

## **DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: APONTAMENTOS SOBRE A SUA EFICÁCIA E APLICABILIDADE**

Daniéle Dornelles  
Flavio Cassel Júnior

**Resumo:** o presente estudo 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. Essa Emenda Constitucional consagrou no artigo 6º, da Constituição Federal, o direito humano fundamental à moradia, como um direito social fundamental do cidadão. Em um primeiro momento o direito à moradia será analisado a partir da sua condição de direito fundamental. Posteriormente, à luz das premissas teóricas lançadas, analisaremos a sua eficácia, efetividade e aplicabilidade em conformidade com a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** direitos fundamentais, eficácia e moradia.

**Abstract:** This study intends to present brief notes about housing rights in Brazil, inserted in the constitutional system through of the constitutional amendment 26 of February 14, 2000. This constitutional amendment consecrated in article 6 of the Federal Constitution the fundamental human right to housing as a fundamental social right of citizen. In a first moment, the right to housing will be analyzed from its condition of fundamental right. In a second moment, using the theoretical assumptions presented, we'll examine its effectiveness, efficiency and applicability in accordance with the doctrine and the Federal Supreme Court jurisprudence.

**Keywords:** fundamental rights, effectiveness and residences.

### **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

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

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

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

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

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

## **1. DIREITOS FUNDAMENTAIS: CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Para um melhor entendimento do tema proposto é necessário fazer a diferenciação entre “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, bem como apontar as consequências práticas dessa distinção. A expressão direitos do homem é utilizada pela doutrina predominante no sentido de direitos naturais não positivados, ou ainda não positivados. Nesse sentido colaciona-se a seguinte lição:

A utilização da expressão “direitos do homem”, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, nada obstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma “pré-história” dos direitos fundamentais. (SARLET, 2010)

Já a expressão direitos humanos é usada no sentido de direitos positivados na esfera internacional, por meios de documentos de direito internacional. Os direitos fundamentais são os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional de cada Estado.

Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2010)

Apesar da distinção apontada, verifica-se que não existem incompatibilidades, entre ambas as categorias (direitos humanos e fundamentais), devido a incorporação ao direito interno, inclusive com hierarquia constitucional, em muitos casos, dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos.

Neste sentido, merece ser destacado que o direito à moradia é justamente uma prova inquestionável deste processo, já que se cuida, também entre nós, simultaneamente de direito humano, eis que reconhecido e protegido na esfera internacional, e fundamental, eis que constitucionalmente assegurado.

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

No caso da Constituição Brasileira, a fundamentalidade formal, desdobra-se em três elementos, já largamente reconhecidos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à moradia) situam-se no ápice do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) ainda na condição de normas fundamentais insculpidas no corpo da Constituição, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado para a modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim designadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares. (SARLET, 2010)

## 2. DAS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

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

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos 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 da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET, 2015)

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

Os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos em geral de cunho positivo que exigem do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social. São exemplos destes os direitos à saúde, à assistência social, à educação ao trabalho e etc. Salienta-se:

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

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

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

“A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta

do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia". (BONAVIDES, 2006)

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

### 3. DA EVOLUÇÃO DO DIREITO À MORADIA

Na ordem internacional, o direito à moradia surgiu primeiramente na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948), onde, pela primeira vez, restou consignado o reconhecimento dos assim denominados direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia. O artigo 25, item 1, da Declaração, assim determina:

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

No âmbito do direito internacional convencional, o direito à moradia passou a ser objeto de reconhecimento expresso em diversos tratados e documentos internacionais, que vieram a ser ratificados e incorporados, ao direito interno brasileiro. Entre eles merece ser destacado o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, que em seu artigo 11, item 1, que assim dispõe:

"Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo,

nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

Sobre a temática, SARLET (2010) destaca, entre outros instrumentos internacionais:

“... a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1969), cujo art. 5º assegura, sem discriminação por motivos de raça, cor, nacionalidade ou origem étnica, entre outros direitos, o direito à moradia. Em termos semelhantes, também as Convenções Internacionais sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher (1979), a Convenção Internacional sobre os direitos das crianças (1989), bem como a Convenção sobre a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes (1990), contém dispositivos reconhecendo um direito à moradia, com alguma variação no que diz com dimensões específicas deste direito”.

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

“... pela sua relevância especial para o reconhecimento e proteção do direito à moradia, inclusive pela sua influência no que diz com a fundamentação de uma inserção deste direito na nossa própria ordem jurídica, na condição de direito fundamental social, cumpre citar os documentos oriundos de duas grandes conferências promovidas pela ONU sobre a problemática dos assentamentos humanos, respectivamente em 1976 (Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos - Habitat I) e em 1996, em Istambul, Turquia, da qual resultou a assim designada Agenda Habitat II, tido como o mais completo documento na matéria, do qual também o Brasil é signatário.

Já por ocasião da Declaração de Vancouver (1976) restou assegurado que a moradia adequada constitui um direito básico da pessoa humana. Por ocasião da Agenda Habitat II (Declaração de Istambul, de 1996), além de reafirmado o reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental de realização progressiva, com remissão expressa aos pactos internacionais anteriores (art. 13), houve minuciosa previsão quanto ao conteúdo e extensão do direito à moradia (art. 43) bem como das responsabilidades gerais e específicas dos Estados signatários para a sua realização, que voltarão a ser objeto de referência”.

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

O direito à moradia foi incluído de forma expressa no ordenamento constitucional pátrio, através da edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de

fevereiro de 2000. No entanto, o referido direito fundamental já se encontrava previsto de forma implícita no nosso ordenamento. Nesse sentido, destaca-se a prestigiosa lição:

“No direito constitucional pátrio, em que pese ter sido o direito à moradia incorporado ao texto da nossa Constituição vigente (art. 6º) – na condição de direito fundamental social exposto - apenas com a edição da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, constata-se que, consoante já referido no voto da Deputada Federal Almerinda Carvalho, relatora do PEC nº 60/98, na Constituição de 1988 já havia menção expressa à moradia em outros dispositivos, seja quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para "promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico" (art. 24, inc. IX), seja quando no artigo 7º, inciso IV, definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre outros elementos, com moradia. Da mesma forma, a vinculação social da propriedade (art. 5º, XXIII, e artigos 170, inciso III e 182, parágrafo 2º), bem como a previsão constitucional do usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191), ambos condicionando, dentre outros requisitos, a declaração de domínio à utilização do imóvel para moradia, apontam para a previsão ao menos implícita de um direito fundamental à moradia já antes da recente consagração via emenda constitucional”. (SARLET, 2010)

Em remate, deve-se reconhecer o direito fundamental à moradia 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.

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana é importante ressaltar a seguinte lição:

O sistema jurídico contemporâneo brasileiro traz elencado em sua Constituição um rol de direitos fundamentais e, ainda, o princípio da dignidade humana, norteador de todo ordenamento jurídico. Tal princípio, inerente a todos os seres humanos, independente de merecimento pessoal ou social. Assim, como direito positivado, a dignidade da pessoa humana assume *status* de “super princípio”, com conteúdo jurídico capaz de associá-la aos direitos fundamentais, com o fim de proporcionar um norte axiológico ao ordenamento jurídico, proporcionando assim uma coerência valorativa. (REIS, 2007)

#### **4. DA EFICÁCIA E DA EFETIVIDADE NA SUA DUPLA PERSPECTIVA: DEFENSIVA E PRESTACIONAL**

Primeiramente, deve-se 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. Nesse sentido é lição de:

“Primeiramente, é importante esclarecer que o dispositivo em questão alcança todos os direitos fundamentais que o Brasil reconheça. Não apenas os contidos no artigo 5º, mas todos os outros direitos fundamentais, independentemente de sua localização na Constituição Federal, e, inclusive, os previstos fora desta. Isto em vista do caráter materialmente aberto do texto constitucional no que diz respeito aos direitos fundamentais, conforme preceitua o artigo 5º, § 2º, da Magna Carta, já mencionado. Esta é a interpretação que melhor se coaduna com a atual fase do Direito Constitucional, conhecida como “neoconstitucionalista”, que valoriza a efetividade dos preceitos constitucionais e, principalmente, dos direitos fundamentais”. (SARLET, 2010)

Superada a questão, resta enfrentar a tormentosa questão do significado do artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal, para as diversas categorias de direitos fundamentais.

Primeiramente, deve-se ressaltar, os seguintes ensinamentos:

“Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta”. (SILVA, 2007)

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.

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

#### **4.1. O direito à moradia na sua dimensão de direito de defesa (negativa)**

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, inexistente qualquer dúvida da plenitude eficaz e da 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 destes direitos encontram explicação no fato que o constituinte concedeu normatividade suficiente e por isso independem de concretização legislativa.

Salienta-se, mesmo diante do exposto, que o direito à moradia não é absoluto, mesmo que considerado em sua dimensão negativa, eis que sujeito a restrições.

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

Com relação ao caráter não absoluto do direito à moradia, 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 República. 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 pétrea, não pode ser abolido da Constituição Federal, isto com espeque legal no disposto no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Magna Carta. Nesse sentido:

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

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.

#### **4.2. O direito à moradia na sua dimensão prestacional (positiva)**

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

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

Assim, em que pese a exigência de uma implementação gradativa, já que inexigível uma solução imediata para o problema da moradia, fica evidenciado que

devem ser destinados recursos materiais para a implantação em um patamar mínimo.

Questão tormentosa é a de saber se o poder público pode (e deve) ser compelido a disponibilizar uma moradia àqueles que demonstrarem a impossibilidade de 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)

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.

Dentre os instrumentos normativos de regularização fundiária, destacam-se os seguintes: Lei nº 10.257/01 (Estatuto das Cidades), Lei nº 11.481/2007 e nº 11.977/09. Dentre as modalidades de regularização fundiária previstas na legislação brasileira destacam-se as seguintes: a) regularização fundiária de interesse social (Lei nº 11.977/2009); b) regularização fundiária de interesse específico (Lei nº 11.977/2009); c) regularização fundiária inominada ou de

antigos loteamentos (Lei nº 11.977, art. 71); e d) regularização fundiária em imóveis do patrimônio público (Lei nº 11.481/2007).

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 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 divide-se em três partes: a primeira relativa ao Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, tendo por objetivo criar uma série de mecanismos para produção, aquisição e reforma de unidades habitacionais de interesse social. A segunda trata do registro eletrônico de imóveis, que possibilitará a formação de um banco de dados nacional com os atos registrares praticados antes e depois da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), bem como define os emolumentos a serem cobrados pelo Oficial do Registro Imobiliário relativos aos atos previstos na lei. Na terceira parte é tratada a regularização fundiária de assentamentos urbanos, ponto de extrema importância ao acesso à moradia, uma vez que, introduz instrumentos para enfrentar o desafio de legalizar milhões de moradias urbanas no Brasil.

Por fim é importante destacar que a Lei nº 13.105 de 16/03/2015 (novo Código de Processo Civil), que entrará em vigor em março de 2016, trouxe esculpido em seu artigo 1.071, a usucapião extrajudicial, acrescentando-a no Capítulo III do Título V da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, o artigo 216-A. Essa novel legislação será responsável pela regularização fundiária, tanto em áreas urbanas como rurais, de um imenso número de imóveis, com um baixo custo, quer para as partes, quer para o Estado e com grande celeridade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Embora sob o premente risco de incorrer em tautologia, mas com o objetivo de reafirmar os posicionamentos anteriormente adotados, passa-se à

exposição sistemática, na ordem em que foram tratadas as matérias, das mais relevantes conclusões deste estudo:

Que embora o direito à moradia só tenha sido incluído de forma expressa no ordenamento constitucional pátrio, através da edição da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, ele já se encontrava implicitamente incluído entre os direitos fundamentais.

O direito à moradia pode ser classificado simultaneamente como um direito humano, eis que reconhecido e protegido na esfera internacional, e fundamental, eis que constitucionalmente assegurado.

Que inobstante o direito à moradia, seja, tradicionalmente classificado, como um direito de segunda dimensão, eis que exige por parte do Estado uma prestação positiva ele também possui uma dimensão de cunho negativo, uma vez que dirigido a uma abstenção por parte do Estado e dos particulares.

Analisada a dimensão defensiva (negativa) do direito fundamental à moradia, inexistente qualquer dúvida da sua plenitude eficaz e da sua imediata aplicabilidade, isto em decorrência do disposto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

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

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

## REFERÊNCIAS:

LENZA, Pedro. Direito constitucional: esquematizado. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. 1196 p.

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

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.anima-pet.com.br/primeira\\_edicao/artigo\\_Ingo\\_Wolfgang\\_Sarlet\\_o\\_direito.pdf](http://www.anima-pet.com.br/primeira_edicao/artigo_Ingo_Wolfgang_Sarlet_o_direito.pdf)>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 7. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007.

\_\_\_\_\_, Jorge Renato dos; FONTANA, Eliane. O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível. In: Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos.

\_\_\_\_\_, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

\_\_\_\_\_, Jorge Renato dos; KONRAD, Letícia Regina. O direito fundamental à solidariedade: a aplicação do instituto no direito civil. Novos Estudos Jurídicos, V.20, n. 1 (2015). Disponível na internet: <[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)> Acesso em: 02 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_, Jorge Renato dos; CERQUEIRA, Katia Leão (Org.). Intersecções jurídicas entre o público e o privado: uma abordagem principiológica constitucional. Salvador: EDUFBA, 2012. 222 p.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. 871 p.

XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E  
POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

VIII MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS



2015