

DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E LIMITES DIANTE DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL *

Janine Rosi Faleiro**

Resumo: Este estudo aborda o direito fundamental à moradia, busca verificar sua eficácia e efetividade diante da necessidade de recursos públicos para sua concretização. Num primeiro momento, examina-se o conceito de direitos fundamentais, diferenciando-o dos direitos humanos e analisando as chamadas dimensões ou gerações dos direitos, assim como a distinção entre direitos fundamentais positivos e negativos. Após, examina-se o direito fundamental à moradia, seu conceito e conteúdo. Por fim, tratando-se de direito que exige uma prestação estatal, aborda-se sua eficácia e efetividade diante dos custos dos direitos, da escassez de recursos e do princípio da reserva do financeiramente possível. O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa utilizada é a bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Direito Fundamental à moradia. Reserva do financeiramente possível.

Abstract: This study addresses the right fundamental to housing, its effectiveness and effectiveness, in the face of the need for public resources to achieve this fundamental right. At first, it is examined the concept of fundamental rights, differentiating it from human rights, as well as the so-called dimensions or generations of rights, as well as the distinction between positive and negative fundamental rights. After, the fundamental right to housing, concept and content is examined. Finally, in the case of a law requiring state provision, it deals with its effectiveness and effectiveness in the face of the costs of rights, the shortage of resources and the principle of the reserve of the financial possible. The method of approach is the inductive and the research technique used is the bibliographical.

Keywords: Fundamental rights. Fundamental right to housing. Reserve the financially possible.

* Artigo elaborado para a disciplina Sustentabilidade Urbana: institutos e mecanismos. Efetividade ministrada pela Professora Betânia Alfonsin no Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público, primeiro semestre de 2017.

** Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do RS. Promotora de Justiça. Contato: jrfaleiro@mprs.mp.br.

Sumário: Introdução. 1. Direitos fundamentais e as gerações de direitos. 2. O direito com previsão fundamental à moradia. 3. A efetividade do direito à moradia adequada em face do princípio da reserva do financeiramente possível. 4. Considerações finais. Referências.

Introdução

Decorridos mais de 20 anos da promulgação da Constituição Federal, ainda é relevante e profícua a discussão em torno da eficácia e efetividade das normas constitucionais, especialmente àquelas que garantem e asseguram direitos fundamentais sociais.

Observa-se uma crise do Estado Social e um retorno lento e gradual ao Estado Liberal. Em verdade se percorre um caminho em direção ao Estado neoliberal, onde este ente abstrato deixa de ser intervencionista, para dar espaço novamente ao “*Laissez faire, laissez passer, lê monde va de lui même*”.¹

E o Estado Social entra em crise sem que sequer tenham sido concretizados e implementados os direitos fundamentais culturais, sociais e econômicos, incluindo-se neste rol o direito social à moradia adequada.

Assim é que este estudo aborda, em um primeiro momento, os direitos fundamentais, seu conceito, a problemática em torno de sua terminologia e o uso inadequado de certas expressões, suas características, a divisão em dimensões ou gerações, a distinção entre direitos positivos e negativos para, após examinar o direito fundamental à moradia, bem como seu conteúdo.

Ao final, analisa-se a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração, diante dos custos desses direitos, enfocando-se basicamente na escassez de recursos e no princípio da reserva do financeiramente possível.

O Método de abordagem é o indutivo e a técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica.

1 Direitos fundamentais e as gerações de direitos

Direitos fundamentais são direitos humanos reconhecidos pela ordem constitucional positiva de um determinado país. São direitos ligados à própria natureza humana, representando aqueles valores mais essenciais aos seres humanos. A doutrina, todavia, usa diversas expressões para designar os direitos fundamentais, de maneira muitas vezes equivocada.

¹ Tradução: “deixai fazer, deixai passar, que o mundo caminha por si mesmo”.

Sarlet (2010, p. 27), ao tratar do problema quanto à terminologia adequada, delimitação conceitual e definição terminológica dos direitos fundamentais, chama a atenção para o problema da “heterogeneidade, ambiguidade e ausência de um consenso na esfera conceitual e terminológica, inclusive no que diz com o significado e conteúdo de cada termo utilizado”. Diante disso, afirma que são usadas diversas terminologias para a expressão, tais como “direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais”.

Na mesma linha, Bonavides (2016, p. 574) refere “o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica” e afirma que as expressões direitos humanos e direitos do homem são mais empregadas por autores anglo-americanos e latinos, enquanto que a expressão direitos fundamentais é mais usada por publicistas alemães.

Afirma Sarlet (2010, p. 29) que direitos fundamentais são humanos, pois “seu titular sempre será o ser humano”. Mas, para ele, a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos reside justamente no reconhecimento pelo direito constitucional positivo de um determinado Estado de certos direitos humanos. Esses últimos “posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna” (1999, p. 98).

Bonavides (2016, p. 574), resumidamente, refere que direitos fundamentais, em uma acepção bem restrita, são aqueles “que o direito vigente qualifica como tais”.

Já Canotilho (2003, p. 393) prefere a diferenciação entre direitos do homem e direitos humanos, afirmando que “direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, ao passo que “direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.” Para o constitucionalista português os direitos do homem seriam da própria natureza humana, razão pela qual são invioláveis, intemporais e universais, são aqueles “objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”.

Para Sarlet (2010, p. 29), a expressão direitos humanos

[...] guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional e, que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Em suma, Sarlet (2010, p. 30) distingue as expressões “direitos do homem” como de direitos naturais ainda não positivados, “direitos humanos” como direitos positivados na esfera internacional e “direitos fundamentais” como direitos reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um determinado Estado.

De qualquer sorte, para o professor gaúcho, tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos partilham de uma fundamentalidade material, já que ambos “dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado” (SARLET, 1999, p. 98). De maneira que:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da CF/1988 (LGL\1988\3), que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais” (SARLET, 1999, p. 98-99).

Portanto, direitos fundamentais são direitos do ser humano reconhecidos por uma ordem jurídica de um determinado país. Após a segunda guerra mundial, com a crise do positivismo jurídico, há um retorno a valores, sendo reconhecidos diversos direitos humanos.

Barroso (2010, p. 278) esclarece que “a volta aos valores é a marca do pensamento jurídico que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX”, como consequência da crise do positivismo jurídico que decorreu especialmente “do holocausto e barbárie do fascismo e do nazismo”. Assim é que, segundo ele, no plano internacional foi aprovada a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, ao passo que, no âmbito interno, distintos países “reconhecem a centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais”.

São reconhecidas, atualmente, no mínimo, três gerações ou dimensões de direitos fundamentais ligados aos valores vindicados na Revolução Francesa, portanto, ligados aos valores liberdade, igualdade e fraternidade. Trata-se, na verdade, de uma evolução de direitos que foram, ao logo dos tempos, sendo reconhecidos pelas ordens jurídicas internacional e interna de cada país.

Bonavides (2016, p. 563, 577) refere que “os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem, sem dúvida, um processo cumulativo e qualitativo”. Os direitos de primeira geração seriam os direitos de liberdade, os de segunda geração seriam ligados à igualdade e os de terceira geração, os direitos ligados à fraternidade. Os direitos da primeira geração, ou seja, direitos civis e políticos “correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente”.

Segundo o autor, os direitos de segunda geração ou dimensão correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos, “[...] introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do sec. XX”, ligados essencialmente ao valor igualdade. Ele ainda refere que estes direitos foram, em princípio, “objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico”. É a expressão do Estado do Welfare State que dominou as constituições do segundo pós-guerra. (BONAVIDES, 2015, p. 578).

E, por fim, os direitos de terceira geração seriam aqueles ligados ao valor fraternidade, como os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao consumidor, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (Bonavides, 2015, p. 578). Aqui vale ressaltar que há autores que ainda sustentam a existência de uma quarta geração de direitos.

Para este estudo interessa os direitos de segunda geração ou dimensão, ou seja, os direitos sociais, culturais e econômicos, ou simplesmente direitos sociais.

Segundo Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 119), os direitos sociais, econômicos e culturais surgiram a partir de lutas sociais de meados do séc. XX, que buscavam melhores condições de vida e de trabalho, demonstrando que as liberdades conquistadas “serviam apenas à preservação dos interesses de um determinado grupo social e não da sociedade como um todo”, pois os direitos civis e políticos já não garantiam o exercício desses direitos à grande massa trabalhadora. Esses novos direitos, melhores condições de vida e de trabalho, representavam custos, de maneira que o Estado, que com sua abstenção garantia os direitos de liberdade, agora deveria assumir tarefas, incluindo prestações de serviço público, direitos esses inerentes à cidadania.

Então, a antiga função estatal do Estado Liberal se desloca para uma função de promoção da segurança, de bem-estar social e econômico do Estado Social, do *Welfare State*. “O Estado deixa apenas de abster (omissão ou atuação negativa) e passa a ter o dever de atuar.” (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 119-120).

Esses direitos passam a fazer parte das Constituições, dentre elas a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, sendo que após a segunda guerra mundial ocorre a internacionalização dos direitos humanos, que passam a fazer parte da ordem interna dos Estados, na forma de direitos fundamentais. (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 119-120).

Segundo Piovesan (2010, p. 34), “não há direitos fundamentais sem que os direitos sociais sejam respeitados”, reconhecendo também que os direitos fundamentais, independentemente de sua geração ou dimensão, são indivisíveis. Por sua vez, Mastrodi e Rosmaninho, (2013, p. 119-120) consideram que “direitos civis, políticos e sociais são apenas dimensões de uma única realidade jurídica”.

Dessa forma, não há como separar os direitos fundamentais, uma vez que “o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade”. (PIOVESAN, 2010, p. 34).

Diante desse contexto, “a liberdade perde a sua função meramente negativa, típica do Estado Liberal, e passa a exigir ações positivas do Estado visando a real liberdade do Estado Social que é a liberdade do igual.” (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 120).

Essa também é a posição de Canotilho (2003, p. 480) ao ponderar que:

Existe uma relação indissociável entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos econômicos sociais e culturais pressupõem a “liberdade”, também os direitos, liberdades e garantias, estão ligados a referentes econômicos, sociais e culturais [...] A liberdade igual aponta para a liberdade real (art. 9º), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens econômicos, sociais e culturais. “Liberdade igual” significa não apenas a inviolabilidade do domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão, mas também à possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse? de um posto de trabalho.

Mas essa distinção entre os direitos sociais e de liberdade, no sentido de que aqueles demandariam custos e estes meramente abstenções, é criticada por Stephen Holmes e Cass R. Sustein (apud AMARAL, 2010, p. 38), que buscam “desfazer a distinção extremada entre direitos negativos e direitos positivos”.

Para Holmes e Sustein (1999, p. 44, 48), todos os direitos possuem custos, pois todos são positivos, de modo que essa não seria uma distinção entre direitos sociais e de liberdade. Dessa forma, conforme observam Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 121), tanto os direitos de primeira como de segunda geração são direitos fundamentais, representando, em verdade, cada uma das dimensões, uma evolução dos direitos, “uma expansão, acumulação e fortalecimento dos direitos fundamentais”.

Seguindo esse panorama, a Constituição Federal de 1988 introduziu no sistema jurídico brasileiro um extenso rol de Direitos Fundamentais, o qual assegura direitos previstos ao longo do texto constitucional, mas, principalmente, nos arts. 5º e 6º. Nesse sentido, Sarlet (1999, p. 198) ressalta que tais direitos estão protegidos tanto da ação do legislador ordinário como do “poder constituinte reformador”, em um rol conhecido como “cláusulas pétreas” (CF, art. 60, § 4º, IV).

2 O direito com previsão fundamental à moradia

O direito à moradia foi reconhecido como direito fundamental pela ordem jurídica brasileira, tendo sido incorporado ao texto constitucional pela Emenda 26/2000, passando a ter previsão art. 6º, *caput*, da Constituição Federal. Está ligado ao valor igualdade, portanto, direito de segunda geração ou dimensão.

Trata-se de um direito social, de cunho positivo prestacional, ou seja, “direitos do particular a obter algo através do Estado.” (CANOTILHO, 2003, p. 408). Conforme observa Canotilho (2004, p. 102), o direito à moradia, na verdade, é daquelas categorias de direitos que “implicam o dever de o estado fornecer as prestações correlativas aos objectos destes direitos”, os quais, segundo Jorge Reis Novais (2006, p. 189), estão vinculados “a disponibilidades financeiras do Estado”, mas que representam valores fundamentais que estão subtraídos à livre disposição do poder político.

Porém, ainda que seja um direito eminentemente de caráter prestacional, o direito à moradia também assume uma dimensão negativa, no sentido de que o Estado não pode ofender este direito. Pois, uma determinada norma jurídica, um determinado dispositivo constitucional “poderá conter mais de uma norma e, por sua vez, estas poderão assegurar posições jurídicas (direitos e deveres) de diversa natureza”, pelo que “o direito à moradia abrange um complexo de posições jurídicas”, inclusive assumindo condição negativa ou defensiva (SARLET, 2003, p. 11-12).

Dessa forma, conforme leciona Sarlet (2003, p. 12-13), 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)”. Para o autor, trata-se de “um complexo não homogêneo de posições jurídico-subjetivas fundamentais”.

No que concerne à dimensão defensiva do direito à moradia, tanto o Estado como os particulares, “têm o dever jurídico de respeitar e de não afetar a moradia das pessoas, de tal sorte que toda e qualquer medida violadora à moradia é passível de ser impugnada em Juízo” (SARLET, 2003, p. 16).

Por exigirem uma abstenção, os direitos de defesa “não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente” (SARLET, 2003, p. 16). Contudo, os direitos fundamentais de cunho prestacional, por exigirem um *facere*, uma atitude positiva do Estado, que implica em custos, constantemente têm sua eficácia e efetividade comprometidas, o que logo adiante se abordará.

O direito à moradia foi reconhecido pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A partir desse momento o direito à moradia passou a constar em documentos internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992 (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 122).

Esse direito está intimamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do Estado Democrático de Direito Brasileiro,² do qual decorre todo e qualquer direito fundamental e com ele se conecta. Sendo assim, há uma íntima conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais (SARLET, 2003, p. 203).

Neste sentido, sustenta Sarlet (2003, p. 202) que o direito à moradia possui íntima e indissociável vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana, “pelo menos no âmbito daquilo que se tem designado de um direito às condições materiais mínimas para uma existência digna”. Dessa forma, o direito à moradia se ajusta perfeitamente à frase conhecida de Hegel (*apud* SARLET, 2003, p. 202) quando diz que “a propriedade constitui o espaço de liberdade da pessoa”, pois que “sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e à sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, certamente a pessoa não terá assegurada sua dignidade”, assim como “não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, seu direito à vida”, estando “o direito à moradia incluído no elenco dos direitos de subsistência, expressão mínima do próprio direito à vida”.

Dignidade da pessoa humana é algo que pertence a cada um e a todos, não podendo ser perdido ou alienado, pois “deixando de existir não haveria mais limite a ser respeitado” (SARLET, 2006, p. 47). Em outras palavras,

[...] onde não houver respeito pela vida, integridade física ou moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos, estar-se-á diante da violação dessa dignidade (SARLET, 2006, p. 59).

Ainda em relação à dignidade da pessoa humana, Alexy (1986, p. 355), afirma que:

[...] esse princípio é tão indeterminado quanto o conceito de dignidade humana. Para além das fórmulas genéricas, como aquelas que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto, o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida. Sobre algumas dessas condições é possível haver consenso. A dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito.

Fazendo-se um exame do direito fundamental à moradia, é inegável que este possui uma singular conexão com a dignidade da pessoa humana e com seu correlato mínimo existencial, de modo que o Estado tem o dever não apenas de protegê-lo, mas também de promovê-lo. Assim é que, na opinião de Sarlet (2003,

² CF/88, “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

p. 10), ao se interpretar o conteúdo do direito à moradia, devem ser considerados “os parâmetros mínimos indispensáveis para uma vida saudável”, ou seja, “um completo bem-estar físico, mental e social”.

Nos termos do Comentário Geral n. 4 da Comissão da ONU para Direitos Econômicos Sociais e Culturais, para que se reconheça uma moradia ou habitação adequada, alguns aspectos devem estar presentes. Esses aspectos são:

- (i) a segurança da posse, devendo garantir-se a todas as pessoas uma proteção legal contra “despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças”;
- (ii) a disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infra-estrutura, de modo que todas as pessoas deveriam ter acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água apropriada para beber, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, facilidades sanitárias, meios de armazenamento de comida, depósitos dos resíduos de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência;
- (iii) custos financeiros acessíveis com o domicílio, de maneira que a obtenção e satisfação de outras necessidades não sejam ameaçadas ou comprometidas;
- (iv) a habitação deve ser adequada em termos de prover os habitantes com espaço adequado e protegê-los do frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e de doenças;
- (v) habitações adequadas devem ser acessíveis, sendo o lugar seguro para viver em paz e dignidade, em uma localização que permita acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escola, creches e outras facilidades, o que é válido para as grandes cidades e para a zona rural;
- (vi) o modo como a habitação é construída deve possibilitar apropriadamente a expressão da identidade e diversidade cultural da habitação (UNITED NATIONS, 1991).

Para o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, esse é o conteúdo de uma moradia adequada, opinião que também é partilhada por Sarlet (2003, p. 203-204).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe, no seu artigo XXV,³ sobre um padrão de vida adequado. Assim, tendo sido reconhecido esse direito e pelo fato de os “direitos humanos serem universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”, conforme Saule Junior (1997, p. 66), “[...] a pessoa humana somente terá um padrão de vida adequado se os direitos à alimentação, vestuário, moradia, saúde e seguridade forem assegurados e respeitados”.

³ DUDH, “1. Todo ser humano tem direito 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 os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle” (NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Saule Junior afirma que (1997, p. 67):

O direito à moradia está previsto na Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver (1976), Declaração sobre o Desenvolvimento (1986), na Agenda 21 (1992) e reconhecido como um direito humano, em especial na Agenda Habitat adotada pela conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos, Habitat II, realizada em Istambul em 1996.

Como se observa, em todos esses documentos está reconhecido o direito à moradia, mais especificamente, o direito a uma moradia adequada, o qual deve ser realizado progressivamente; de modo que o Brasil, ao reconhecer esse direito e internalizá-lo, assumiu o dever de promovê-lo.

Efetivar o direito à moradia progressivamente significa, nas palavras de Saule Junior (1997, p. 70), “que o Estado brasileiro tem que criar meios materiais indispensáveis para o exercício desse direito” adotando medidas de cunho financeiro, político, administrativo e legal, com o fim de promover uma política habitacional, constituindo um sistema nacional de habitação descentralizado, com a participação popular, revendo a legislação de modo a eliminar normas restritivas e discriminatórias sobre o direito à moradia e destinando recursos para promover uma política habitacional.

À vista disso, a Nova Agenda Urbana, Habitat III, realizada em Quito, de 17 a 20 de outubro de 2016, comprometeu-se a “promover políticas habitacionais nacionais, subnacionais, e locais para apoiar a concretização progressiva do direito à moradia adequada para todos como um componente do direito a um nível de vida adequado” (Habitat III, item 31); assim como a promover políticas que “incorporem a prestação de moradia adequada, econômica e fisicamente acessível, eficiente, segura, resiliente, bem conectada e bem localizada” (Habitat III, item 32). Também comprometeu-se a “estimular a oferta de variadas opções de moradia adequada” especialmente em favor daqueles considerados marginalizados e desabrigados (Habitat II, 33); de “promover o acesso equitativo e viável à infraestrutura física e social básica e sustentável para todos, sem discriminação, incluindo terra urbanizada, habitação, energia moderna e renovável, água potável e saneamento [...]” (Habitat III, 34); de promover a segurança da posse e desenvolver soluções adequadas aos fins a que se destinam (Habitat III, 35); bem como promover medidas que facilitem o acesso de pessoas deficientes a espaços públicos, transporte público, habitação, educação e saúde, dentre outras instalações e serviços (Habitat III, 36) (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Nota-se que a Nova Agenda Urbana preocupou-se com o direito à moradia adequada a todos, especialmente àqueles mais vulneráveis.

Contudo, para que o Estado concretize o direito à moradia adequada necessita de recursos materiais, pelo que, no próximo tópico, examinar-se-á a problemática envolvendo os custos dos direitos, escassez de recursos e a reserva do financeiramente possível, interligado com o direito fundamental à moradia adequada.

3 A efetividade do direito à moradia adequada em face do princípio da reserva do financeiramente possível

O grande desafio atual é a concretização e efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, pois os direitos fundamentais foram reconhecidos gradualmente, com o objetivo primordial de se alcançar a igualdade de todos. Mas, ainda que decorridos mais de 20 anos da existência da Constituição Federal, é atual e relevante o debate em torno da eficácia e efetividade dos direitos sociais.

Como bem lembra Bobbio (2004, p. 25), “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”. No caso específico do direito à moradia, melhor dizendo, do direito à uma moradia adequada, esse debate é bastante profícuo, eis que segundo grande parte da doutrina, o principal argumento contra os direitos sociais são justamente os custos desses direitos, que estariam condicionados à reserva do financeiramente possível.

Como refere Sarlet (2003, p. 200) “um dos principais argumentos contrários ao reconhecimento de direitos subjetivos a prestações sociais” se fundamenta “na dependência destes direitos da realidade sócio-econômica e, acima de tudo, da sempre limitada capacidade prestacional do Poder Público”.

Conforme já se consignou, o direito à moradia possui dupla função, ou seja, de direito de defesa e de direito a prestações, exigindo prestações tanto de cunho normativo, quanto material ou fático (SARLET, 2003, p. 2002). Mas, entretanto, o grande problema da eficácia e efetividade desse direito fundamental encontra-se na sua dimensão prestacional, positiva, não havendo maiores problemas em sua dimensão negativa.

Quanto a esse aspecto, Sarlet (2003, p. 205) busca esclarecer a questão a partir do seguinte exemplo:

Ninguém irá questionar seriamente (tomando apenas este aspecto para ilustrar o ponto) a impossibilidade de qualquer Juiz – uma vez presentes os pressupostos para tanto - deixar de conceder uma ordem de habeas corpus ou recusar-se a assegurar o direito à vida, propriedade e privacidade contra uma violação, pelo simples fato de não haver uma estrutura adequada disponível ou com base no argumento de que o Estado não dispõe de recursos suficientes para garantir estes direitos. Não são poucos os que, todavia, se voltam contra o reconhecimento, pelo Poder Judiciário e na ausência de lei, de direitos subjetivos a prestações materiais contra o Estado. Assim, sem que aqui se vá adentrar o mérito desta discussão, verifica-se, desde logo, que a distinção traçada entre direitos de defesa e direitos a prestações (em suma, entre uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais) segue tendo relevância prática.

A título de maior clareza, dentre outras questões que a concepção de Holmes e Sunstein colocam em relevo, não há como desconsiderar a circunstância de que a realização de todos os direitos fundamentais (isto é, a sua efetividade ou eficácia social), não se encontra na dependência apenas de uma decisão judicial, do reconhecimento de sua eficácia jurídica ou mesmo de sua condição defensiva ou pres-

tacional. Para além disso, tal entendimento demonstra inequivocamente a íntima e indissociável vinculação entre os diversos direitos fundamentais e que os direitos sociais, designadamente os de cunho prestacional, foram objeto de gradativo reconhecimento pela ordem jurídica justamente para viabilizar a implementação da igualdade e liberdade material (em suma, para assegurar a efetiva fruição das liberdades fundamentais e de uma vida com dignidade para todos), assumindo a feição – tal qual consignou Jorge Miranda – de direitos à libertação da opressão social e da necessidade.

Com efeito, não se encontra maiores dificuldades na efetivação e concretização dos direitos de liberdade, ainda que inegavelmente esses também possuam custos e exijam prestações estatais. Todavia, quando se trata de tornar efetivo um direito social é necessário não apenas o seu reconhecimento normativo, como também a existência prévia de recursos disponíveis, esses bastante escassos.

Em uma situação de escassez, escolhas alocativas devem ser feitas.

Conforme Amaral (2010, p. 73), “há prestações fundadas em direitos fundamentais cuja satisfação demanda a disponibilidade de meios materiais. Como esses meios são finitos, surge a questão da escassez.” Por sua vez, Novais (2010, p. 89) explica que o que define os direitos sociais é o fato de exigirem do Estado uma prestação fática “que consiste numa subvenção financeira [...] ou tem custos financeiros directos”.

Refere Novais (2010, p. 89-90) que:

Numa escassez moderada de recursos (Rawls) de que o Estado pode dispor, há sempre esse condicionamento inevitável: a obrigação jurídica que recai sobre os poderes públicos por força do reconhecimento de um direito social é um dever jurídico facticamente dependente do respectivo custo, pelo que a exigibilidade judicial deste direito fica intrinsecamente condicionada a que o Estado pode fornecer em função das suas disponibilidades económicas, de acordo com a máxima *ultra posse nemo obligatur*.

Então os direitos sociais, que possuem custos, estão condicionados ao que se convencionou chamar de reserva do possível. A reserva do possível, segundo Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 128), limita o poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais à prestação.

Segundo a teoria da reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada à prévia existência de recursos materiais por parte do ente estatal, bem como estariam na dependência do orçamento público (MASTRONDI; ROSMANINHO, 2013, p. 129).

Novais (2010, p. 91, 103) sustenta que sendo os direitos sociais bens escassos e custosos, a reserva do financeiramente possível, então, afetaria intrinsecamente esses direitos, sendo ela uma “limitação imanente” dos direitos sociais.

Corroborando esse entendimento, Galdino (2005, p. 155, 158-159) aduz que “os limitados recursos e bens existentes são insuficientes para satisfazer as ilimitadas necessidades humanas”. Decorre disso que “havendo escassez de bens [...] surge o conflito” e esse conflito quanto à alocação de recursos, segundo o prisma do jurista, deve ser resolvido por meio da ponderação, pois que há coli-

são de direitos. Já pelo prisma do político, esse problema é uma questão de opção, uma verdadeira escolha trágica. Para o autor, a “escassez de recursos econômicos e financeiros públicos impede a realização de todos os objetivos sociais”, de modo que a realização de alguns desses objetivos acaba por sacrificar outros.

No mesmo sentido é a lição de Novais (2010, p. 91), quando afirma que em situações normais típicas do Estado social a escassez não é absoluta, mas moderada, de maneira que “a reserva do possível implica, uma definição de prioridades, implica escolhas e opções políticas [...]”. Ou seja, nesse caso “há sempre dinheiro ou algum dinheiro para realizar a prestação controversa, mas que há várias possibilidades de escolhas a que se afectam os recursos disponíveis [...]”.

Escassez significa que algo é insuficiente. Conforme Elster (1992, p. 21-22), falar-se em escassez significa que não há o suficiente para atender a todos. Mas, ainda que assim seja, o Estado tem o dever de tornar efetivo os direitos fundamentais, dentre eles, o direito à moradia, adotando medidas de cunho político e prestacional para progressivamente concretizá-lo. E é a isso que o Brasil se comprometeu internacionalmente.

Conforme muito bem analisado por Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 131), “a grande falácia da reserva do possível consiste em se afirmar que o orçamento público é o limite para cumprimento das demandas sociais”. Para os autores o limite resta determinado pelas condições materiais da sociedade, ou seja, pela capacidade de produção e riqueza, de maneira que o orçamento público tem a ver com decisões políticas alocativas, com o que deve ser feito com aquilo que foi arrecadado.

E Sarlet (2003, p. 210) não destoa, afirmando que considerando que o direito à moradia tem dupla função, ora negativa, ora positiva, para se entender o “complexo de posições jurídicas vinculadas” a esse direito, deve-se observar uma perspectiva internacional. Neste aspecto, “as normas jurídicas internacionais [...] possuem vinculatividade [...] no direito interno”, de modo que apresentam um “referencial para a interpretação e concretização do direito (melhor seria falar dos direitos) à moradia no plano nacional”.

Assim é que, para Sarlet (2003, p. 210), em consonância com o art. 2.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, os Estados signatários do Pacto devem não apenas reconhecer, respeitar e proteger o direito à moradia, mas estariam obrigados a “implementar medidas, utilizando-se do máximo dos recursos disponíveis, com o intento de alcançar de modo progressivo a plena realização dos direitos reconhecidos no Pacto”; usando os meios necessários e adequados, sejam de ordem legislativa, os quais não esgotariam as obrigações dos entes estatais; como também adotando “políticas

concretas e a fixação de prioridades, a partir da relevância dos diversos direitos fundamentais sociais”. Mesmo que a exigência seja de uma implantação gradativa ou progressiva, porque “inexigível uma solução imediata para o problema da efetivação dos direitos sociais”, os Estados devem destinar “recursos materiais pelo menos para a sua realização num patamar mínimo”.

Por sua vez, Leal (2000, p. 206) sustenta que com a nova ordem constitucional estabelecida, o Poder Judiciário “pode contribuir, diretamente, para o êxito ou fracasso das dificuldades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Democrático de Direito”, tornando-se “responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social”.

Então, o Judiciário, se provocado a atuar em situações de violação dos direitos fundamentais sociais, teria por dever constitucional determinar a realocação de recursos de rubrica orçamentária sem relevância constitucional, como por exemplo, propaganda de governo, para integrar o recurso necessário à promoção de políticas de moradia (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 131).

Ora, conforme observam Mastrodi e Rosmaninho (2013, p. 132):

[...] se a reserva do possível tem natureza econômica, pois vinculada à escassez de condições materiais para realização de um direito social, a falta de concretização de um direito fundamental social somente poderia ser escusada em caso de ausência de condições materiais, e não porque se decidiu, politicamente, à revelia da ordem constitucional, que uma ou outra política de promoção de direitos não receberia recursos em quantidade adequada.

Ainda, Andreas Krell (2002, p. 102) advoga que “não podemos admitir que os Direitos Fundamentais tornem-se, pela inércia do legislador, ou pela insuficiência momentânea de fundos estatais, ‘substrato de sonho, letra morta, pretensão perenemente irrealizada [...]’.”

Considerando que a escassez de recursos impõe escolhas, por vezes “trágicas”, essas escolhas não podem ser contrárias ao que já fora decidido pelo constituinte. Sendo a moradia adequada um direito fundamental reconhecido pela Carta Maior, o legislador e o administrador devem cumprir o comando constitucional, de maneira que a omissão legislativa e administrativa deve ser questionada judicialmente, para o fim de efetivar o direito fundamental violado, inclusive determinando, o Poder Judiciário, a “prestação estatal necessária à concretização do direito” (MASTRODI; ROSMANINHO, 2013, p. 132).

Portanto, ainda que o direito à moradia importe em alocação de recursos específicos e na tomada de “escolhas trágicas” pelo legislador ou pelo administrador, deve ele ser promovido e implementado, pois que inegavelmente diz respeito a um bem essencial, vital ao ser humano, condizente e intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, que tem o direito de gozar de bem-estar, sem que esse valor se torne mera retórica, letra morta, de uma Constituição morta-viva.

4 Considerações finais

Este estudo abordou, num primeiro momento, os direitos fundamentais, suas características e conceito, além das dimensões ou gerações de direitos. Também examinou a distinção entre direitos positivos e negativos.

Após, analisou-se o direito fundamental à moradia, de segunda dimensão, os quais exigem prestações positivas do Estado, suas características e conteúdo, bem como a sua previsão e normatização em instrumentos jurídicos internacionais. Considerando tratar-se de um direito custoso, examinou-se a problemática da sua eficácia e efetividade num mundo globalizado, para se chegar ao exame do chamado princípio da reserva do financeiramente possível.

Passados quase trinta anos da vigência da Constituição Federal Brasileira, constatou-se que muitos direitos fundamentais sociais, especialmente o direito fundamental à moradia adequada, ainda estão na dependência de implementação e concretização por parte do Estado. Em vista disso, ainda que se considere a relevância do orçamento público e não deixando de lembrar que os recursos são insuficientes para atender a todos, não há como deixar de reconhecer a judiciabilidade dos direitos sociais, mormente do direito à moradia adequada, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Em suma, chega-se a conclusão de que havendo omissão estatal ou mesmo violação desse direito tão essencial para viver com dignidade, o Estado-Juiz deve ser convocado a torná-lo efetivo, não deixando nossa Constituição Brasileira tornar-se letra morta.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 1986.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitucao.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

- ELSTER, Jon. *Local Justice*. New York: Russel Sage Foundation, 1992.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos Custos dos Direitos*: Diretos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: why liberty depends of taxes*. New York, London: W.W. Norton & Company, 1999.
- KRELL, Andréas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MASTRODI, Josué; ROSMANINHO, Mariane Dantas. O Direito Fundamental à Moradia e a existência efetiva da Reserva do Possível. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, jul./dez., 2013, p. 113-134.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembléia Geral das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- NAÇÕES UNIDAS. *Nova Agenda Urbana: Habitat III. Declaração de Quito sobre cidades e assentamentos humanos sustentáveis para todos*. Quito, 17 a 20 de outubro de 2016. Disponível em: <<http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Angola.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, abr./jun., 2003, p. 193-244.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 30, abr./Jun. 1999, p. 97-124.
- SAULE JUNIOR, Nelson. O Direito à Moradia como responsabilidade do Estado Brasileiro. *Caderno de Pesquisa do CEBRAP – Centro Brasileiro de Análises e Planejamento*, São Paulo, n. 7, maio 1997, p. 65-80.
- UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). *General Comment n° 4: The Right to Adequate Housing (Art. 11 (1) of the Covenant)*. 13 December 1991. E/1992/23. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/47a7079a1.html>>. Acesso em: 29 jun. 2017.