

ENQUADRAMENTO DOGMÁTICO DO DIREITO SOCIAL À MORADIA: PERSPECTIVA CRÍTICA



GUILHERME MASSAÚ

Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPel; trabalho com o fomento do Edital FAPERGS 07/2021 – Programa Pesquisador Gaúcho PqG. — uassam@gmail.com

MARTA ÁVILA

Professora da Faculdade de Direito da UFPel; Doutora em Fundamentos da Experiência Jurídica pela UFRGS; Mestre em Direito do Estado pela UFRGS; Especialista em Direito do Estado pela UFRGS; Pós-graduada em Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade de Buenos Aires; Bacharel em Direito pela UCPel. Autora, coautora e organizadora de livros sobre variados temas de Direito Público. — [mmaavila@gmail.com](mailto:mmavila@gmail.com)

Sumário: 1. Introdução — 2. Locus constitucional — 3. Conteúdo — 4. Eficácia normativa — 5. Efetividade — 6. Restrições — 7. Realidade — 8. Conclusão — Referências.



1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental social à moradia possui características próprias, demandando do Estado social uma prestação, por conseguinte, a efetivação do direito à moradia acarreta custos econômicos e implicações políticas. O texto que se apresenta tem como objetivo delimitar dogmaticamente – e, após, estabelecer uma crítica – como o acesso à moradia deve, juridicamente, ser efetivado. Isso se prende ao fato de nem todos os direitos sociais serem aplicados da mesma forma, ou seja, embora o Art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB elenque vários direitos sociais, alguns são expressos por normas de eficácia plena e outros por normas de eficácia contida. No caso do direito à moradia, verifica-se o exemplo de norma de eficácia contida, pela característica do texto normativo da CRFB e pela ausência de especificação na própria CRFB, como no caso do direito à saúde.

O percurso escolhido para análise do objeto é, no primeiro momento, situá-lo, em termos de texto constitucional, de forma sistemática. Visa-se demonstrar conexões normativas do dispositivo que contém o direito à moradia com outros dispositivos constitucionais. Na sequência, traça-se o conteúdo do direito à moradia, pois sem isso se torna inviável saber de que modo a norma dispondo do direito à moradia poderá ser concretizada, ou seja, em que consiste o mencionado direito. Com base nas delimitações do conteúdo de tal direito é possível, com maior clareza, analisar sua eficácia normativa, já que se estará diante do que a norma exige de prestação do Estado social.

Em decorrência e como desdobramento da eficácia, é preciso abordar sua efetividade. Justamente, o momento crítico em que a previsão normativa torna-se fato e o direito concretiza-se na realidade fática. Para isso, é mister levar em consideração dois pressupostos essenciais: o princípio da legalidade administrativa e o princípio da reserva do possível. O primeiro condiz com as condições jurídicas de ação do Estado (administração), pois o direito à moradia pressupõe, em regra, a prestação por parte da administração pública. O administrador não deve agir na ausência do

suporte fático referente à prestação que deve realizar. A reserva do possível refere-se à capacidade financeira do administrador para concretizar o direito à moradia, o qual terá que destinar recursos financeiros para atender as demandas decorrentes da necessidade de concretização desse direito. Contudo, o administrador tem que lidar com limites financeiros em face da demanda e em face de outras necessidades que o Estado deve suprir.

Destaca-se que o direito social à moradia se perfaz na ação subsidiária do Estado social. Ao levar em consideração o princípio da subsidiariedade, pode-se compreender para quem e como o Estado volta suas prestações em relação a esse direito social.

2. **LOCUS CONSTITUCIONAL**

Esse tópico tem como objetivo situar o direito social à moradia dentro dos parâmetros técnico-jurídicos. Ao realizar tal escopo, se terá, em determinada medida, definido os elementos jurídicos (formais e materiais) que possibilitam a efetivação do direito à moradia (MASSAÚ; CRUZ, 2017). Ressalta-se, contudo, que a efetivação de um direito requer viabilidade jurídica e condições de fato (políticas, sociais e econômicas). Pretende-se, pois, traçar, nesse tópico, a viabilidade jurídica do direito social à moradia.

O direito à moradia encontra-se, no texto normativo, no Art. 6º da CRFB, que explicita uma série de direitos sociais. Sendo ele direito social, é direito fundamental, tanto que se encontra no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) e no Capítulo II (Dos Direitos Sociais) da CRFB. O direito social à moradia não advém do texto original da Constituição, tendo sido nela inserido pela Emenda Constitucional (EC) nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, sendo o primeiro dos direitos sociais que vieram a ser incluídos na listagem original, na qual constavam educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados^[1].

¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18.02.2021.



Na sequência, foram também reconhecidos como direitos sociais, já que foram expressamente previstos no rol do artigo 6º, a alimentação (EC nº 64, de 2010^[2]) e o transporte (EC nº 90, de 2015^[3]). Recentemente foi acrescentado o direito social à *renda básica familiar* às pessoas em vulnerabilidade social, parágrafo único do artigo 6º (EC nº 114, de 2021).

Além da previsão no texto constitucional, o direito à moradia consta em declarações e pactos internacionais como no “Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. No entanto, segundo Valéria Zanette

O direito à habitação nunca foi interpretado no direito internacional como obrigação do Estado de fornecer habitação, gratuitamente, para todos que solicitassem. Preferivelmente, dentro do direito internacional, quando um Estado aceita a obrigação decorrente do direito à habitação, este concorda em empenhar-se que, dentro de todas as possibilidades a seu alcance, assegurará que todos tenham oportunidades de acesso à habitação adequada, garantindo dessa forma, o bem estar e a segurança de todos os seus habitantes. (ZANETTE, 2014, p. 73)

Apesar de a CRFB de 1988 não reconhecer de pronto o direito à moradia como um direito fundamental, ela previu, desde sua redação original, atribuições referentes à moradia e/ou à habitação dos cidadãos, ao estabelecer o recorte de competências dos entes da Federação.

Na parte correspondente à organização do Estado, a CRFB estabelece como competência da União, de acordo com a redação do artigo 21, inciso XX, “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive

² Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1. Acesso em: 18.02.2021.

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm Acesso em: 18.02.2021.

habitação, saneamento básico e transportes urbanos;”^[4] e como competência comum da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, em consonância com o artigo 23, inciso IX “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;”^[5].

Pela interpretação dos trechos colacionados dos artigos 21 e 23, compete à União determinar os parâmetros regulatórios no que se refere à ordenação do território das cidades, estipulando balizadores para o desenvolvimento das zonas urbanas dos municípios, preocupando-se com as questões correspondentes à habitação, ao saneamento básico e ao transporte de passageiros. Interpreta-se que o artigo 21, inciso XX, não tem relação direta com o direito à moradia, mas com o planejamento (ALMEIDA, 2010, p. 73), com a ordenação da zona urbana dos municípios. O artigo 23, que versa sobre a competência de execução de políticas públicas de forma compartilhada entre os componentes do Estado Federal, trata especificamente da obrigatoriedade de o poder público, como um todo, desenvolver programas para atender à população, no sentido de oferecer-lhe casas e desenvolver melhorias nas moradias existentes, a fim de aprimorar a qualidade da habitação e do saneamento básico.

Ressalta-se que, pela previsão estabelecida no artigo 23, não há predefinida a prioridade de ação de um dos entes da Federação frente aos demais^[6], ou seja, deve haver soma de esforços, deve haver parceria entre União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, tanto para a construção de moradias quanto para a melhoria das existentes. Almeida ressalta que, na execução de programas com base no artigo 23, inciso IX, haverá a necessária observância, pelos entes da Federação, das normas

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19.02.2021.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19.02.2021.

⁶ Nesse sentido, Almeida afirma: “Convocam-se, portanto, todos os entes federados para uma ação conjunta e permanente. São eles, por assim dizer, chamados à responsabilidade diante de obrigações que cabem a todos.” (ALMEIDA, 2010, p. 113).



gerais estabelecidas pela União, tendo em vista a competência do artigo 21, inciso XX (ALMEIDA, 2010, p. 116).

Percebe-se que, apesar de a CRFB de 1988 não ter conferido à moradia o *status* de direito fundamental social, quando de sua entrada em vigor, tal tema está dentre as ações a serem realizadas pelo poder público desde a redação original do texto constitucional vigente. Tais ações devem ser desenvolvidas através da soma de esforços entre os entes da Federação, já que não é obrigação apenas e tão somente de um deles, como seria o caso se a competência fosse privativa da União, dos Estados-membros ou dos Municípios (ALMEIDA, 2010, p. 62-64).

Ocorre que se, em âmbito nacional, tal direito não estava entre as prioridades de ação por parte do Estado, em âmbito internacional ele já estava entre aqueles considerados de suma importância para o sujeito de direitos, podendo-se afirmar ser ele reconhecido como um direito humano desde a Declaração Universal de Direitos Humanos, a qual prevê, em seu artigo 25, o alojamento como um dos aspectos que viabilizam um nível de vida suficiente.

Artigo 25º

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma protecção social.^[7]

⁷ Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 6.08.2021.

Em termos de geografia constitucional, o direito à moradia atrela-se ao princípio fundamental da dignidade humana (Art. 1º, III) e a objetivos fundamentais – erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, III e IV). Tal direito contempla a orientação valorativa e a dimensão material (ENDERS, 2005, p. 29) da dignidade humana na medida em que incide sobre o aspecto privado do ser humano. As condições de construção da intimidade, como relações de amizade e familiares, e da personalidade só ocorrem na intimidade de uma moradia com condições dignas (SARLET, 2011, p. 45). Zanette (2014, p. 72) apresenta tal direito como um dos desejos mais antigos do ser humano e como a primeira grande conquista do mundo pessoal – a casa, a moradia, o lar.

Acrescenta-se ao rol de direitos a vinculação do direito à moradia ao da saúde (Art. 196, *caput*, *in fine*, da CRFB), ao da proteção à maternidade e à infância (Art. 227 da CRFB), à intimidade e à privacidade (Art. 5º, X, da CRFB). A moradia correlaciona-se, *e.g.*, à proteção atribuída constitucionalmente à morada como *asilo inviolável do homem* (Art. 5º, XI, da CRFB) e ao direito à propriedade (Art. 5º, XXII, da CRFB).

O direito social à moradia vincula Estado e sociedade civil para desenvolverem atividades norteadas à efetivação desse direito. Por conseguinte, incidem, nesse caso, a reserva do possível e o mínimo existencial, conforme o princípio da igualdade material, no sentido de reduzir as desigualdades existentes. Nesse talante, o direito à moradia não é de acesso universal, pois há pessoas que possuem sua moradia ou o acesso a ela. Por isso, é preciso haver integração simétrica entre a norma constitucional e a infraconstitucional (SCHÄFER, 2018, p. 84-85), sob o viés do princípio da subsidiariedade, o qual estabelece o acesso ao direito em estudo.



3. CONTEÚDO

Para trabalhar propriamente o conteúdo do direito à moradia, registra-se, primeiro, que os direitos fundamentais têm diversas formas de classificação. Aqui são mencionadas duas: as que observam os direitos fundamentais tendo em vista o momento de seu surgimento e as que classificam os direitos fundamentais em razão do papel atribuído ao Estado para sua efetivação.

No que se refere ao momento histórico de seu surgimento, os direitos fundamentais, nesse contexto, são classificados como de primeira, segunda, terceira e quarta gerações (BONAVIDES, 2012, p. 578-613). Consideram-se como direitos de primeira geração aqueles que foram declarados pelo Estado, por serem preexistentes à sua formalização por este mesmo Estado. Denominados direitos civis e políticos, eles têm como principal inimigo o próprio Estado, tendo como objetivo a garantia da liberdade do indivíduo, no primeiro momento, frente ao próprio Estado, e da igualdade formal, ou seja, a submissão de todos, inclusive do Estado, à mesma lei. Os direitos de segunda geração, designados direitos econômico-sociais, surgiram na pós Revolução Industrial. Eles têm como principal objetivo minimizar as diferenças econômico-financeiras entre as pessoas, geradas pela acumulação de riquezas e provocadas pela alteração nas relações econômicas, portanto visam obter a igualdade material entre os particulares (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Outra forma de caracterizar os direitos fundamentais por sua espécie é levar em consideração o papel do Estado para viabilizar sua obtenção. Os direitos-liberdades são aqueles nos quais o Estado prioritariamente se abstém de agir, a fim de viabilizar a liberdade de ação dos sujeitos. Diferentemente, os direitos sociais são aqueles que correspondem ao poder de exigir a atuação do Estado, eles dependem da ação do Estado, da prestação de serviços públicos para que se tornem realidade (FERREIRA FILHO, 2012, p. 68). Portanto, alguns direitos fundamentais – os direitos-liberdades – têm como ‘inimigo número um’ o Estado (FERREIRA

FILHO, 2012, p. 47–48), outros – os direitos sociais – têm no Estado ‘seu melhor amigo’ (FERREIRA FILHO, 2012, p. 68).

O texto constitucional não apresenta elementos através dos quais se possa considerar explícito o conteúdo do direito à moradia^[8]. Desta forma, apresenta-se, pois, a previsão da legislação de direito internacional, por ter sido nela primeiro regulamentado e, posteriormente, as manifestações da doutrina brasileira.

No que se refere à regulamentação de direito internacional, menciona-se aquela adotada pelo Brasil: o “Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, recepcionado pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992^[9].

O artigo 11 desse compromisso assumido pelo Brasil, em âmbito internacional, no início da década de 90, contém a seguinte previsão:

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

Há, na doutrina brasileira, manifestações que aproximam o direito à moradia do direito à vida e da inviolabilidade da casa (CUNHA, 1995, p. 49), ambos previstos no artigo 5º, respectivamente no *caput* e no inciso XI, estando também atrelado ao direito à saúde (Art. 6º c/c Art. 3º Lei n. 8080/90) Por conseguinte, o direito à moradia é um direito fundamental

⁸ Nesse mesmo sentido, SARLET (2018, p. 579).

⁹ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm Acesso em: 7.08.2021.



social, contudo compõe outros direitos fundamentais. De fato, interpreta-se que, de uma forma ou de outra, os direitos fundamentais relacionam-se entre si, já que versam sobre questões elementares ao sujeito de direitos. Destaca-se, no entanto, que cada um dos direitos tem seu próprio conteúdo e seu próprio conceito. Por conseguinte, torna-se muito importante delimitar seu conteúdo nos termos que seguem:

Direito à moradia é o direito de todo ser humano buscar pelos próprios meios, de não ser arbitrariamente privado ou mesmo de exigir medidas e prestações estatais no auxílio de obter para si e sua família, uma habitação com dimensões adequadas, que garanta aos seus moradores a privacidade e tranquilidade, com acesso ao trabalho, escola e lazer, assim como aos equipamentos comunitários e urbanos, ao transporte e demais serviços públicos cujo objetivo é garantir o atendimento às necessidades da população, mediante uma gestão democrática e o desenvolvimento sustentável. (ZANETTE, 2014, p. 75)

Sarlet (2018, p. 580) explica que o direito à moradia, assim como os demais direitos fundamentais, “abrange um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas”. Ele apresenta como de natureza negativa o direito de defesa como uma garantia para que a pessoa mantenha sua moradia frente a ato do Estado ou de outro particular e exemplifica o instituto do bem de família. Como de natureza positiva apresenta o direito a prestações do Estado e menciona o Estatuto da Cidade (vide: Art. 4º, V, h, da Lei n. 10.257/2001).

Se, para a efetivação de qualquer direito fundamental, há necessidade da atenção por parte do Estado, em se tratando de direito social, impõe-se o desenvolvimento de políticas públicas, exige-se a ação do Estado para que tal direito torne-se realidade. Pode-se atribuir à obrigatoriedade de o Estado dar prioridade ao direito à moradia e ter a obrigação prevalente de desenvolver projetos para obter sua efetivação a razão de o Estado brasileiro evidenciar esse lapso temporal entre o compromisso assumido em

âmbito internacional, inclusive através da legislação infraconstitucional, e o reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental^[10].

Em suma, o direito à moradia é um direito social que depende da ação do Estado para a sua efetivação à uma parcela da população e não ao todo. No entanto, tal direito tem, também, um viés de direito-liberdade – que não é o foco do presente estudo – na medida em que exige deste mesmo Estado, e do restante dos integrantes da sociedade, o respeito à moradia ao garantir à privacidade da casa como asilo inviolável.

4. EFICÁCIA NORMATIVA

No que tange à eficácia normativa, adota-se a classificação de alta e de baixa densidade normativa, pois todas as normas constitucionais possuem aptidão para gerar efeitos. Existem, no entanto, normas que geram efeito imediato e outras que, para gerar efeitos em sua plenitude, dependem de norma concretizadora por parte do legislador ordinário. Há, portanto, graduação de eficácia das normas (SARLET (A), 2018, p. 259).

O conteúdo do dispositivo normativo é elemento fundamental para determinar sua aplicabilidade e eficácia. Há normas de alta densidade normativa, que se encontram aptas a gerar efeitos essenciais sem complementação do legislador ordinário. Há normas de baixa densidade normativa, que não estão aptas a serem aplicadas de forma direta, não gerando efeitos sem a *interpositivo legislatoris*. Contudo, essas últimas normas constitucionais possuem normatividade mínima, tendo determinado grau de eficácia jurídica (SARLET (A), 2018, p. 260-261).

O conteúdo do Art. 6º da CRFB conduz a considerá-lo dispositivo constitucional de baixa densidade normativa, na medida em que, no presente caso, o direito à moradia encontra-se em um *suporte fático*

¹⁰ SARLET (2018, p. 579) afirma que esse lapso de doze anos é atribuído, em parte, às resistências do Brasil em relação a aspectos referentes ao direito à moradia regulados em âmbito internacional. O autor não exemplifica os temas de divergência nem os instrumentos jurídicos de direito internacional que causariam tal divergência.



que consiste em declará-lo como direito social^[11]. Tem-se, de tal modo, a previsão do direito à moradia, mas o dispositivo normativo não possui aplicabilidade nem eficácia direta a ponto de se poder estabelecer a quem e como se dará o acesso ao direito social à moradia. Para isso, é requerida a atividade do legislador infraconstitucional, a fim de definir para quem, como e quando incidirá o suporte fático constitucional. Cita-se, exemplificativamente, que a Lei nº 11.888/2008, para dar eficácia ao direito à moradia, assegura às famílias de baixa renda assistência técnica, pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social.^[12]

5. EFETIVIDADE

A questão da eficácia normativa deságua na efetividade do direito. Os direitos fundamentais de segunda dimensão constituem-se em direitos econômicos, sociais e culturais. Em relação a eles, o Estado assume, em grande parte, uma postura ativa, prestacional e, em consequência, deve promover a satisfação de pretensões dos cidadãos. Trata-se de uma liberdade mediante o Estado (SCHÄFER, 2018, p. 55-56, 73). A questão que surge é: quais pretensões devem ser satisfeitas pelo Estado e em que âmbito (total ou parcial)? Deve-se, pois, situar a problemática em qual conduta obrigatória ao Estado para a efetivação do resultado estabelecido na norma (SCHÄFER, 2018, p. 79).

A efetividade deste direito fundamental social leva em consideração, na realização do acesso à moradia, as condições de realização deste mesmo direito. Basicamente, elas condizem em saber se a aquisição da propriedade é fundamental ou/e se a garantia de um espaço vital de moradia é suficiente para a efetivação de tal direito. Daí advém a questão de situar quem é titular do direito. Salienta-se que são titulares desse direito as pessoas que

¹¹ “Art. 6º. São direitos sociais... a moradia...”

¹² BRASIL. Lei nº 11.888, de 24 de dezembro de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11888.htm. Acesso em 02.07.2021.

não possuem condições de acesso à moradia. O direito à moradia não é, portanto, de acesso universal, no sentido de abranger a todos, ele requer distinções legalmente estabelecidas.

Os direitos sociais apresentam características diversas, apesar de terem um núcleo comum e de dependerem, em maior ou menor medida, da ação e/ou prestação do Estado para sua efetivação.

Zanette explicita, sob o aspecto do direito internacional, que os direitos sociais exigem, por parte do Estado, ações tanto de natureza positiva quanto de natureza negativa. Com base na classificação de Geraldo Pisarello, ela também refere as obrigações legais por parte do Estado com relação ao direito à habitação: “obrigações específicas de cumprimento imediato e as obrigações genéricas que envolvem reconhecer, respeitar, proteger e satisfazer, sendo que esta incorpora tanto uma obrigação de facilitar quanto de prover.” (ZANETTE, 2014, p. 81)

Com relação à explicitação de Zanette, faz-se uma ressalva. Os direitos sociais exigem, de fato, ações positivas por parte do Estado, que é o titular do dever subjetivo por excelência, no entanto, entre os direitos sociais, não há igual prioridade de ação por parte do Estado.

Na linha do pensamento de Zanette, afirma-se que a obrigação do Estado com relação ao direito social à moradia envolve condutas omissivas e comissivas. Dois parâmetros norteadores, ou melhor, dois pressupostos impõem-se no condizente à efetividade: a subsidiariedade^[13] e a legalidade administrativa.

Primeiro, o Estado precisa identificar a necessidade por parte do sujeito de direito subjetivo. Deve-se interpretar que só será sujeito ativo da ação do Estado, no que se refere ao direito à moradia, aquele indivíduo que não tenha conseguido, por meios próprios, obtê-la. Aqui entra o princípio da subsidiariedade com seus dois vieses: o negativo e o positivo.

¹³ Diversas são as considerações e as referências que se pode adotar com relação ao princípio da subsidiariedade, desde encíclicas papais, tratados internacionais, trabalhos doutrinários. Dentre os últimos refere-se: MEDINA (2002); SOUZA (2010). E, em: TORRES (2001).



Ao termo subsidiariedade pode-se atribuir diversos significados. De acordo com Paulo Fernando Mohn e Souza (2010, p. 33): “os significados do termo subsidiariedade podem ser buscados nas diversas acepções do termo subsidiário, que, na linguagem corrente, veicula os sentidos de secundário, complementar ou supletivo.”

O princípio da subsidiariedade pode ser trabalhado sob duas perspectivas: uma na relação do Estado com o indivíduo ou a sociedade; outra, na relação das partes do próprio Estado, ou seja, para identificar a prioridade de ação dentro da organização do poder público (SOUZA, 2010, p. 60). O foco aqui é a relação do Estado como um meio de organização da dinâmica social, já que será apresentado o princípio da subsidiariedade na relação do Estado com o particular, com o intuito de identificar o momento de o Estado agir e quem é o sujeito de direito à moradia em se tratando do particular.

Na dinâmica de aplicação do princípio da subsidiariedade, ele se manifesta sob dois aspectos: um de dimensão negativa e outro de dimensão positiva. Nas palavras de Paulo Fernando Mohn e Souza (2010, p. 48):

- a) negativa, de limite à intervenção, pelo qual a autoridade ou coletividade mais ampla não pode impedir as pessoas e agrupamentos menores de conduzir suas próprias ações, assim como deve abster-se de agir nos domínios em que a instância inferior tenha capacidade suficiente para atuar; e
- b) positiva, de justificativa de intervenção, pela qual a autoridade ou comunidade superior tem o dever de agir em prol do bem comum, por meio de estímulo, apoio ou suplementação das ações de instância inferior, que se mostrou insuficiente.

No primeiro momento, o Estado não é sujeito passivo do direito à moradia dos indivíduos como um todo. O Estado não age. Ele deve deixar espaço para que o indivíduo busque alternativas para realizar seu direito à moradia. Portanto, no que se refere a este direito, na relação entre Estado e indivíduo, inicialmente, o Estado abstém-se e permite que o indivíduo

providencie os meios para obter sua moradia, configurando-se assim o viés negativo do princípio da subsidiariedade.

No segundo momento, uma vez identificada a dificuldade ou a impossibilidade de o indivíduo, com seus próprios meios, viabilizar sua moradia, o Estado oferece-lhe mecanismos facilitadores para a realização do direito à moradia, tais como programas de financiamento habitacional e permissão de utilização do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para a aquisição de imóvel para fins de moradia.

Diante da impossibilidade de o indivíduo ser auxiliado na efetivação de seu direito à moradia, o Estado deve oferecer-lhe instrumentos para garantir-lhe condições de vida digna, seja pela concessão de uso de imóvel para fins de moradia, seja por meio do aluguel social, seja através de doação de imóvel para fins de moradia. Nessas duas formas de agir – quer auxiliando o indivíduo na obtenção da moradia, quer providenciando-lhe a moradia – o Estado realiza o viés positivo do princípio da subsidiariedade.

No terceiro momento, o Estado substitui o indivíduo, assumindo, em maior escala, o viés positivo do princípio da subsidiariedade, concedendo, agora sim, ao sujeito de direito a moradia.

Em síntese, para a efetividade do direito social à moradia observam-se a inércia do Estado frente aos indivíduos que conseguem obtê-la e, posteriormente, a obrigatoriedade de ação do Estado diante da impossibilidade de o indivíduo realizar tal direito por seus próprios meios. Há, no entanto, outro importante aspecto para a efetividade do direito à moradia.

O segundo pressuposto da atuação do Estado frente ao direito à moradia é a lei. O estado de direito impõe a observância à lei por todo e qualquer integrante desta organização. O estado de direito apresenta, seguindo a metodologia de abordagem de Almiro do Couto e Silva (2015, p. 19), sob o aspecto formal, como um de seus componentes a legalidade administrativa. No entanto, a legalidade que deve ser observada pelo Estado tem um *plus* em relação à legalidade a que está submetida a iniciativa privada como um todo. A legalidade administrativa e o princípio dela



decorrente, previstos no artigo 37 da Constituição da República, estabelecem um limitador de toda e qualquer atuação do poder público.

A legalidade administrativa, também denominada legalidade conformidade (EISENMANN, 1959), condiciona a ação do Estado à existência de lei, e mais, o desenvolvimento das atividades nos limites por esta estabelecidos. A ação do Estado “[...] postula a existência da regulamentação-modelo como condição necessária para cada ato; a ausência de regulamentação impede a *priori* que possa ser satisfeito. Portanto, ele deve, consequentemente, excluir todo ato não previsto por uma regulamentação.” (EISENMANN, 1959, p. 56)

Em síntese, a legalidade administrativa, para a atividade estatal na realização do direito à moradia, assume o papel de uma moldura que delimita a ação do Estado, já que este só pode agir na existência de lei, no estrito cumprimento da lei e nos limites estabelecidos pela lei.

6. RESTRIÇÕES

Destaca-se que o direito fundamental social à moradia possui restrições, como todos os demais. É preciso, pois, saber quais espécies de restrições encontram-se limitando o acesso à moradia em termos de prestação estatal. Existem (a) as restrições não expressamente autorizadas pela constituição; (b) as restrições expressas no texto constitucional; (c) as restrições indiretamente constitucionais¹⁴. Contudo, estabelecer restrições sem legislação regulamentadora de tal direito torna-se tarefa complexa. O que se pode inferir de imediato é que algumas restrições são, por si só, preexistentes às possíveis regulamentações.

A reserva do possível constitui-se em parâmetro (relativamente) objetivo para justificar os limites financeiros do Estado. Diante de uma infinidade de demandas de prestações decorrentes do direito que gera o Estado social, a administração pública encontra limitações financeiras. Isso redundará em dificuldades fáticas (KELBERT, 2011, p. 47) para a plena

¹⁴ Classificação inspirada em: SCHÄFER (2018, p. 39-40).

realização do direito fundamental social à moradia, afetando a concretização de todas as possíveis demandas relativas a esse direito e a outros direitos prestacionais ou não. Destaca-se que de todo direito decorre um dever que gera custos, os quais são financiados, preponderantemente, pelos tributos exigidos dos contribuintes e recolhidos pelo Estado.

O princípio da legalidade, além de ser interpretado como um pressuposto, pode também ser analisado como uma limitação ao direito à moradia. Assim, retoma-se aqui o princípio da legalidade administrativa para ressaltá-lo sob dois de seus aspectos: o papel positivo e o papel negativo. Positivo no desenvolvimento de políticas públicas, no sentido de que cabe à lei determinar qual dentre os instrumentos possíveis será adotado pelo poder público. Por exemplo, se o poder público viabilizará a aquisição de propriedade através de programas de financiamento, se concederá o uso de imóveis para aquelas pessoas que não dispõem de moradia ou se doará ou regularizará imóveis para aqueles que se enquadrarem nos critérios objetivos determinados pelo instrumento legal.

O aspecto negativo corresponde à limitação para que o poder público possa agir. Se não houver lei, se a lei não predeterminar os parâmetros, os critérios, o poder público não terá meios para a tomada de decisão. Por conseguinte, ousa-se afirmar que uma decisão judicial que se manifeste sobre uma situação isolada de ausência de moradia, seja ela individual ou colegiada, não é fonte, não traz os elementos suficientes para o desenvolvimento e para a efetivação de uma política pública de consumação do direito à moradia. Ela não estará na linha do que se entende por obrigação do poder público para a realização de tal direito social, em atendimento ao princípio da subsidiariedade e ao princípio da igualdade material, que é o grande objetivo dos direitos sociais.

7. REALIDADE

Estabelecida a perspectiva dogmática do direito à moradia, é preciso levar em consideração alguns aspectos concretos da realidade que conduzirá a efetivação deste direito fundamental. O caráter social do Estado,



que axiologicamente estabeleceu a solidariedade como diretriz valorativo-normativa, estabeleceu uma série de direitos sociais com diferentes características de acesso. Osde acesso universal não leva em consideração qualquer distinção de classe econômica ou outros fatores (como a nacionalidade), p.ex., o direito à saúde. Mas há direitos sociais que para serem acessados dependem de determinadas condições fáticas, dentre as quais a econômica. É o caso do direito à moradia na medida em que àqueles que não possuem acesso a ela nem condições de acessá-la, preencheram os requisitos para serem beneficiados, conforme as políticas públicas existentes.

Embora todos tenham o direito à moradia, nem todos serão beneficiados pelas políticas públicas do Estado. Os proprietários de imóveis e os recebedores de renda suficiente para manterem sua autonomia não se enquadram, em tese, nas políticas públicas pelo princípio da solidariedade e o subprincípio da subsidiariedade. O primeiro refere-se à necessidade de distribuir o ônus (custos) e os benefícios entre todos os indivíduos proporcionalmente a realidade de cada um. Por isto, a subsidiariedade aparece quando o indivíduo, de forma autônoma, não consegue ter acesso à moradia, necessitando do auxílio do ente estatal.

O *déficit* habitacional é o problema a ser equalizado, a fim de concretizar o direito à moradia no país. Toma-se como exemplo o ano de 2019 que tinha como estimativa o déficit de 5,876 milhões de domicílios, sendo 5,044 milhões na área urbana e 832 mil na zona rural. O número total relativo de domicílios particulares e improvisados no país era de 8,0% em 2019. A principal causa deste número era o ônus excessivo com o valor do aluguel urbano, que acabou por onerar mais de 30% da renda domiciliar inferior a três salários mínimos. No que tange à habitação precária, cerca de 76% dos domicílios possuíam renda domiciliar de até um salário mínimo (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2019, p. 140-160).

8. CONCLUSÃO

O presente texto analisou os aspectos dogmáticos do direito à moradia, na medida em que este foi inserido no Art. 6º da CRFB por

Emenda Constitucional. Outro argumento que alicerçou a análise consistiu nas questões de saber para quem e como o Estado deve concretizar o direito social à moradia. Tais indagações podem ser respondidas pela análise dogmática. Desta feita, visou-se tratar de temas considerados essenciais para a compreensão dogmática do direito social em pauta. Iniciou-se com sua previsão e findou-se com critérios específicos de atuação do Estado-administração e, com a realidade baseada em números recentes correspondentes ao direito objeto do estudo.

Embora a dogmática não seja capaz de solucionar o problema social de *déficit* de habitação, ela indica os critérios de quem e como deve ser beneficiário da prestação estatal ao acesso à moradia. Como se pôde observar nos índices de 2019, que atualmente devem ser números maiores, há um percentual elevado de pessoas à margem ou tangenciando a margem do acesso à moradia.

Acredita-se que a contribuição a ser mais intensamente destacada é o aspecto da subsidiariedade apresentado pelo direito à moradia. Diferente da universalidade do direito à saúde, o direito à moradia gera pretensão jurídica a quem não a possui. Logo, pode-se atribuir a subsidiariedade ao direito à moradia, ou seja, o Estado-administração só efetuará prestação se a pessoa não tiver condições de acessar moradia. Caso contrário, não existirá pretensão jurídica ao viés social do direito à moradia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. *Competências na Constituição de 1988*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19.02.2021.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília: Presidência da República, [1992]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 7.08.2021.



BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000. Altera a redação do art. 6º da Constituição Federal. Brasília: Presidência da República, [2000]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc26.htm. Acesso em: 18.02.2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010. Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social. Brasília: Presidência da República, [2010]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc64.htm#art1. Acesso em: 18.02.2021.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015. Dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal, para introduzir o transporte como direito social. Brasília: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc90.htm. Acesso em: 18.02.2021.

BRASIL. Lei nº 11.888, de 24 de dezembro de 2008. Assegura às famílias de baixa renda assistência técnica pública e gratuita para o projeto e a construção de habitação de interesse social e altera a Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005. Brasília: Presidência da República, [2008]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11888.htm. Acesso em: 2.02.2021.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes (et. al.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 19.

CUNHA, Sérgio Sérvula. Direito à moradia. *Revista de Informação Legislativa*. a. 32, n. 127 jul./set. 1995, p. 49.

Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em: 6.08.2021.

EISENMANN, CH. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*. v. 56. Abril-junho 1959.

ENDERS, Christoph. Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. n. 64 Berlin: De Gruyter Rechtswissenschaften, 2005. p. 7-52.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. *Deficit habitacional no Brasil – 2016–2019*. Belo Horizonte: FJP, 2021.

KELBERT, Fabiana Okchstein. *Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MASSAU, Guilherme Camargo e CRUZ, Fábio Souza da. A conquista do direito fundamental à moradia. In: *Revista Direito e Justiça – reflexões sociojurídicas*. a. XVII, n. 28, p. 133–144 Maio 2017. (srvapp2s.santoangelo.uri.br/ser/index.php/direito_e_justica/article/view/1830/991) Acesso em 7.04.2021.

MEDINA, Paulo. O Princípio da Subsidiariedade in *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo: Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (A). *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais*. Do sistema geracional ao sistema unitário. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUZA, Paulo Fernando Mohn e. *A subsidiariedade como princípio de organização do Estado e sua aplicação no federalismo*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

