mulheres dentre o grupo identificado como o de menor renda da alínea "a" deste inciso.

Observa-se que o seu art. 4º fixou os princípios e as diretrizes do sistema de habitação de interesse social, destacando-se que ele determinou que a moradia digna, considerada como direito e vetor de inclusão social, é um princípio a ser observado pelo Sistema. Assim como já havia sido especulado quando se analisou o art. 21, XX, da Constituição, as diretrizes foram fixadas por meio de lei e não por ato normativo. Com o advento das diretrizes da habitação de interesse social, o legislador não optou por definir o que deveria ser entendido por moradia digna. Como visto anteriormente no capítulo em que se buscou evidenciar a essência do direito à moradia, a moradia digna é um ser impreciso por natureza, ante os diferentes contextos em que vivem os indivíduos (índios, zona rural, zona urbana, ribeirinhos etc), mas que deve ser implementado pelo Estado. Pode ter parecido estranho a colocação dessa lei neste subcapítulo destinado às leis que regulam a construção de moradias e a sua aquisição pelo fato dela estabelecer as diretrizes da habitação de interesse social. Entretanto, tal classificação não ocorreu sem razão. Anotem-se os seguintes dispositivos:

Art. 11. As aplicações dos recursos do FNHIS serão destinadas a ações vinculadas aos programas de habitação de interesse social que contemplem:

I – aquisição, construção, conclusão, melhoria, reforma, locação social e arrendamento de unidades habitacionais em áreas urbanas e rurais;

II – produção de lotes urbanizados para fins habitacionais;

III – urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária e urbanística de áreas caracterizadas de interesse social;

IV – implantação de saneamento básico, infra-estrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas habitacionais de interesse social;
V – aquisição de materiais para construção, ampliação e reforma de moradias;
VI – recuperação ou produção de imóveis em áreas encortiçadas ou deterioradas, centrais ou periféricas, para fins habitacionais de interesse social;
VII – outros programas e intervenções na forma aprovada pelo Conselho Gestor do FNHIS.

[...]

Art. 23. Os benefícios concedidos no âmbito do SNHIS poderão ser representados por:

I – subsídios financeiros, suportados pelo FNHIS, destinados a complementar a capacidade de pagamento das famílias beneficiárias, respeitados os limites financeiros e orçamentários federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais;

II – equalização, a valor presente, de operações de crédito, realizadas por instituições financeiras autorizadas pelo Conselho Monetário Nacional e fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil;

III – isenção ou redução de impostos municipais, distritais, estaduais ou federais, incidentes sobre o empreendimento, no processo construtivo, condicionado à prévia autorização legal;

IV – outros benefícios não caracterizados como subsídios financeiros, destinados a reduzir ou cobrir o custo de construção ou aquisição de moradias, decorrentes ou não de convênios firmados entre o poder público local e a iniciativa privada.

Parece que a leitura dos artigos 11 e 23 deixam bem claras quais foram as intenções do legislador, bem como justificam a identificação dessa lei como integrante do grupo que viabilizam a construção e a comercialização de unidades habitacionais.

Outra importante lei foi a de nº 11.977/2009³⁷, que criou o Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV – e viabilizou a regularização fundiária urbana. Conforme disposto no art. 1º o PMCMV

“tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) [...]”

O programa cria diversas regras para a viabilização da construção de unidades habitacionais e para a sua aquisição, bem como um fundo para dar suporte

³⁷ Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

financeiro. Esse programa possuía uma engenharia financeira mais bem elaborada, o que certamente lhe proporcionou uma boa efetivação. Quanto à regularização fundiária urbana, todo o capítulo que dela tratava foi revogado pela Lei nº 13.465/2017, a qual será tratada no próximo capítulo.

Para encerrar a exposição da leis que buscam viabilizar o direito à moradia por medidas relativas à construção e à aquisição imobiliária, tem-se a Lei nº 13.001/2014³⁸, que teve por objeto aliviar as dívidas contraídas por pessoas beneficiárias de assentamentos de reforma agrária, para o fim de construção, ampliação ou reforma da habitação. O homem do campo também faz jus a uma moradia digna. Entretanto, por sofrer as intempéries do clima, ele pode ficar financeiramente vulnerável. Ademais, como o agricultor tira o seu sustento da terra, não basta que ela lhe seja dada, sendo necessário também lhe oferecer o suporte inicial para o início da exploração agrícola. Mas isso ainda não resolve o problema de um local digno para morar. E é nesse aspecto que se observa a justiça social e a eficácia do direito à moradia por meio dessa lei.

4.2.2 Das normas sobre parcelamento do solo, política urbana e saneamento básico

Cabem aqui algumas considerações que podem auxiliar a compreensão sobre a evolução da legislação destinada a regular o parcelamento do solo e a política urbana. A rigor, os saltos nos detalhamentos, do alto índice de burocracia até a desregulamentação, podem ser indexados, em certa medida, aos problemas sociais das respectivas épocas em que cada diploma legal foi criado. Inicialmente, as moradias localizavam-se predominantemente na zona rural. Em um dado momento, houve um deslocamento de pessoas para as regiões urbanas. Com isso, houve um crescimento desordenado desses locais, implicando em uma enorme irregularidade da ocupação do solo. Tais fatores ocasionaram ainda outras consequências, como por exemplo a deficiência na prestação dos serviços urbanos básicos como o

³⁸ Dispõe sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária; concede remissão nos casos em que especifica; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 11.775, de 17 de setembro de 2008, 12.844, de 19 de julho de 2013, 9.782, de 26 de janeiro de 1999, 12.806, de 7 de maio de 2013, 12.429, de 20 de junho de 2011, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 8.918, de 14 de julho de 1994, 10.696, de 2 de julho de 2003; e dá outras providências.

saneamento básico e a coleta de lixo. Dito isso, foram identificados quatro diplomas legais, ainda vigentes, regulamentando o parcelamento do solo.

A mais antiga legislação sobre o assunto é o Decreto-Lei nº 58/1937³⁹. Ele teve o mérito de criar uma espécie de processo administrativo para o fim de ordenar a alimentação do sistema imobiliário (registro de imóveis), de impor a necessidade de confecção de um projeto prévio de parcelamento, de submeter esse projeto ao Município e de regulamentar os contratos de compra e venda de imóveis a prazo. O decreto concentrou esforços nos aspectos registrais e contratuais, de modo que não foi dado maior destaque aos impactos urbanísticos dos empreendimentos. Ainda vigente, continua a regulamentar os parcelamentos rurais.

Passadas algumas décadas, foi editada a Lei nº 6.766/1979⁴⁰. À época em que ela foi criada, já ingressando nos anos oitenta, deu-se maior importância à repercussão urbanística da ocupação do solo do que o antigo decreto parcialmente derogado, o que pode ser concluído a partir do seu próprio objeto:

Art. 1º O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta Lei.
Parágrafo único - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão estabelecer normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal para adequar o previsto nesta Lei às peculiaridades regionais e locais.

Pode-se destacar o abandono de uma visão unitária de parcelamento do solo, passando ele a ser tratado como um gênero. Assim, para os casos de divisão de uma gleba em quadras e lotes, com a abertura de novos logradouros, passou-se a denominar loteamento, e para os casos de divisão de uma gleba em lotes, aproveitando-se do sistema viário já existente, sem a abertura de novos logradouros, denominou-se desmembramento. Foi apresentada a noção de zona de expansão urbana, abrindo caminho para uma melhor projeção espacial pelos Municípios. Estabeleceram-se os requisitos urbanísticos mínimos para os loteamentos, inclusive para aqueles localizados em zona habitacional de interesse social:

Art. 2º. [...]

³⁹ Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

⁴⁰ Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.

§ 6º A infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de:

I - vias de circulação;

II - escoamento das águas pluviais;

III - rede para o abastecimento de água potável; e

IV - soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar.

Art. 4º Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos:

I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;

III – ao longo das faixas de domínio público das rodovias, a reserva de faixa não edificável de, no mínimo, 15 (quinze) metros de cada lado poderá ser reduzida por lei municipal ou distrital que aprovar o instrumento do planejamento territorial, até o limite mínimo de 5 (cinco) metros de cada lado.

III-A. – ao longo das águas correntes e dormentes e da faixa de domínio das ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não edificável de, no mínimo, 15 (quinze) metros de cada lado;

IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

O texto clarificou o importante papel desempenhado pelos Municípios na aprovação dos projetos, reformulou os trâmites no registro imobiliário e disciplinou os contratos de compromisso de compra e venda. Por fim, chama a atenção a tipificação penal de determinadas condutas relacionadas à execução irregular do parcelamento, bem como a comercialização dos respectivos lotes e o registro do projeto sem a aprovação.

A Lei nº 11.952/2009⁴¹ e a Lei nº 13.465/2017⁴², tratam o mesmo problema, sob premissas um pouco diferentes. Enquanto a primeira regulamenta a regularização

⁴¹ Dispõe sobre regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União ou do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências.

⁴² Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n.ºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de

fundiária de terrenos públicos da União e do INCRA, a segunda disciplina a regularização fundiária rural e urbana de terrenos particulares. Os objetivos de ambos diplomas, grosso modo, é legitimar as ocupações irregulares, incluindo-as no sistema de registro imobiliário e dando proteção jurídica à posse dos ocupantes. A bem da verdade, a lei de loteamentos e desmembramentos não logrou êxito e dar conta de toda a demanda existente. Dessa forma, a realidade impôs a necessidade de algumas adaptações para que se outorgasse aplicabilidade ao direito à moradia. Entretanto, o seu sucesso ainda é uma indeterminabilidade que dependerá de uma atuação concreta do Estado, pois foram criados instrumentos que dependem, principalmente, da atuação dos Municípios para sua realização.

As edificações divididas em unidades autônomas como apartamentos, lojas e garagens foi regulamentada pela Lei nº 4.591/1964⁴³. Essa lei viabiliza a criação jurídica de uma unidade imobiliária autônoma dentro de uma edificação compartilhada, o chamado condomínio em edificação ou edifício. A relação dessa norma com o direito à moradia ocorre no âmbito da segurança jurídica da posse, na medida em que permite a conversão de um condomínio genérico de frações ideais em unidades especializadas e individuais.

Com o fim de disciplinar os art. 182 e 183 da Constituição, já vistos anteriormente, foi editada a Lei nº 10.257/2001⁴⁴, o Estatuto da Cidade. Esse diploma guarda estreito vínculo com a concretização do direito à moradia, na medida em que ele estabelece as diretrizes gerais da política urbana, como por exemplo, a garantia do direito a cidades sustentáveis, a gestão democrática da política urbana, a simplificação da legislação de parcelamento, dentre outros. Ademais, criou uma nova forma de usucapião coletivo, viabilizando um novo instrumento jurídico de proteção da posse.

2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências.

⁴³ Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

⁴⁴ Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Por fim, pode ser apreciada a Lei nº 11.445/2007⁴⁵, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. De plano, pode ser averbado o mesmo apontamento lançado para o Sistema Nacional de Habitação, no sentido de que, a rigor, a Constituição estabelece a competência administrativa da União para a matéria. Não obstante, optou-se pela via legislativa. Na verdade, a opção adotada outorga maior legitimação ao ato, na medida em que se realizou um amplo debate democrático no âmbito do Congresso Nacional sobre esse tema que é tão caro para a população. Foram estipulados de forma bem abrangente os princípios fundamentais dos serviços de saneamento básico. Nesse aspecto, observa-se que o legislador reconheceu expressamente a necessidade de serem observadas as peculiaridades locais e regionais, evitando-se, portanto, a objetificação das diretrizes gerais. O diploma estabelece vários critérios que vão desde o planejamento de ações até a contratação e a execução dos serviços de abastecimento de água, de esgoto sanitário, de limpeza urbana e manejo de águas pluviais.

4.2.3 Outras normas

De um modo geral, todo o banco de dados imobiliário do país se concentra no registro público de imóveis, regulamentado pela Lei nº 6.015/1973⁴⁶. Este diploma é responsável por estabelecer todo o trâmite dos instrumentos públicos, particulares ou judiciais cuja finalidade seja constituir, transferir e extinguir direitos reais, bem como produzir efeitos perante terceiros ou para a sua disponibilidade. A Lei dos Registros Públicos, como é chamada, possui um papel peculiar na efetivação do direito à moradia, na medida em que garante a publicidade e a segurança jurídica dos vínculos de direito real sobre as habitações e a certeza da sua identificação e da sua catalogação.

⁴⁵ Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.

⁴⁶ Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

A regulamentação do art. 225, § 1º⁴⁷, da Constituição foi deu-se pela Lei nº 9.985/2000⁴⁸. Esse diploma previu uma interessante hipótese de prestação estatal para as populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida. Havendo tal incidência, as pessoas serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes. Quer dizer, a criação da unidade de conservação é uma limitação juridicamente imposta sobre determinado bioma para o fim de sua conservação, o que pode ocasionar a necessidade de retirada das pessoas que eventualmente morem naquele ambiente. Assim, atribui-se eficácia ao direito à moradia na medida em que se obriga o Estado a indenizar e a realocar os prejudicados.

Regulamentando quase todos os aspectos da vida civil, a Lei nº 10.406/2002⁴⁹, ou Código Civil, também apresenta alguns institutos rigorosamente voltados ao direito à moradia. Nele estão previstas hipóteses de direito real especialmente formatados para dar segurança jurídica à posse. Inclusive, algumas modalidades recentemente criadas para o fim de regularizar situações (irregulares) consolidadas ao longo dos anos, como por exemplo o direito de laje. Ademais, as espécies de usucapião nele previstas sofrem especial influência do direito à moradia, na medida em que os prazos necessários para a aquisição da propriedade imobiliária são reduzidos se houver sido estabelecida a moradia no imóvel.

4.3 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA UNIÃO VOLTADAS AO DIREITO À MORADIA

⁴⁷ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; [...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

⁴⁸ Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências.

⁴⁹ Institui o Código Civil.

Os principais programas criados pela União para o atendimento ao direito à moradia vinculam-se aos respectivos diplomas legais de sua criação. Atualmente, conforme já mencionado neste trabalho, o direito à moradia encontra-se inserido as atribuições orgânicas do Ministério do Desenvolvimento Regional, o qual titulariza a atribuição para desenvolver diversos aspectos que, conforme exposto repetidamente, integram todo o complexo que envolve a moradia, como a habitação, saneamento e serviços urbanos, dentre outros.

A investigação específica da pasta de habitação, cuja competência é da Secretaria Nacional de Habitação, subordinada àquele ministério, traz à tona o que vem sendo alertado ao longo do texto. A rigor, a União possui apenas três programas próprios que visam expressamente concretizar a habitação⁵⁰. O grande Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, que concentra todos os programas voltados à concretização do direito fundamental à moradia, é composto por apenas três programas atualmente ativos, o Programa Minha Casa, Minha Vida, o Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat e o Programa Papel Passado. Aliás, o próprio *site* do Sistema contempla apenas informações do PMCMV⁵¹. Para a finalidade de enfrentar o problema identificado neste trabalho, reputa-se coerente restringir este capítulo aos estritos programas que o ente federal considera como vinculados à habitação. Pode parecer incoerente, tendo em vista que foram apreciados diversos diplomas legais sobre os temas. Entretanto, se a proposta do trabalho foi a de identificar o papel da União direcionado à efetivação do direito à moradia, se o ente não estabelece um diálogo pelo menos transversal sobre os diversos aspectos que lhes são conexos no seu plano administrativo, a identificação dessa postura denota-se, de certa forma, como o exaurimento do trabalho, motivo pelo qual serão expostas em linhas gerais em que consiste cada uma das três políticas acima mencionadas.

O Programa Minha Casa, Minha Vida já foi abordado ao ser analisada a Lei nº 11.977/2005 e dispensa maiores comentários. Ressalta-se, contudo, que

⁵⁰ O que pode ser constatado mediante o acesso ao site oficial do órgão: <http://www.cidades.gov.br/index.php/habitacao>. Acesso em 15 jan 2020.

⁵¹ Conforme o *site* oficial: <http://sishab.cidades.gov.br/>. Acesso em 15 jan 2020.

praticamente todos os atos normativos editados pela União sobre a regulamentação desse programa, objetivam dar aportes financeiros para a sua máquina. Logo, é um programa voltado diretamente à construção e a comercialização de unidades habitacionais.

O Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat, segundo a sua apresentação, é voltado à organização do setor de construção civil para a melhoria da qualidade das habitações e para a modernização da sua produção. Seu funcionamento envolve atualmente a execução de três projetos principais. O Sistema de Avaliação da Conformidade de Empresas de Serviços e Obras (SiAC) é responsável por avaliar a conformidade do sistema de gestão da qualidade das empresas de serviços e obras, considerando as características específicas da atuação dessas empresas no setor da construção civil, e baseando-se na série de normas ISO 9000. Já o Sistema Nacional de Avaliação Técnica (SINAT) consiste em uma iniciativa de mobilização da comunidade técnica nacional para dar suporte à operacionalização de um conjunto de procedimentos reconhecido por toda a cadeia produtiva da construção civil, com o objetivo de avaliar novos produtos utilizados nos processos de construção. Por fim, o Sistema de Qualificação de Empresas de Materiais, Componentes e Sistemas Construtivos (SiMaC) busca aprimorar a qualidade dos materiais empregados na construção civil, com os objetivos de melhorar as próprias habitações e evitar o desperdício, a baixa produtividade e a poluição urbana. Trata-se de um interessante programa, notadamente devido a sua aplicação em outros setores individualizados, como o saneamento ambiental, o transporte e mobilidade e outros programas urbanos. Ao que parece, esse programa é um apoio técnico para a melhoria da implementação de outros programas.

Por fim, o Programa Papel Passado foi criado em 2003 com o objetivo de apoiar Estados, o Distrito Federal, Municípios e demais legitimados na implementação de atividades de regularização fundiária de núcleos urbanos, como forma de promover sua integração à cidade e de assegurar à população moradora segurança jurídica na posse. Mesmo antes da edição da lei federal que criou a regularização fundiária urbana, em 2009, o União possuía um programa específico voltado a essa finalidade. É uma iniciativa importante e que, se levada a sério, ainda mais após a

nova regulamentação das espécies de regularização fundiária, poderia alcançar as parcelas da população atualmente excluídas do sistema de registro imobiliário.

4.4 A REALIDADE DA MORADIA NO BRASIL

Realizada essa exposição, denota-se pertinente apresentar alguns dados sobre as condições de moradia dos brasileiros, segundo uma apuração recente realizada pelo IBGE por meio da Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios Contínua – PNAD Contínua – 2018 (2019) e pela Síntese de indicadores sociais (2018).

Segundo as estatísticas oficiais, os serviços de abastecimento de água abrangem 85,8% da população, enquanto o esgotamento sanitário atende apenas 66,5%. A coleta direta de lixo atende 83,0% e a energia elétrica, 99,5% da população. A pesquisa também investigou a posse de bens e serviços domésticos identificando que 98,0% da população possui geladeira, 65,1% possui máquina de lavar, 22,2% possui carro e 48,8% possui automóvel (2019, p. 1-8).

Outro levantamento do Instituto apontou para outras direções, sendo verificados quatro tipos de inadequações que implicam em uma desconformidade no atendimento ao direito à moradia adequada: a) ausência de banheiro exclusivo dos moradores; b) utilização de materiais não-duráveis nas paredes externas do domicílio; c) adensamento domiciliar excessivo; d) ônus excessivo com aluguel. Segundo o documento, em 2017, 13% da população incidia em pelo menos uma das quatro inadequações pesquisadas. Foi identificado que 2,6% da população não possui banheiro exclusivo em suas moradias. A utilização de materiais não-duráveis atingiu 1,3% da população, sendo encontradas unidades habitacionais com paredes de taipa não revestidas, com madeira reaproveitada e com outros materiais. O adensamento excessivo ocorre em 5,9% dos domicílios, onde ele possui mais de três moradores para cada dormitório. Por fim, o ônus excessivo de aluguel atinge 4,9% da população, sendo considerado como tal o custo superior a 30% da renda domiciliar (2018, p. 63-71).

Em relação à casa própria, que é a grande aposta da União, ao que parece, 27,4% da população brasileira ainda não mora em imóvel próprio (2019, p. 2) e, pior, 0,5%

da população simplesmente não moram em unidade habitacional (barraco, tenda etc), representando aproximadamente cerca de 1 milhão de pessoas (2018, p. 62).

A vivência dentro de uma serventia imobiliária permite identificar, por diversos fatos, grandes problemas relacionados ao parcelamento do solo e à titulação da propriedade imobiliária. O êxodo rural que ocorreu em determinado momento, como já salientado, causou um grande aumento da população urbana, de maneira que os instrumentos legais de regulamentação (a) do parcelamento do solo, vigentes até 2009⁵² e (b) da autonomia de unidades em uma edificação, vigentes até 2017⁵³, não deram conta alcançar boa parte da realidade dessas pessoas.

Uma apreensão sobre a produção normativa, comparada aos fatos históricos mencionados e aos resultados estatísticos apresentados, evidencia dois fatores determinantes para o insucesso da efetivação do direito à moradia. Em primeiro lugar, houve um claro distanciamento do mundo da vida pelo Estado. Isso porque a realidade urbana do ano de 1937 é bem diferente do ano de 1979 que, por sua vez, é absolutamente incomparável à do ano de 2009. Nesse sentido, onde estava o Estado em todo esse tempo? Foi dito que a atividade legislativa efetuou alguns saltos, tendo em vista o grande lapso entre umas e outras novas soluções. Conforme os dados obtidos facilmente no *site* do IBGE, em 1980, a população urbana representava 67,59% de um total de 118,3 milhões de habitantes. Já em 2010, as regiões urbanas concentravam 84,36% dos 196,8 milhões de brasileiros. Em números absolutos, houve um aumento de aproximadamente 86 milhões de moradores em áreas urbanas. E essa realidade evidente não foi apreendida pelo Estado.

Em segundo lugar, não houve o planejamento, a organização e a preparação normativa pela União para atingir a finalidade de proporcionar moradia digna às pessoas. Não se desconhecem as responsabilidades dos Estados e dos Municípios. Entretanto, em um país com dimensões continentais e um sistema federativo com a alta concentração de recursos na esfera federal, é esperado e necessário que o ente

⁵² Data de criação da regularização fundiária urbana.

⁵³ Data de criação do direito de laje.

central estabeleça a viabilidade de instrumentos jurídicos que lhe competem para operacionalizar a realização do direito.

O Estado ausentou-se tanto no sentido de afastar-se do seio da sociedade, não percebendo as suas mudanças, quanto no sentido de não fiscalizar a obediência da regulamentação existente. Assim, somando o aumento da população urbana, com a burocracia da lei e com a falta de fiscalização, as situações irregulares foram se consolidando ao longo do tempo, criando-se os grandes aglomerados urbanos, que não podem, inclusive, ingressar no sistema de registro de imóveis.

Em algum momento, já criado o problema, a União idealizou uma tentativa de solução por meio das leis de regularização fundiária, que são espécies de parcelamento do solo que buscam efetuar um levantamento dos aglomerados urbanos consolidados e, mesmo existindo barreiras intransponíveis de adaptação à figura do loteamento, permitem o seu ingresso no sistema de registro imobiliário.

Toda a preocupação dispensada aos critérios de financiamento de construção e de aquisição de unidades habitacionais, de certa forma, acaba esbarrando na falta de habitações de interesse social aptas ao ingresso no sistema.

Lado outro, embora existam variados diplomas normativos viabilizando a aplicabilidade de vários aspectos relacionados a todo o complexo que envolve a moradia digna, o que se percebe é a clara priorização de medidas voltadas ao mercado, quer dizer, para a construção e a comercialização de unidades habitacionais. Essa perspectiva é validada ao se constatar que, dos três programas que integram o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, especificamente voltados à habitação, dois deles se destinam à viabilização do mercado habitacional e apenas um, velho e aparentemente abandonado, objetiva a regularização habitacional desvinculada de fatores econômicos.

Avalia-se que os problemas apontados na situação das moradias atualmente, boa parte deles, se não, quase todos, originam-se da ocupação desordenada do solo. Ora, mesmo que os programas de financiamento imobiliária sejam robustos e

fomentados pela União, se a unidade habitacional for irregular, ela não é passível de ser objeto de operações dentro do sistema.

Ademais, o descontrole da ocupação do solo também acaba inviabilizando o atendimento dos demais serviços. Os prédios alheios ao sistema sequer possuem um endereço com rua e número. Os moradores não integram os eventuais planos de ações estatais.

Pelo exposto, no campo legislativo a União implementou diversos diplomas para o fim de operacionalizar as prestações sociais do direito à moradia. É um complexo de normas que abrangem vários aspectos a ele pertinentes. Entretanto, mesmo que seja indesejável uma criação legislativa objetificante do Direito, é necessário que sejam viabilizadas medidas concretas para a sua aplicabilidade, ressalvada a possibilidade de serem efetuadas adaptações diante do caso concreto. Nesse sentido, a lei que cria as diretrizes da habitação mostra um viés de restrita aplicabilidade, na medida em que prioriza manifestamente a adoção de medidas voltadas à construção e à comercialização de unidades, o que acaba, como visto, direcionando as políticas governamentais e, por consequência, não efetivando satisfatoriamente o direito à moradia.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como ponto de partida as indagações sobre a essência do que seria o direito fundamental à moradia, de quais são os seus efeitos jurídicos e de qual é o seu nível de efetivação, ante os instrumentos legais e as políticas públicas atualmente existentes no Brasil.

Tais questões revelam-se pertinentes, na medida em que o direito à moradia afeta e interessa a todas as pessoas, o que foi evidenciado quando da análise do que seja moradia.

Para a condução do trabalho, optou-se pela utilização metodológica da fenomenologia, a fim de empregar-se um rigor na compreensão e na descrição do objeto de estudo. A postura metodológica permitiu o afastamento de processos de mediação conceitual para obter-se a essência do direito fundamental social à moradia.

Foi necessário transitar pela história retornando ao desenvolvimento do direito natural. A visada ontológica da pessoa humana considerava que o seu ser era composto por uma dignidade intrínseca, que lhe proporcionava a titularidade de direitos naturalmente vinculados à sua condição humana. O jusnaturalismo baseou o reconhecimento expresso dos direitos humanos ao final do século XVIII, bem como a sua posterior positivação constitucional como direitos fundamentais.

Com o advento de uma grave crise social durante o século XIX e início do século XX, a partir de uma conseqüente releitura do princípio da dignidade da pessoa humana, a sociedade logrou reconhecer a fundamentalidade dos direitos sociais, consistentes, via de regra, em prestações concretas a serem realizadas pelo Estado, para o fim de promover igualdade real entre as pessoas. Nesse contexto, o direito à moradia foi elevado ao *status* de direito fundamental.

Atestado o caminho da sua fundamentalidade, passou-se a analisar a essência do direito à moradia. Nessa reflexão, foi identificado que ele se constitui essencialmente

como um direito fundamental social, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, com a formatação que lhe foi dada pelo princípio do mínimo existencial (digno), o qual garante ao ser humano o direito de fixar-se em algum local para o fim de lhe servir como morada, independentemente de sua propriedade, sendo-lhe proporcionadas adequadamente segurança, salubridade, privacidade, repouso e liberdade, bem como a necessária proteção jurídica, podendo ser concretizado sob a forma de prestações positivas, mediante a atuação concreta do Estado ou negativa, mediante o exercício de um direito de defesa.

Posteriormente, seguiu-se com a análise da eficácia normativa do direito à moradia, na medida em que se mostrou necessário compreender o grau de vinculação do Estado, enquanto legislador, administrador e julgador, em virtude da positivação expressa no art. 6º, da Constituição. Quer dizer, ao elencar o direito à moradia como fundamental, na forma como apresentado no texto constitucional, qual ou quais são os efeitos concretos que lhe são diretamente decorrentes? Antes, porém, de responder a essa pergunta, buscou-se compreender a essência da eficácia das normas constitucionais, chegando-se à identificação de que o seu fator determinante seria a sua densidade normativa individual. Nesse sentido, o reconhecimento expresso da fundamentalidade do direito à moradia, por si só, dada a sua forma de positivação, não lhe proporcionou a necessária aptidão para produzir efeitos imediatos e diretos, não obstante o princípio de otimização (maximização) inscrito no § 1º, do art. 5º, da Constituição, que determina a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais.

Nesse particular, foi possível compreender que o núcleo duro de operacionalidade do direito fundamental à moradia, enquanto uma prestação positiva a ser realizada pelo Estado, é formado pelo conjunto das normas constitucionais extraídas do art. 6º, que reconhece expressamente a sua fundamentalidade, do art. 21, XX, que estabelece a competência administrativa da União para formular as diretrizes básicas da moradia e do art. 23, IX, que atribui a competência para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, para promoverem os programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

Fala-se em conjunto de normas porque acaso fosse considerado apenas o art. 6º, embora ele reconheça expressamente a sua fundamentalidade, o direito à moradia não passaria de um objetivo impreciso a ser alcançado pelo Estado. A reflexão realizada sobre o dispositivo permitiu perceber que ele não cria um dever prestacional, mas tão somente deixa expressa a carga axiológica da qual se reveste a norma, ou seja, a sua fundamentalidade. De forma original, para o direito à moradia, o constituinte lançou mão da complementação normativa por meio de lei e permitiu a positivação das normas necessárias para a sua aplicabilidade por meio de atos normativos (administrativos), conforme o art. 21, XX, da Constituição. Ademais, criou-se o dever legal de prestar o direito à moradia no art. 23, IX, da Constituição.

Por outro lado, ainda sobre a eficácia jurídica do direito à moradia, foi possível refletir sobre a hipótese de, eventualmente, ser considerada a existência de um direito subjetivo a uma prestação originária de direito social (também do direito à moradia). Vários problemas e objeções podem ser colocadas sobre essa possibilidade. Inicialmente, pode ser considerado o aspecto financeiro da prestação. Ora, a concretização do direito à moradia certamente implicará em um custo financeiro. Ademais, a atividade estatal vincula-se ao controle legislativo, seja na priorização dos programas sociais, seja na viabilidade orçamentária. Ademais, acaso o direito venha a ser reivindicado em juízo, reputa-se pacífico que não cabe ao Judiciário determinar a distribuição dos recursos financeiros e nem substituir as proposições democraticamente viabilizadas por lei, sob pena de quebrar o princípio da separação dos poderes. Nesse contexto, tem-se a chamada reserva do possível.

Por outro lado, a dignidade humana impõe que seja considerada obrigação do Estado fornecer uma condição de existência mínima para o indivíduo, conforme a construção realizada na Alemanha. Fala-se aqui do princípio do mínimo existencial. Nesse sentido, adotando-se a técnica da ponderação de princípios desenvolvida por Robert Alexy, havendo uma condição concreta de necessidade do indivíduo e, os aspectos da reserva do possível e os eventuais direitos fundamentais de terceiros forem pouco afetados, pode ser reconhecido naquele caso específico o direito subjetivo a uma prestação social.

Foi relatado brevemente o contexto em que se deu o nascimento da Carta de 88. A tensão entre duas correntes político-econômico-sociais, o neoliberalismo e o bem-estar social, fomentou a reflexão sobre as possíveis premissas políticas, filosóficas e jurídicas, necessárias para a efetivação dos direitos sociais, em especial o direito à moradia. Observa-se que não se tratou de apontar eventuais as soluções concretas, mas apenas de propor um caminho possível para lograr êxito na efetivação dos direitos.

Ao se analisar os atos positivados pela União para viabilizar a aplicabilidade do direito à moradia, observou-se que antes do direito à moradia ser incluído no catálogo dos direitos fundamentais, a União não criou grandes programas para a sua concretização, embora a existência antiga da legislação ordinária.

Talvez o problema da efetivação do direito à moradia não decorra da baixa densidade normativa do texto constitucional. Principalmente ante a existência inúmeras normas positivadas após a EC nº 26/2000 para o fim de viabilizar a sua aplicabilidade. Depois de toda a investigação realizada, foram identificadas tantas leis e tantos atos normativos e regulamentares editados pela União, que ficou evidenciado que a concretização da moradia adequada não ocorre no Brasil por qualquer motivo, menos pela falta de complementação normativa para a sua aplicabilidade (eficácia plena).

Ao abordar os instrumentos jurídicos que buscam atribuir eficácia ao direito à moradia, evidenciou-se a base manifestamente empirista adotada pelo Executivo e pelo legislador. Isso porque os instrumentos normativos criados pela União para proporcionar a aplicabilidade do direito à moradia o consideram efetivado desde que seja proporcionada ao indivíduo a aquisição do domínio da unidade habitacional. Embora conste no art. 4º, II, e, da Lei nº 11.125/2005 a diretriz prevendo o “incentivo à implementação dos diversos institutos jurídicos que regulamentam o acesso à moradia”, as políticas priorizadas pelo Estado são aquelas voltadas à titulação do domínio do solo (ou construção autônoma). Não existe no âmbito federal, por

exemplo, a criação de um programa de aluguel social, nos mesmos moldes do PROUNI⁵⁴.

Não obstante a competência fixada pela Constituição para criar as diretrizes básicas da habitação seja administrativa, foi editada a Lei nº 11.124/2005 para cumprir essa tarefa, sendo criado o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social. Esse instrumento legal reconheceu expressamente a moradia digna como princípio a ser observado na implementação dos programas habitacionais de interesse social, não tornando expresso, contudo, quais são os aspectos que devem ser atendidos para que a moradia seja considerada digna. Quais seriam eles, afinal?

Ao se refletir sobre o que é moradia e sobre o que é o direito fundamental à moradia, foi possível compreender que a moradia digna não é um ser cuja concretização se dê de forma simples. Exemplificando, não basta que se construa uma casa e que a financie para alguém. Além disso, há que se atender a uma série de aspectos para proporcionar concretamente dignidade à moradia. O fato de tais aspectos não serem encontrados em uma lista taxativa e objetificante pode até não representar, necessariamente, um obstáculo para a aplicabilidade imediata do direito, na linha da crítica proporcionada pela opção metodológica adotada neste trabalho. Entretanto, a total inexistência de critérios dificulta sobremaneira a mínima identificação das prestações concretas que precisam ser realizadas. Nesse sentido, os aspectos apresentados pelo Comentário nº 04 sobre o Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), fixou os parâmetros a serem observados para que a moradia seja adequada, quais sejam, a segurança legal da posse, a disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura, o custo acessível, a habitualidade, a acessibilidade, a localização adequada e a adequação cultural. O documento internacional apresenta-se racionalmente relevante e poderia (deveria) ser imediatamente incorporado ao Sistema Nacional. Ainda que ele não fosse expressamente incorporado, se fossem expostos alguns parâmetros materiais mínimos de atendimento, salvaguardando as necessárias adaptações diante da

⁵⁴ O Programa Universidade para Todos oferece bolsa de 50% ou 100% para alunos de baixa renda estudarem em universidades privadas, atendidos alguns requisitos. Sendo bolsa, não se trata de um financiamento e sim de um subsídio.

realidade do mundo da vida do beneficiário, já melhoraria substancialmente o panorama atual.

O Brasil é composto por inúmeros “brasis” diferentes, em que a moradia adequada (digna e minimamente existente) realiza-se de maneiras absolutamente diversas. O mundo da vida de um agricultor familiar do Vale do Jequitinhonha mineiro é diferente do de um produtor de soja de Sinop, no Mato Grosso. Um morador da Rocinha, no Rio de Janeiro, possui percepções de dignidade diferentes da de um morador das palafitas de Manaus. Assim, deve-se ter em mente que a realização do direito à moradia apresenta um grau de dificuldade peculiar, exigindo-se do Estado a viabilização de meios concretos de sua prestação que contemplem as especificidades dos indivíduos.

Os dados estatísticos levantados neste trabalho atribuem validade às críticas ora formuladas. Não obstante os setenta e quatro anos de existência de instrumentos jurídicos criados pelo Estado para viabilizar a aquisição da casa própria, conforme identificado nos estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 27,4% da população brasileira ainda não possui a casa própria (2019, p. 2) e, pior, 0,5% da população simplesmente não moram em algum tipo de unidade habitacional (barraco, tenda etc) (2018, p. 62). Ora, somados, tem-se que 28% da população não é alcançada pela prestação absolutamente priorizada pela União, que é o incentivo à aquisição da casa própria. São 59 milhões de brasileiros fora do sistema da casa própria. Isso sem contar todos os outros aspectos apresentados pelas estatísticas oficiais, como o fornecimento de água, o esgotamento sanitário, a coleta de lixo, dentre tantos outros. Ainda que se reconheça a eficácia jurídica proporcionada pelos diversos atos legais e normativos criados, algo impede que o direito alcance boa parcela da população.

Nesse sentido, a proposta de releitura do direito à moradia sob uma abordagem fenomenológica, mostra-se relevante, na medida em que, à toda evidência, as políticas públicas atualmente existentes, embora inúmeras, apenas tangenciam aquilo que se mostrou como a sua essência. Assim, mostram-se importantes e verdadeiras as palavras de André R. C. Fontes (2008, p. 35):

O raciocínio teórico é uma propriedade inata, mas o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento são dependentes da Filosofia. Exemplo dessa forma inata é que o homem não dá atenção às técnicas de que se vale para solucionar problemas, a não ser que os métodos habituais venham a revelar-se insatisfatórios, face a questões novas.

Aplicando-se a posição do ilustre jurista ao caso concreto, observa-se que mesmo o direito à moradia estando alocado na categoria de direito fundamental, a objetificação matemática das formas de sua efetivação não permitem a sua realização, em suas variadas possibilidades. Não obstante existam textos legais diversos que criam e regulamentam inúmeras políticas públicas, a abordagem realizada revela que há uma insistente priorização estatal no aspecto da aquisição da casa própria. O leque normativo de possibilidades é amplo, notadamente ante o disposto no art. 4º, II, e, da Lei nº 11.124/2005. Entretanto, mesmo a lei criando uma diretriz que direciona para várias possibilidades de concretização, ela não consegue esconder o seu viés objetificante, ante as disposições dos seus arts. 11 e 23, os quais voltam a priorizar as construções e a comercialização de unidades habitacionais. Embora essa metodologia matematizada crie uma aparência de realização perceptível *a priori*, e até promova algum grau de sucesso, ela acaba por limitar a amplitude de ações que poderiam ser operadas para concretizar o direito de outras formas.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **El umbral de la ciudadanía: el significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.

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

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. - 7 ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 6ª ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

_____; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. - v. II. - São Paulo: Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992 - 19ª tiragem.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. - 8 ed. - São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional**. - 15 ed. - São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

_____. Dec. Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Rio de Janeiro, RJ, 1937.

_____. Decreto-Lei nº 9.218, de 1º de maio de 1946. Autoriza a instituição da "Fundação da Casa Popular". Rio de Janeiro, RJ, 1946.

_____. Lei nº 4380, de 21 de agosto de 1964. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Brasília, DF, 1964.

_____. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF, 1964.

_____. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF, 1973.

_____. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF, 1992.

_____. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal. Brasília, DF, 1993.

_____. Lei nº 8.692, de 28 de julho de 1993. Define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação e dá outras providências. Brasília, DF, 1993.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providência. Brasília, DF, 1993.

_____. Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta o § 2º do art. 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. Brasília, DF, 1998.

_____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF, 2001.

_____. Lei nº 10.998, de 15 de dezembro de 2004. Altera o Programa de Subsídio à Habitação de Interesse Social. Brasília, DF, 2004.

_____. Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – SNHIS, cria o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social – FNHIS e institui o Conselho Gestor do FNHIS. Brasília, DF, 2005.

_____. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Brasília, DF, 2007.

_____. Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009. Dispõe sobre regularização fundiária das ocupações incidentes em terras situadas em áreas da União ou do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - Incra, altera a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e dá outras providências. Brasília, DF, 2009.

_____. Lei nº 13.001, de 20 de junho de 2014. Dispõe sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária; concede remissão nos casos em que especifica; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 11.775, de 17 de setembro de 2008, 12.844, de 19 de julho de 2013, 9.782, de 26 de

janeiro de 1999, 12.806, de 7 de maio de 2013, 12.429, de 20 de junho de 2011, 5.868, de 12 de dezembro de 1972, 8.918, de 14 de julho de 1994, 10.696, de 2 de julho de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF, 2014.

_____. Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis n^{os} 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis n^o 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. Brasília, DF, 2017.

_____. **Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira 2018**. Brasília: IBGE, 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>>. Acesso em 16 jan 2020.

_____. **Características gerais dos domicílios e dos moradores 2018 – PNAD Contínua**. Brasília, IBGE, 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101654_informativo.pdf>. Acesso em 16 jan 2020.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COUTO, Márcia de M. M. I. do. **Por que re-ler o Direito à luz da fenomenologia II**. in Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. - Vol. 5, n. 1 (abr./set.2012). - Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Hermenêutica e argumentação no Direito**. Curitiba: CRV, 2014.

_____. **Direitos fundamentais e o mundo da vida.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. - Vol. 8. Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2010, p. 115-133.

_____. **O papel da verdade na fundamentação dos direitos humanos.** Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. - Vol. 16, n 1 (jan./jun.2015). Vitória: Faculdade de Direito de Vitória, 2015, p. 47-60.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. **Direitos sociais no Brasil: desafios e mecanismos para a sua concretização.** Curitiba: Juruá, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** - 3 ed. atual. - São Paulo: Saraiva, 1997.

FARIA, José Eduardo. **O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira.** Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1994.

FERRAJOLI, Luigi. **Estado Social y Estado de derecho.** In: ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian (Comps.). Derechos sociales: instrucciones de uso. 1. reimpr. México: Fontamara, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte.** - 4ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.** *in* Repertório de Jurisprudência [S.l.], n. 15. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1989, p. 243-7.

FONTES, André R. C. **Componentes de um pensamento fenomenológico do Direito.** *In* Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. - Vol. 2, n. 2 (out.2009/mar.2010). - Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008.

_____. **Do empirismo jurídico à fenomenologia do direito.** Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. - Vol. 5, n. 2 (out.2012/mar.2013). - Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008.

GENEVOIS, Marie Louise Bulhões Pedreira; COSTA, Olavo Viana. **Carência habitacional e déficit de moradias: questões metodológicas.** *In* Revista São Paulo em Perspectiva [online], vol.15, n.1 2001, pp.73-84. ISSN 0102-8839. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392001000100009>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000100009&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 29 set. 2019.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados.** São Paulo: Saraiva, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** - 3 ed. - São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Atualidade e permanência do Direito Natural.** Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: fenomenologia e direito / Escola da Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região. - v. 2, n. 2 (out.2009/mar.2010). - Rio de Janeiro: TRF 2. Região, 2008.

_____. **Fenomenologia e Direito.** Coleção: Primeiros passos na Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Aproximação aos conceitos básicos da fenomenologia.** Filosofia e direito: ética, hermenêutica e jurisdição / Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha (organizador). Vitória: Seção Judiciária do Espírito Santo, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo. Parte I.** Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. - 15 ed. - Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

_____. **Interpretações fenomenológicas sobre Aristóteles: introdução à pesquisa fenomenológica.** Tradução Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

HUSSERL, Edmund Gustav Albrecht Husserl. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura.** Tradução Márcio Suzuki. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006.

_____. **A ideia da fenomenologia.** Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2018.

KROHLING, Aloísio. **A ética da alteridade e da responsabilidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

_____; KROHLING, Beatriz Stella Martins. **Ética rizomática e teoria crítica do direito internacional dos direitos humanos.** Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito: 82-92. janeiro-junho 2013.

MACHIARELLI, Nicoló. **O príncipe.** Tradução Maria Júlia Goldwasser. - 2 ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** - 30 ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Eficácia das normas sociais sobre justiça social.** *in* Revista de Direito Público, v. 14, n. 57/58 (jan./jun.1981) São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 233-256.

MONTEIRO, Vitor de Andrade. **Direito à moradia adequada: perspectivas de efetivação como direito humano fundamental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

NAY, Olivier. **História das ideias políticas**. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2007.

NOVELINO, Marcelo. **Teoria da constituição e controle de constitucionalidade**. Salvador: Jus PODIVM, 2008.

PANSIERI, Flávio. **Eficácia e vinculação dos direitos sociais: reflexões a partir do direito à moradia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RESSURREIÇÃO, Lucas Marques Luz da. **A defensoria pública na concretização dos direitos sociais pela via do ativismo judicial**. - 2 ed. - São Paulo: Baraúna, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

_____. **Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?)**. in Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras / José Adércio Leite Sampaio, coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. – 13 ed. rev. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. – 9 ed. rev. e atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. E-pub.

_____. **O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia**. in Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras / José Adércio Leite Sampaio, coordenador. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa: que é o Terceiro Estado?** Tradução Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. - 8 ed. - São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. in Revista de Direito do Estado, n. 4 (out./dez.2006). Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 23-51.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.