

Flávio Cassel Júnior¹

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988

O presente resumo pretende apresentar breves apontamentos sobre o Direito à Moradia no Brasil, inserido expressamente no ordenamento constitucional através da edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. O direito à moradia foi incluído de forma expressa no ordenamento constitucional pátrio, através da edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. No entanto, o referido direito fundamental já se encontrava previsto de forma implícita no nosso ordenamento. (SARLET, 2010, p.12).

O direito fundamental à moradia é reconhecido como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, já que esta demanda a satisfação das necessidades básicas do cidadão. O direito fundamental à moradia, por ser reconhecido como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, legitima interpretações que visem a garantir uma maior efetividade do referido preceito constitucional.

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

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

[...] Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na constituição vigente, mas algumas, especialmente as que

¹ Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera Uniderp. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Luterana do Brasil, ULBRA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, UFSM. Integrante do Grupo de Estudos em Constitucionalismo Contemporâneo, linha de pesquisa: Intersecções entre o Direito Público e o Privado, na UNISC, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Tabela de Notas. E-mail: <fcj@via-rs.net>.

mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta [...]. (SILVA, 2010, p.180)

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

Destaca-se que os direitos fundamentais, em nossa ordem constitucional, podem ser divididos em duas categorias ou dimensões distintas. A primeira categoria é a dos chamados direitos de defesa. A segunda categoria é a dos chamados direitos sociais de cunho prestacional. A diferença entre eles é que os direitos a prestações necessitam de normas para a sua concreção, enquanto os chamados direitos de defesa não necessitam de normas para a sua concreção. Note-se que as duas categorias de direitos podem ser conexas e não são necessariamente excludentes, podendo um direito fundamental pertencer reciprocamente as duas categorias. O direito fundamental à moradia pertence simultaneamente as duas categorias, exigindo por parte do Estado uma condição negativa (defensiva) e uma outra positiva de caráter prestacional. (SARLET, 2010, p. 21).

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

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

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

Com relação ao caráter não absoluto do direito à moradia, no sentido de não predominância sobre outros direitos, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária, julgou que a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República². Em apertada síntese, pode-se dizer que o direito à moradia inclui o direito a não ser privado de forma arbitrária da moradia.

De outra banda, mas ainda no contexto do direito à moradia como um direito de defesa, impõe-se analisar a proibição do retrocesso, isto é, contra uma supressão ou esvaziamento por parte do legislador. O direito à moradia, por ser tratar de cláusula pétreia, não pode ser abolido da Constituição Federal, isto com espeque legal no disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Magna Carta. (SARLET, 2010, p. 33).

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

Analisada a dimensão negativa do direito fundamental à moradia, passo a análise da sua dimensão positiva, eis que se trata de um direito social de cunho prestacional. A compreensão da dimensão positiva é de grande relevância, diante da situação social do Brasil. Conforme os dados das Pesquisas Nacionais por Amostra de Domicílios (PNAD) dos anos

² EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (RE 407688/AC - ACRE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 08/02/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno). Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>. Acesso em 17/10/2015.

2011 e 2012, divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em fevereiro de 2014, o Brasil possuía em 2011 um déficit habitacional estimado corresponde 5,581 milhões de domicílios. Em 2012 o déficit habitacional foi estimado em 5,430 milhões de domicílios.³

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

Questão tormentosa é a de saber se o poder público pode (e deve) ser compelido a disponibilizar uma moradia àqueles que demonstrarem a impossibilidade de adquirirem por seus próprios meios. Preliminarmente, deve ser esclarecido que o direito à moradia é enquadrado na categoria das normas constitucionais pragmáticas. Por outro lado, também é certo que o direito à moradia, em que pese a sua conotação pragmática não é destituído de eficácia, ainda que eventualmente reduzida.

A questão posta em debate é respondida da seguinte forma:

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

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

Frisa-se, ainda, que mesmo em linhas gerais, é relevante destacar a importância da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, que dispõe sobre o “Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV” e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas. A função primordial deste programa é facilitar o acesso à moradia para a população de baixa

³ Fonte: Dados básicos: PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 31, 2011; v. 32, 2012. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br>. Acessado em 17/10/2015.

renda e reduzir o déficit habitacional desta classe social, especialmente nos casos em que esteja configurado o interesse social, através de recursos do Sistema Financeiro Habitacional. A lei tem como um dos seus objetivos criar uma série de mecanismos para produção, aquisição e reforma de unidades habitacionais de interesse social.

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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