



DIREITO HUMANO-FUNDAMENTAL A MORADIA À LUZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: TUTELA NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS

Fundamental human right of housing in the light of the Dignity of the Human Person: Normative guardianship and urban public policies

Emerson Affonso da Costa Moura

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2482762073000021> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9824-0832>

E-mail: emersonacmoura@gmail.com

Marcos Alcino de Azevedo Torres

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5873682551507950> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9722-1330>

E-mail: malcino@globob.com

Mauricio Jorge Pereira da Mota

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8340543270360777> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2890-6010>

E-mail: mjmota1@gmail.com

Trabalho enviado em 22 de janeiro de 2024 e aceito em 23 de janeiro de 2024



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2023, p. 2104-2133.

Emerson Affonso da Costa Moura, Marcos Alcino de Azevedo Torres,
Mauricio Jorge Pereira da Mota

DOI: 10.12957/rdc.2023. 81480 | ISSN 2317-7721

RESUMO

O redimensionamento do direito humano-fundamental a moradia à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana é o tema em debate. Analisa-se em que medida, a partir de uma constitucionalização-releitura daquele direito humano amplia-se a proteção da habitação adequada para a garantia de uma moradia digna capaz de permitir a promoção da personalidade e o exercício das autonomias privadas e públicas do cidadão na cidade. Para tanto, verifica-se como o sistema internacional e nacional tutela a pessoa humana na proteção dos seus direitos, em que medida a consagração da cláusula geral da dignidade da pessoa irradia na propriedade produzindo a sua releitura, como se aprofunda a transformação com a tutela da moradia como direito humano-fundamental com a definição de suas políticas públicas e, por fim, quais são os aportes que a dignidade da pessoa humana produz na interpretação do direito humano-fundamental à moradia.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos humanos; Direitos fundamentais; Moradia; Dignidade da pessoa humana; políticas urbanas.

ABSTRACT

The resizing of the fundamental human right to housing in light of the general clause of human dignity is the topic under debate. It is analyzed to what extent, from a constitutionalization-reinterpretation of that human right, the protection of adequate housing is expanded to guarantee decent housing capable of allowing the promotion of personality and the exercise of private and public autonomy of the citizen in city. To this end, it is verified how the international and national system protects the human person in the protection of their rights, to what extent the consecration of the general clause of the dignity of the person radiates in the property producing its reinterpretation, how the transformation is deepened with the protection of housing as a fundamental human right with the definition of its public policies and, finally, what are the contributions that the dignity of the human person produces in the interpretation of the fundamental human right to housing.

KEYWORDS: Human rights; Fundamental rights; Home; Dignity of human person; urban policies.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2023, p. 2104-2133.

Emerson Affonso da Costa Moura, Marcos Alcino de Azevedo Torres,
Mauricio Jorge Pereira da Mota

DOI: 10.12957/rdc.2023. 81480 | ISSN 2317-7721

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais do Estado Brasileiro, que atua como uma cláusula geral de todos os direitos, deveres e garantias fundamentais irradiando a criação, interpretação e aplicação das normas, institutos e categorias jurídicas e, portanto, influenciando o campo da teoria, da dogmática e da prática jurídica.

No âmbito das relações relativas à propriedade privada a sua releitura conduz uma superação da sua concepção liberal, burguesa e napoleônica tradicional para o seu redimensionamento ao atendimento dos interesses públicos em razão de sua função social, bem como, a sua recondução a uma nova dimensão dos interesses privados para além de uma perspectiva meramente econômica.

Neste sentido, se o direito humano-fundamental à propriedade passa a ser tida à luz da dignidade da pessoa humana como irradiação da própria identidade do indivíduo igualmente torna-se necessário investigar em que medida a cláusula geral influencia na interpretação do direito humano-fundamental à moradia permitindo delimitar o seu conteúdo na realização da personalidade humana.

Busca o presente trabalho, portanto, analisar o redimensionamento do direito humano-fundamental a moradia à luz da cláusula geral da dignidade da pessoa humana, a saber, em que medida, a partir de uma constitucionalização-releitura, como o conceito tradicional de habitação adequada é substituída por uma noção de moradia digna capaz de permitir a promoção da personalidade e o exercício das autonomias privadas e públicas do cidadão na cidade.

Para tanto, inicialmente verifica-se como o sistema internacional de direitos humanos tutela a proteção dos direitos ligados à natureza do homem permitindo junto com a incorporação pelos regimes jurídicos nacionais a articulação de um feixe normativo protetivo da pessoa humana.

Após, como o reconhecimento da consagração da cláusula geral da dignidade da pessoa irradia sobre tais direitos humanos-fundamentais, em específico, na propriedade produzindo uma releitura daquela tutela para admitir a partir de uma constitucionalização- releitura a ampliação da proteção normativa dada para o titular daqueles bens reconduzindo ao exercício de sua personalidade humana.

Depois, verifica-se como além da propriedade houve a consagração da moradia como direito humano inicialmente em tratados e sua incorporação no regime jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988 e os seus precedentes históricos apontando as formas de regulamentação, em especial, através de políticas públicas de regularização fundiária com todas as suas potencialidades e críticas.



Por fim, busca-se definir quais são os aportes que a dignidade da pessoa humana produz na interpretação do direito humano-fundamental à moradia garantindo uma vivenda digna capaz de abranger o desenvolvimento da autonomia privada individual e social, bem como, a autonomia pública e política enquanto irradiação da personalidade, dignidade e cidadania do indivíduo.

2. A TUTELA DA PESSOA PELOS DIREITOS HUMANOS-FUNDAMENTAIS

O reconhecimento da universalidade dos direitos humanos¹ com a atuação crescente das principais organizações internacionais dentre as quais Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos se inserem em movimento pós-segunda guerra mundial de criação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a criação de um *ethos* na comunidade política – ao menos ocidental – de proteção e promoção a pessoa.

Embora os direitos fundamentais, tenham antecedentes histórico na doutrina estóica greco-romana e cristã da Antiguidade² e desenvolvimento nas doutrinas jusnaturalistas³ e previsão de

¹ Como paradigma do reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos, tem-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) da Organização das Nações Unidas, dispondo no artigo 2º que os direitos e liberdades proclamadas na mesma podem ser invocadas por todos os seres humanos, independente de qualquer distinção de cor, sexo, raça e outros, ou de qualquer diferença fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf Acesso em 08.04.2022

² Os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontra suas raízes na filosofia clássica, em especial, na greco-romana e no pensamento cristão. Embora na antiguidade greco-romana inexistisse direitos do homem válidos para todos, com os sofistas e, em especial, os estoicos romanos, adveio as teses da igualdade de todos os homens em dignidade como lei natural. No cristianismo, a partir dos ensinamentos do homem e sua semelhança à imagem de Deus, adveio a tese da unidade de humanidade, dignidade e liberdade de todas as pessoas. CARVELLI, Urbano. SCHOOL, Sandra. Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais: Da Antiguidade até as Primeiras Importantes Declarações Nacionais de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48 n. 191 p. 169-171 jul/set 2011.

³ A unidade universal dos homens e a igualdade cristã de todos foram as premissas para o desenvolvimento no jusnaturalismo medieval, da idéia de postulados suprapositivos que orientavam e limitavam, atuando como critério de legitimidade, o exercício do poder, de tal sorte que o direito natural condicionará à sua conformidade a obediência do direito positivo. Com as teorias contratualistas as doutrinas jusnaturalistas de direitos fundamentais encontram sua evolução, abrindo espaço para o reconhecimento normativos de tais direitos. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004. p. 29-33.

direitos estamentais na Idade Média⁴ a sua consagração ocorre apenas com o constitucionalismo na Idade Moderna, pelo reconhecimento nas principais Cartas e Constituições⁵.

No Estado Moderno, a evolução dos direitos fundamentais se liga ao processo histórico de reinvidicações sociais e contrastes de regimes políticos, bem como, o processo de desenvolvimento econômico, científico e político, que resulta em um primeiro momento na tensão dialética e harmonização entre *liberdade e igualdade, direitos individuais e direitos sociais*⁶.

Inicialmente, abrangiam os direitos *individuais* em razão do pensamento liberal-burguês e da doutrina iluminista e jusnaturalista do século XVII e XVIII, que se identificavam com os direitos negativos e marcavam a esfera de autonomia do indivíduo em face do poder estatal no exercício precípua das *liberdades*.⁷

⁴ Embora sempre citada a Magna Charta Libertatum, firmada em 1215 pelo Reuio João Sem-terra e pelos bispos e barões ingleses, que consagra direitos e liberdades clássicos, como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade, as cartas de franquia e os forais outorgados pelos reis e portugueses e espanhóis no século XII e XIII, bem como, a Bula de Ouro da Hungria firmada por Afonso IX em 111, o Privilegio General outorgado por Pedro III em 1283 e os Privilégios da União Aragonesa em 1286 já veiculavam prerrogativas ou privilégios aos estamentos sociais (Nobreza, Igreja, Corporações), que não correspondiam a direitos fundamentais, mas obrigações concretas daqueles reis que o subscreviam. ANDRADE, José Carlos Vieira de. Direitos Fundamentais na Contituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2001. p. 25

⁵ Com as declarações inglesas de direito - Petition Of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679, Bill Of Rights de 1689 - foram reconhediso direitos e liberdades aos cidadãos ingleses, como a legalidade, a proibição de prisões arbitrárias e o *habeas corpus*, que significa a transposição das liberdades estamentais para as liberdades gerais no plano de direito público. Com a Declaração americana de Direitos do Povo da Virgínia de 1776 e a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 se marca a transição dos drieitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 42-43.

⁶ A evolução e as vicissitudes dos direitos fundamentais, seja numa linha de alargamento e aprofundamento, seja numa linha de obnubilação, acompanham o processo histórico, as lutas sociais e os constrates de regimes políticos, m bem como, o progresso científico, técnico e econômico. Do Estado liberal ao Estado social de Direito, o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no intererior das isntituições representativas de maneira bastante variada, buscando harmonziar os direitos de liberdade e direitos econômicos, sociais e culturais. MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais– sua dimensão individual e social. Revista dos Tribunais, out/dez, Recife, 1992. p. 199.

⁷ Embora sob a influência da doutrina de Hobbes, Locke, Rousseau e Kant que proclavam a liberdade do indivíduo, proclamavam as cartas os direitos não de todos os homens, uma vez que a maior parte dessas Constituições estabeleciam o sufrágio censitário, mas do homem burguês, com a tutela da propriedade privada de forma sagrada e inviolável, razão pelo qual os textos eram considerados como patrimônio do indivíduo em sua condição presocial. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Op. cit. p. 38.

Porém, com a ascensão dos problemas sociais e econômicos no limiar do século XIX, os direitos fundamentais foram ampliados para incluir os direitos *econômicos, sociais e culturais*, que se correlacionando com os direitos positivos, passaram a impor ao Estado atuações capazes de promover a justiça e bem-estar social, na tutela do princípio da *igualdade*⁸⁹.

Não obstante, naquela quadra histórica, já houvesse o reconhecimento pelos Estados dos direitos fundamentais em sua dúplici dimensão, a concepção da Constituição como documento político que podia não ser cumprido pelos poderes públicos¹⁰ e a aceitação apenas da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, limitava a sua eficácia pelo Estado e particulares¹¹¹².

Porém, observa-se com o término da segunda guerra mundial na Europa e o advento do processo de redemocratização do Brasil, uma série de transformações na forma de organização política e jurídica estatal, que marcam o advento do Estado Democrático de Direito e a ascensão dos pilares fundamentais do constitucionalismo contemporâneo¹³.

Com o reconhecimento da força normativa da Constituição¹⁴, substitue-se a concepção da lei fundamental como carta política com a atribuição do *status* de norma jurídica, que dotada de

⁸ Quando o Estado coagido pela pressão das massas ao poder político, confere os direitos do trabalho, da previdência, da educação e outros, coloca a sociedade dependente de sua intervenção no domínio econômico, político e social, em restrição da iniciativa individual aos interesses sociais, demonstra a passagem de um Estado Liberal para um Estado Social. BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 186.

⁹ Embora tanto na concepção liberal quanto social se deparam liberdade e igualdade, na primeira a igualdade é a titularidade dos direitos que demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. MIRANDA, Jorge. *Direitos...* Op. cit. p. 199-200.

¹⁰ Um dos trabalhos expoentes deste entendimento é *Que é uma Constituição?* de Ferdinand Lassalle, que considera que a Constituição só tem eficácia quando coincidir com os fatores do poder que regem o país. Caso contrário é apenas folha de papel que pode sucumbir por aquelas forças vitais que não iram aplicá-la. LASSALLE, Ferdinand. *Que é uma Constituição*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933. P. 62

¹¹ Embora a expressão Estado de Direito importe no limite do exercício do poder político e direitos fundamentais deva estar ligada à proteção e promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana, a expressão já foi reconhecida por entes estatais apenas para a proclamação formal de direitos ou assegurar a proteção jurídica para os privilégios de minorias mais favorecidas. É necessário compatibilizar o Estado de Direito com direitos fundamentais, como instrumentos de garantia da democracia e proteção do homem e sua dignidade. DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e Direitos Fundamentais in: AMLEIDA FILHO, Agassiz de. CRUZ, Danielle da Rocha (Coord). Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 171.

¹² Embora acolhidos e protegidos pela Constituição, os direitos fundamentais conquistados pela sociedade sempre estiveram sob contínuo descumprimento pelo Estado, inclusive, hoje na atualidade sob o escopo de doutrinas jurídicas que buscam justificar esse descumprimento, em razão de contingência de recursos e outros fundamentos. TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011 p. 101-103.

¹³ Como marco normativo, tem-se a promulgação da Lei Fundamental de Bonn na Alemanha e a Constituição da Itália, e a posterior, das cartas fundamentais de Portugal e Espanha. Alcança o fenômeno para além do velho continente, encontrando no Brasil com o fim da ditadura militar e a edição da Constituição da República, o ambiente propício para a garantia da estabilidade institucional e da aplicabilidade das normas constitucionais. Sobre o tema: CARBONELL, Miguel. *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo* in: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9.

¹⁴ Uma das obras percursoras sobre o tema é *A força normativa da Constituição* de Konrad Hesse extraída a partir de sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg. Segundo o autor, a norma constitucional não tem existência

observação obrigatória, impõe no exercício do poder pelo Estado, limites e deveres de atuação, em especial, na tutela dos direitos fundamentais.¹⁵

Com o processo de incorporação de amplo elenco de direitos fundamentais aos textos constitucionais, bem como, a expansão da jurisdição constitucional, mediante a ampliação do elenco de legitimados para a propositura das ações e a criação de novos instrumentos de controle concentrado, garante-se a proteção dos direitos fundamentais do processo político majoritário¹⁶.

Na nossa experiência constitucional antes restrita a Constituições garantistas que tutelavam os direitos fundamentais como repositórios de promessas vagas¹⁷ o fenômeno ocorre com a promulgação da Constituição de 1988 voltada à promoção social e a crescente preocupação doutrinária com a aplicabilidade direta e imediata de seus preceitos¹⁸.

Com a constituição cidadã se ampliou o rol de direitos fundamentais, atribuindo significado ímpar aos mesmos, uma vez que os reconheceu como elementos integrantes de identidade e continuidade da lei fundamental, razão pelo qual, vedou qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los¹⁹.

autônoma em face da realidade, mas tão pouco se limita ao reflexo das condições fáticas. Sua essência reside na pretensão de eficácia, ou seja, de sua concretização na realidade imprimindo-lhe ordem e conformação. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991. p. 14-15.

¹⁵ Sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo, consulte-se por todos: BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 203-250. Para uma análise crítica vide: SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades*. In: _____ (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 113-146.

¹⁶ Insere-se, portanto, o exercício da jurisdição constitucional orgânica e das liberdades no complexo de mecanismos de natureza normativa, institucional ou processual tendentes a assegurar a plena realização dos direitos fundamentais. COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

¹⁷ Não é incomum a existência formal de Constituições que invocam o que não está presente, afirmam o que não é verdade e prometem o que não será cumprido. Como, e.g., tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 61.

¹⁸ Embora a Constituição de 1988 seja o resultado de forças políticas antagônicas que participaram da constituinte, materializando uma constante tensão entre a ideologia liberal e a perspectiva social, denota-se um grande avanço na disciplina dos direitos sociais em relação às Constituições anteriores. Para uma visão geral sobre a evolução histórica, vide: TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. *Direitos sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987.

¹⁹ A própria colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional, bem como, a amplitude do rol do artigo 5º denota a intenção do constituinte de emprestar significado especial e a posição de destaque concedida aos direitos fundamentais pela Constituição Federal. MENDES, Gilma Ferreira. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados*. Revista jurídica da presidência da república. n. 14 jul/2000. p. 1.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2023, p. 2104-2133.

Emerson Affonso da Costa Moura, Marcos Alcino de Azevedo Torres,
Maurício Jorge Pereira da Mota

DOI: 10.12957/rdc.2023. 81480 | ISSN 2317-7721

Interrompeu-se, portanto, o ciclo inicial de *baixa normatividade* das disposições que veiculavam os direitos fundamentais, em especial, das normas que declaravam os direitos sociais, antes remetidas à esfera programática de meras linhas diretoras aos poderes públicos e, tidas como dotadas de eficácia limitada.²⁰

Por outro lado, houve também, o reconhecimento além de uma dimensão *subjetiva* dos direitos fundamentais - de proteção de situações individuais em face do poder público e dos particulares - de uma *objetiva* - de consagração de uma ordem objetiva de valores essenciais à sociedade²¹, que projetam a unidade da Constituição e a congruência dos seus preceitos²².

Por efeito, os direitos fundamentais enquanto objetivamente considerados passaram a impor *normas de competência negativa*, retirando da esfera de ação exclusiva dos poderes públicos, funcionam como *critério de interpretação* do direito infraconstitucional, que devem se adequar às suas prescrições, bem como, impõe *deveres de tutela* ao ente estatal²³.

Com esse novo *status* adquiridos, os direitos fundamentais passaram a assumir, também, a posição de centralidade no sistema jurídico, instituindo uma ordem objetiva de valores que irradia sua força normativa por todo o ordenamento, condicionando a interpretação das normas e institutos dos ramos do Direito e vinculando a atuação dos poderes públicos²⁴.

²⁰ A aplicabilidade restrita das normas de natureza programática decorreria da fluidez de suas disposições e da inexistência de instrumentos jurídico-processuais capazes de garantir sua concretização.

Compreendendo que as relações econômico-sociais são disciplinadas apenas por normas programáticas, vide: SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 140-142.

²¹ Liga-se a dimensão objetiva a compreensão de que os direitos fundamentais consagram os valores mais importantes da comunidade política potencializando a sua irradiação para todos os campos do Direito, e sua eficácia enquanto fins ou valores comunitários sobre uma miríade de relações jurídicas. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 371.

²² Com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração, passou-se a compreender os critérios objetivos de valores, bem como, os princípios básicos que animam a Constituição, projetando a sua unidade e fazendo a congruência fundamental de suas regras. Esses direitos, passam a representar uma unidade de ordenação valorativa, de garantia contra arbítrios do Estado. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

²³ A dimensão objetiva, portanto, é aquela cuja percepção independe de seus titulares, ou seja, dos sujeitos de direito, e que oferecem controle de ação estatal, que devem ser aplicados independentemente de intervenções ou violações de direitos fundamentais, bem como da reclamação por seu titular. Assim, enquanto: caráter de normas de competência negativa, enseja o autocontrole abstrato de constitucionalidade das normas, mediante a legitimidade dada às autoridades estatais; como critério de interpretação do direito infraconstitucional, impõe a interpretação conforme a Constituição pelo aplicador do Direito; Por fim, enquanto dever estatal de tutela, impõe a postura de proteção ativa do Estado nas violações. DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 118-121.

²⁴ Apresentam os direitos fundamentais, portanto, uma dupla ordem de sentido: como vínculos axiológicos, que condicionam a validade material das normas produzidas e enquanto fins que orientam o Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, Luigi. Derechos e Garantías: La ley del más débil. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 22.

Também, passam a corresponder ao lado dos princípios estruturais e organizacionais um *núcleo básico* do ordenamento constitucional²⁵ e *critério de interpretação* de suas normas, categorias e institutos, em um fenômeno de abertura constitucional ou de constitucionalização em aberto, que importa na irradiação ou expansão da dignidade e dos direitos do homem²⁶.

O Estado Democrático de Direito passa ser caracterizado por uma abertura constitucional radicado no extenso catálogo de direitos fundamentais - civis, políticos, econômicos, sociais e culturais - que com epicentro no princípio da dignidade da pessoa humana alcança a superação da tradicional divisão de domínio e papéis do Estado e da sociedade civil²⁷.

Ademais, transforma-se também, como um dos critério de verificação da legitimidade do Estado, que passa a ser medido pelo grau de observância e de implementação dos direitos fundamentais radicados da dignidade da pessoa humana pelos poderes públicos de forma direta ou através da atuação de terceiros²⁸.

A própria concepção dos direitos fundamentais, passa a determinar o significado dos poderes públicos, uma vez que, há uma íntima relação entre o papel assumido por esses direitos públicos subjetivos e a organização e exercício das funções estatais, uma vez que garantem que o sistema político e jurídico se orientará pelo respeito e promoção da pessoa humana²⁹.

Por efeito, o reconhecimento normativo dos direitos fundamentais e o papel assumido pelo seu sistema no Estado Democrático de Direito, reorienta a relação da pessoa com os poderes públicos, redimensionando a atuação privada ao respeito e concretização tanto dos preceitos fundamentais, quanto da dignidade da pessoa humana.

²⁵ Os direitos fundamentais como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos para integrar a substância propriamente dita da Constituição formado pelas decisões fundamentais da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado Democrático de Direito se torna necessária certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 61.

²⁶ É alçado em forja central da eclética e difusão produção de valores e princípios encarecidos pela sociedade contemporânea. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 20-21.

²⁷ De certo modo, o postulado da dignidade humana universalizou-se como um pólo de atração para cada vez mais novos direitos refletores de um novo modo de atuação do Estado Democrático de Direito. Assim, encontramos-o na Constituição do México de 1917 (Art. 3º II "c"), da Itália de 1947 (Art. 3º), da Alemanha de 1949 (Art. 1º), de Portugal de 1976 com redação dada pela Lei Constitucional 1 de 1989 (Art. 1º). Espanha de 1978 (Art. 47) e na do Brasil de 1988 (art. 1º III, art. 170, art. 226 §7º, art. 227 e 230). CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Op.cit. p. 15-19.

²⁸ Uma Constituição que consagre um Estado de Direito não pode admitir que qualquer governante ou órgão do Estado possa agir arbitrariamente, fora dos limites constitucionais, sob pretexto de conveniência pública ou de necessidade e urgência que justifique a prática de atos arbitrários. O verdadeiro Estado de Direito é aquele que assegura a prática da democracia e a proteção da dignidade da pessoa humana. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit. p. 182-183.

²⁹ O respeito e promoção dos direitos fundamentais tanto em sua dimensão individual que caracteriza o Estado Liberal de Direito, quanto conjugando-o com a exigência de solidariedade corolário do componente social e coletivo da vida humana do Estado Social de Direito. LUÑO, Antonio Enrique Perez. Op. cit. p. 20.

3. A CLÁUSULA GERAL DA DIGNIDADE DA PESSOA E A IRRADIAÇÃO NA PROPRIEDADE

Com o reconhecimento da supremacia axiológica da Constituição e do novo *status* dos direitos fundamentais na ordem jurídica, deriva um processo de apreensão do sistema sob a ótica da Constituição com o objetivo de realizar os bens e valores fundamentais veiculados, em um processo designado de *constitucionalização do Direito*³⁰.

Na nossa ordem jurídica, o fenômeno de constitucionalização inicia-se com a promulgação da Constituição da República de 1988, em um processo que resultou no seu deslocamento para o eixo central do sistema jurídico e reconhecimento da sua supremacia axiológica, potencializada pela erradicação daqueles fatores mencionados.³¹

Oriundos de uma experiência constitucional marcada por uma inflação legislativa e uma insinceridade normativa³², onde as Constituições garantistas tutelavam as liberdades formais como repositórios de promessas vagas, a veiculação de amplo elenco de direitos fundamentais e a sua inserção dentre as restrições ao poder de reforma, reforçou a rigidez da Constituição³³.

A previsão exaustiva dos bens e interesses sociais na lei fundamental produziu a subtração de distintas questões da vida política e social do alcance do legislador, que passaram a encontrar fundamentos imediatos nas normas constitucionais sujeitando-se, portanto, ao controle de adequabilidade com a lei fundamental.³⁴

³⁰ A força irradiante da Constituição, portanto, não se limitou apenas à reconstrução dinâmica de seus próprios enunciados de norma numa espécie previsível de auto-alimentação constitutiva, mas se projetou para todo o sistema jurídico, revisando o sistema de fontes e reestruturando seus pilares deontológicos. SAMPAIO, José Adércio Leite. Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 200.

³¹ Neste tocante, realiza idêntico movimento translativo ocorrido na Alemanha onde sob a égide da Lei Fundamental de 1949 e consagrando o desenvolvimento doutrinário, o Tribunal Constitucional Federal assenta que os direitos fundamentais instituem uma ordem objetiva de valores, condicionando a interpretação de todas as normas e vinculando os poderes públicos.

³² Não foi incomum a existência formal de Constituições que invocaram o que não estava presente, afirmavam o que não era verdade e prometiam o que não seria cumprido. Como e.g. tem-se a Constituição de 1969 que garantia os direitos à integridade física e a vida, com as prisões ilegais, a tortura e o desaparecimento de pessoas na ditadura. BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 7 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. p. 61.

³³ Acentua-se o processo de constitucionalização nos ordenamentos onde além da previsão de um procedimento especial de alteração das normas constitucionais, existem princípios constitucionais não sujeitos à reforma pelo poder constituinte derivado. Isto ocorre em nossa ordem jurídica onde é previsto além de um processo legislativo específico (artigo 60 caput) princípios sensíveis que não podem ser objeto de deliberação de proposta de emenda (artigo 60 §4º todos da Constituição). GUASTINI, Riccardo. Ob. cit. p. 51.

³⁴ A hospedagem no texto constitucional de inúmeros princípios vagos, inclusive, alguns de duvidosa dignidade constitucional, dotados de forte carga axiológica e poder de irradiação, favoreceram o processo de constitucionalização do Direito. SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo...Ob cit. p. 125.

Neste ponto, a expansão da jurisdição constitucional, mediante a criação de novos mecanismos de controle de constitucionalidade e ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura das ações abstratas, garantiu a proteção das normas constitucionais e a preservação de sua hierarquia mediante atuação pelo Poder Judiciário³⁵.

Por efeito, a ampliação da competência do Poder Judiciário para o controle de constitucionalidade dos atos emanados pelos poderes públicos e o crescente exercício das ações abstratas pelos atores políticos e sociais, permitiu um processo de judicialização da política, que amplia a influência da Constituição sobre as relações políticas³⁶.

A necessidade de reelaboração doutrinária da hermenêutica constitucional de forma a resguardar o processo democrático e a estabilidade institucional na promoção dos valores fundamentais, conduzindo à interpretação da lei conforme a Constituição quando possível evitando a contrariedade com os seus preceitos e garantindo a manutenção da validade da lei³⁷.

Embora o processo de constitucionalização tenha permeado os distintos ramos do ordenamento jurídico, promovendo o realinhamento dos preceitos e institutos às normas constitucionais, o fenômeno tem alcançado especial relevo na órbita da proteção do homem pelo direito público e privado.

Assume a Constituição o papel integrador da ordem jurídica, mediante a liderança axiológica em face dos microsistemas normativos que passam a ser associados aos valores e princípios constitucionais, nas relações privadas, tem-se como exemplo, a função social da propriedade, que passa não atender interesses econômicos somente, mas assume uma dimensão coletiva e humana³⁸.

Destaca-se a irradiação do *princípio da dignidade da pessoa humana* sobre as relações privadas, promovendo uma *despatrimonialização e repersonalização* do direito, com o reconhecimento da centralidade do homem e o desenvolvimento dos seus direitos de personalidade e, por efeito, a preeminência da tutela da pessoa, inclusive, nas relações jurídicas patrimoniais.

³⁵ Amplia-se o objeto e escopo da jurisdição constitucional através da ampliação do elenco de legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade (artigo 103 inciso I a IX), da criação do controle de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103 §2º) com a ação direta e o mandado de injunção (artigo 102 “q”), da previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102 §1º) dentre outros.

³⁶ Como ilustrações têm-se as decisões do Supremo Tribunal Federal quanto aos limites de investigação das Comissões Parlamentares, a fidelidade partidária, a Reforma da Previdência e a Reforma do Judiciário. Quanto aos direitos fundamentais têm-se a interrupção da gestação de fetos inviáveis, as pesquisas com células-troncos embrionárias e as políticas públicas de distribuição de medicamentos.

³⁷ Compete ao Poder Judiciário preservar as condições essenciais de funcionamento do Estado Democrático mediante a tutela dos princípios fundamentais e procedimentos adequados à participação e deliberação, Sobre o tema: SOUZA NETO, Cláudio pereira. Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

³⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio Sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.

Com o processo de constitucionalização do Direito, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana passa a atribuir a unidade valorativa e sistemática ao Direito, mesmo privado, regulamentando a autonomia de vontade em prol da solidariedade social, de forma a possibilitar que ocorra o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.³⁹

Abrange, portanto, não apenas o respeito e proteção da integridade física e psíquica em da pessoa humana, mas a liberdade pessoal e os seus desdobramentos, de maneira a abranger o reconhecimento e proteção à identidade pessoal, que exige o respeito à privacidade, intimidade, honra e imagem, bem como, todas as outras dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa humana.⁴⁰

Por efeito, ainda que haja renúncia⁴¹ ou auto-restrição do direito fundamental por seu titular, no exercício de sua liberdade negocial não viciada – com igualdade de sujeitos e existência de uma vontade livre e esclarecida – isto não pode gerar exclusão da proteção dada pelas normas constitucionais, se atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objeto e não pessoa.⁴²

É o reconhecimento que embora os direitos fundamentais se sujeitam a limitações e ainda que se admita a relativização e eventual restrição do princípio da dignidade da pessoa humana, que isto não importe o seu núcleo intangível, que pode ser delimitado como na vedação de qualquer conduta que importe em coisificação ou em qualquer forma em uma instrumentalização do ser humano.⁴³

Isto porque, a prática de atos indignos, embora não acarrete a perda da dignidade do seu titular, acaba por colocar quem os pratica numa condição de desigualdade na sua relação com os seus semelhantes, de maneira que sua relativização ainda que em face de outros valores sociais, só pode ocorrer quando o intuito for o de salvaguardar a vida e a dignidade pessoal dos demais integrantes de determinada comunidade.⁴⁴

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências in: Revista dos Tribunais. Vol. 779 set. 2000 p. 55 e 59.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 09 jan/jul 2007, p. 363.

⁴¹ Adere-se ao entendimento da doutrina tradicional que os direitos fundamentais são justamente caracterizados pela inalienabilidade, imprescritibilidade e impossibilidade de renúncia. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35. ed., rev. e atualizada até a emenda constitucional nº 68. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91-95.

⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 296.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.138.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade... Op. cit. p. 122 e 130.



Note, que a dignidade da pessoa humana embora ligada a uma dimensão de *autonomia* - com a proteção e promoção da personalidade, bem como, da liberdade enquanto autodeterminação a partir de tal noção de individualidade – também assume uma dimensão de *valor comunitário* – com reconhecimento da adequação da autonomia privada à função social.

Neste viés, A Constituição Federal de 1988 prevê ampla disciplina do Direito de propriedade sua *parte dogmática*, ao veicular os direitos fundamentais das distintas propriedades privadas, inclusive, as hipóteses constitucionais de suas restrições, bem como, os deveres fundamentais ao qual se submete diante da sua funcionalização em relação aos demais direitos fundamentais e valores coletivos.

Neste sentido, embora tutele o direito de propriedade como uma cláusula geral⁴⁵, também, reconhece a pluralidade deste direito fundamental e seus regimes jurídicos ao consagrar na parte dogmática, o direito de propriedade hereditária⁴⁶, o direito de propriedade intelectual – autoral⁴⁷ e industrial⁴⁸ e tutelar a pequena propriedade rural⁴⁹, além de prever, uma disciplina normativa para a propriedade urbana⁵⁰ e rural⁵¹.

Porém, delimita a funcionalização da propriedade privada, ao determinar que a mesma atenderá a sua função social⁵², inclusive, delimitando normativamente tal conceito como ao determinar que a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende o plano diretor⁵³ e a rural quando atende aproveitamento racional e adequado, em respeito ao meio ambiente, as relações do trabalho e bem-estar dos proprietários e trabalhadores⁵⁴.

Como visto, o reconhecimento normativo dos direitos fundamentais e o papel assumido pelo seu sistema no Estado Democrático de Direito, reorienta a relação da pessoa com os poderes públicos, redimensionando a atuação privada ao respeito e concretização tanto dos preceitos fundamentais, quanto da dignidade da pessoa humana, produzindo alterações no âmbito da propriedade privada.

⁴⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 5º XXII.

⁴⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 5º XXX e XXXI.

⁴⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 5º XXVIII.

⁴⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 5º XXIX.

⁴⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 5º XXVI.

⁵⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 182 a 183.

⁵¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 184 a 191.

⁵² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 5º XXIII.

⁵³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 182 §2º.

⁵⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 186.

O direito de propriedade privada tido como asseguramento de uma série de posições jurídicas – *uso, gozo, fruição e reivindicação* – decorrentes de um direito público subjetivo, cede espaço à fixação de contornos, capaz de conformar o seu conteúdo aos fins da ordem jurídico-constitucional e a realização dos demais bens e interesses tutelados pela lei fundamental.

De tal sorte, se no âmbito da *constitucionalização* se na sua vertente *inclusão* corresponde a uma concepção *estática e fechada* da propriedade privada, na previsão dos direitos veiculados e aos deveres fundamentais ao que se submete, no campo *releitura* significará em uma visão *dinâmica e aberta*, capaz de conformar o seu conteúdo à luz da axiologia que orienta todo o sistema normativo.

Isto importa que tal direito fundamental individual deve ser tido à luz da *despatrimonialização* do regime privado e da *repersonalização* das relações civis, de modo que a aquisição, exercício e disposição da propriedade privada, funcionaliza-se à promoção da dignidade da pessoa humana de seu titular, mas, também, sua compatibilização com os interesses da comunidade.

Isto porque, insere-se na tensão entre a ideologia *liberal* e *social* que marca a Constituição de 1988, demandando a sua releitura à luz de sua funcionalização, que garanta à propriedade corresponder ao exercício da autonomia de vontade e da livre iniciativa, porém, dentro dos fins da ordem econômica e social, de forma a garantir que realize sua dupla dimensão, de direito público subjetivo e de ordem objetiva de valores.

No âmbito das relações entre os particulares, a autonomia de vontade tida à luz do Estado Democrático de Direito não atua como campo ilimitado de exercício de vontade privada dentro dos limites do Direito e observado os princípios de ordem pública, mas deve corresponder a manifestação do seu titular, válida na medida em que se resguarde e promova uma existência digna.

Por efeito, ainda que sustentem renúncia ou auto-restrição do direito fundamental por seu titular⁵⁵, no exercício de sua autonomia não viciada – com igualdade de sujeitos e existência de uma vontade livre e esclarecida – não parece que isso possa gerar exclusão da proteção dada pelas normas constitucionais, se atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objeto e não pessoa.⁵⁶

⁵⁵ Adere-se ao entendimento da doutrina tradicional que os direitos fundamentais são justamente caracterizados pela inalienabilidade, imprescritibilidade e impossibilidade de renúncia. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35. ed., rev. e atualizada até a emenda constitucional nº 68. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 91-95.

⁵⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 296.

Note, portanto, que o direito de propriedade privada não pode ser exercido apenas em seu conteúdo *econômico*, se for capaz de importar no seu campo *social*, em restrição do princípio da dignidade da pessoa humana, abrangendo segundo a doutrina, conduta que importe em coisificação ou em qualquer forma em uma instrumentalização do ser humano⁵⁷, à mera finalidade patrimonialista do bem privado.

Por esta razão, o conteúdo social da posse sem título formal, mas funcionalizada ao exercício da moradia, que atende aos ditames da dignidade da pessoa humana, se sobrepõe ao conteúdo econômico da propriedade sem destinação social, que busca sacrificar o fim coletivo aos interesses patrimoniais individuais, o que justifica, por exemplo, o usucapião sobre a propriedade privada ou a quebra de patente.

Isto não significa, o não reconhecimento de um núcleo intangível do direito de propriedade privada com a sua submissão apriorística e absoluta aos interesses sociais. Porém, que deve ser tida uma compatibilização do legítimo espaço de liberdade de indivíduo no âmbito da propriedade, com o igualmente legítimo interesse social, na utilização do bem, de forma a garantir a concretização dos fins daquela comunidade.

Deve ser resguardado um *núcleo essencial* do direito de propriedade capaz de permitir ao seu titular o exercício regular de suas posições jurídicas, bem como, uma ponderação normativa, entre os bens e valores envolvidos, de forma a garantir a prevalência entre os interesses privados e públicos em dado caso específico que envolvem a propriedade privada.

Assim, a título de funcionalização social da propriedade privada não se pode colocar tal direito fundamental a único e exclusivo serviço da sociedade excluindo de forma absoluta, apriorística e sempre as posições jurídicas do seu titular, porém, a autonomia privada na propriedade privada, igualmente, não pode corresponder a espaço ilimitado de liberdade, inclusive, contrária aos fins socialmente esperados.

Se no âmbito da *constitucionalização-inclusão* houve ampla disciplina da propriedade privada, com a delimitação dos direitos e imposição dos deveres constitucionais no exercício das múltiplas manifestações deste direito fundamental, no âmbito da *constitucionalização-releitura*, a aplicação do direito de propriedade, deve ser definido de forma a garantir a realização da autonomia privada inserida na função social.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.138.

Uma das dimensões que a propriedade deve assumir enquanto irradiação da dignidade da pessoa em seu valor tanto individual – quanto autonomia ligada à personalidade humana – e em sua dimensão coletiva – na proteção dos valores da ordem comunitária – é a garantia dos compromissos constitucionais da justiça social e de despatrimonialização que coloca a propriedade à serviço da pessoa humana e, portanto, de sua moradia.

4. A MORADIA COMO DIREITO HUMANO-FUNDAMENTAL E SUAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) as cartas fundamentais primeiras de veiculação e proteção dos direitos da pessoa – A Declaração Universal dos Direitos do Humanos de 1948 e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (PIDESC) de 1966 – consagraram historicamente em âmbito internacional a proteção da moradia.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos a tutela da moradia foi realizada de forma tímida, já que não configurou uma posição jurídica própria como um direito subjetivo, mas se inseriu dentro do direito humano a um padrão de vida que seja capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo a alimentação, o vestuário e a moradia, o que coloca tal referido direito como uma das prestações adjudicáveis.

No Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais das Nações Unidas em igual sentido, o direito à uma vida adequada significa a garantia de alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida, porém, sem o reconhecimento da moradia como um direito humano por si só plenamente exigível dos Estados.

Sucessivamente há a tutela da moradia como direito humano nos documentos internacionais e o reconhecimento de sua proteção pelo ordenamento pátrio. No Brasil, há um atraso do Estado na proteção formal da moradia – como direito fundamental capaz de ensejar deveres pelos poderes públicos – já que a sua ausência persistia ainda com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Na Carta magna, embora houvesse a previsão do usucapião de imóvel público e urbano para fins de moradia e a concessão de uso especial para moradia⁵⁸, o direito à moradia não foi consagrado dentre o amplo rol de direitos fundamentais, portanto, direitos públicos subjetivos exigíveis perante o Estado, algo apenas corrigido por força da Emenda Constitucional 26 de 2002⁵⁹.

⁵⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 183.

⁵⁹ BRASIL, Emenda Constitucional nº 26 de 14 de Fevereiro de 2002. Art. 1º.



Ainda assim, houve a consagração através de uma norma constitucional consagrada como programática veiculadora de direito social, ou seja, incapaz de resolver a questão habitacional, já que sua eficácia não era plena e, portanto, dependente de plena regulamentação, uma dificuldade que persiste até a atualidade, já que sua conformação legislativa não foi plena, mas limitada à regularização fundiária.

Ainda que a previsão da função social da propriedade já se encontrasse no ordenamento jurídico constitucional desde a Emenda Constitucional 01/1969⁶⁰ havia a mesma celeuma com a inexistência de legislação infraconstitucional que conformasse seu conteúdo delineando uma política urbana ou a organização dos espaços utilizáveis não dotava de eficácia a norma constitucional⁶¹.

Houve projeto de lei que buscou explicitar a função social da propriedade tendo por diretrizes garantir iguais oportunidades de acesso à propriedade urbana e moradia, a regularização fundiária das áreas ocupadas por população de baixa renda e distribuição equitativa dos benefícios e ônus decorrentes da urbanização, todavia, o mesmo foi retirado pelo Poder Executivo em 1995 sem deliberação⁶².

Tal projeto foi substituído por outra proposição⁶³ que previa usucapião especial de imóvel urbano coletivo para fins de moradia, permitindo a aquisição imobiliária de área urbana de metragem superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, ocupado por edificação precária e mediante a posse ininterrupta e sem oposição. Tal projeto foi apensado àquele que viria estabelecer em 2001 o Estatuto da Cidade⁶⁴.

Note, porém, que o Estatuto da Cidade previu a atribuição dos entes municipais para programa de construção de moradias e a concessão de uso especial para fins de moradia, embora a respectiva norma foi vetada pelo Poder Executivo⁶⁵. Desta feita, permaneceu somente a previsão geral constitucional com a regulamentação precária do decreto com a estipulação sucessiva de alteração dos prazos como será visto.

⁶⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de Janeiro de 1967 com a Emenda Constitucional nº 01 de 17 de Outubro de 1969. Art. 160.

⁶¹ MOREIRA, Mariana. A História do Estatuto da Cidade in: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 31-36.

⁶² BRASIL, Projeto de Lei nº 775 de 04 de Maio de 1983.

⁶³ BRASIL, Projeto de Lei nº 2.191 de 27 de Abril de 1989.

⁶⁴ BRASIL, Projeto de Lei nº 5.788 de 1990.

⁶⁵ BRASIL, Lei nº 10.257 de 10 de Julho de 2001. Art. 3 inciso III, art. 9 e 10, art. 15 a 20.



Antes houve a criação de um regime de urbanizações para construção de moradias de interesse social instituído através de lei nacional em 1999. Um dos avanços que a norma produziu foi alterações nas regras relativas ao parcelamento de solo urbano impondo infra-estrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por lei como de interesse social.⁶⁶

A respectiva norma determinou a hipótese de desapropriação na modalidade de utilidade pública com fins de execução de planos de urbanização, bem como, o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética⁶⁷. Embora regulasse a propriedade – e seu condicionamento à função social – não versava sobre a tutela da moradia.

Igualmente ocorreu a edição de medida provisória⁶⁸ que regulamentava a concessão de uso especial para fins de moradia com intuito de regularização da posse daqueles que residem em imóvel público, facultando ao particular o uso privativo de bem público embora com maior grau de estabilidade em razão da sua natureza de contrato administrativo de duração perpétua enquanto observado o fim de moradia⁶⁹.

Traduz em um direito real de natureza pública ao particular transmissível por ato *inter vivos e mortis causa* e oponível perante os particulares e a própria Administração Pública. Porém, não correspondia a plena tutela do direito à moradia, já que não importava na transmissão da titulação da propriedade, o que permite uma das manifestações fundamentais da dignidade enquanto autonomia permitindo dispor sobre a coisa.

É apenas no final da primeira década do século XXI que começa-se pensar na regulamentação do direito de moradia diante do cenário de crise financeira mundial com o recrudescimento de seus impactos negativos sobre a atividade econômica, renda e nível de emprego do País, as decorrentes restrições de crédito associado às operações de financiamento habitacional.

Igualmente o diagnóstico da ampliação do déficit habitacional no segmento populacional de baixa renda, em razão da impossibilidade de comprovação, regularidade e suficiência de renda e aceleração do fenômeno de urbanização, demandaram a regulamentação constitucional com a estipulação de uma lei que conformasse o direito à moradia estipulando ações para os poderes públicos.

⁶⁶ BRASIL, Lei nº 6.766 de 19 de Dezembro de 1979. Artigo 2º §6º com redação dada pela Lei 9.785/1999.

⁶⁷ BRASIL, Decreto-Lei nº 3.365 de 21 de Junho de 1941. Artigo 2º §6º com redação dada pela Lei 9.785/1999.

⁶⁸ BRASIL, Medida Provisória nº 2.220 de 04 de Setembro de 2001.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Concessão de Uso Especial para Fins de Moradia: Medida Provisória 2.220 de 04.09.2001 in: DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). Op. cit. p. 161.

Foi instituída, portanto, uma política pública nacional para facilitar o acesso à moradia própria para as famílias de menor renda através da edição de medida provisória⁷⁰ posteriormente convertida em lei⁷¹. Consagrou-se um programa de ação governamental capaz de ofertar construções habitacionais à população carente buscando reduzir as assimetrias no acesso à terra.

A demanda de um programa governamental nacional para a tutela da moradia já era apontada pela literatura jurídica diante das limitações do governo municipal de planejar e executar um programa para a cidade diante dos obstáculos de natureza história e cultural como déficit de serviços de infraestrutura urbana, falta de interesse e, por fim, participação da comunidade.

Ademais, não se ignoram as pressões, influências e disputas no aparato administrativo que geravam uma suspeita sobre a capacidade efetiva do poder público local atuar por si só sobre o problema urbano⁷². Havia, por conseguinte, uma demanda represada por um plano de ação governamental de natureza nacional garantindo uniformização na tutela de um problema de todo país.

Com a instituição legal da política habitacional designada Minha Casa, Minha Vida buscou-se criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com determinada renda mensal, inclusive, com a previsão de doação de terrenos públicos, desoneração tributária e utilização dos instrumentos previstos no Estatuto da Cidade⁷³.

Em que pese a edição das demais normas relativas à regularização fundiária em áreas rurais⁷⁴ e urbanas⁷⁵ em terras situadas na União, foi com a referida lei que se previu e um conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais voltados à regularização fundiária de assentamentos urbanos irregulares garantindo a titulação sobre a terra urbana para os seus ocupantes – geralmente ocupantes das classes de baixa renda.

Tal regime de regularização fundiária buscou minimizar tais entraves de distintas ordens como requisitos demasiadamente específicos de parcelamento do solo urbano que não se adéquam às áreas, a especulação imobiliária na construção e venda de empreendimentos que impede o acesso a moradia pelas camadas populares, as influências e pressões nas áreas economicamente viáveis, os limites financeiros do município para moradia dentre outros.

⁷⁰ BRASIL, Medida Provisória nº 459 de 25 de Março de 2009.

⁷¹ BRASIL, Lei nº 11.977 de 7 de Julho de 2009.

⁷² BRASILEIRO, Ana Maria. Op. cit. p. 33.

⁷³ BRASIL, Lei nº 11.977 de 7 de Julho de 2009. Art. 3º.

⁷⁴ BRASIL, Lei nº 11.952 de 25 de Junho de 2009. Art. 5º a 20.

⁷⁵ BRASIL, Lei nº 11.952 de 25 de Junho de 2009. Art. 21 a 30.



Apesar dos inúmeros avanços, com a mudança de governo foi instituído o Programa Casa Verde e Amarela pela lei federal nº 14.118/21, que dentre outras, revogou a lei federal nº 11.977/09 buscando promover o direito à moradia a famílias residentes em áreas urbanas associado ao desenvolvimento econômico, à geração de trabalho e de renda e à elevação dos padrões de habitabilidade e de qualidade de vida da população urbana e rural.

A política pública embora tendente a concretização o direito humano-fundamental à moradia em compatibilização com a proteção dos princípios da ordem econômica foi objeto de sucessivas críticas em razão, em especial, das limitações na promoção de uma moradia digna para os grupos de baixa renda, bem como, a exclusão de diversos avanços que foram trazidos pela respectiva lei como foi tratado pela literatura jurídica.⁷⁶

Com a mudança novamente de gestão e o *reboot* da Minha Casa Minha Vida – Lei 14.620/23 – consolida-se a tutela normativa do direito de moradia com a reconstrução da política pública com uma nova modelagem voltada à promoção do direito à cidade e a moradia de famílias residentes em áreas urbanas e rurais, associado ao desenvolvimento só que em uma disciplina plural – urbano, econômico, social e cultural, à sustentabilidade.

Não obstante, o retorno do pêndulo aponta as dificuldades de uma constitucionalização-inclusão do direito humano-fundamental à moradia apenas como uma cláusula geral, sem a definição das prestações exigíveis, os sujeitos estatais responsáveis e um sistema constitucional articulado das políticas públicas como foi feito com o direito à saúde e o direito à educação, que assumiram maior estabilidade no período democrático pós-1988.

Ademais, reforça ainda um importante vácuo legislativo na tutela do direito à moradia em outras relações jurídicas, como a lei 8.245/91 que rege a locação de imóveis urbanos ainda sob uma dimensão de propriedade com conteúdo econômico ignorando a dimensão digna que assume tal forma de moradia e, portanto, a proteção mais efetiva do seu titular que funcionaliza a propriedade em relação ao proprietário desnudo da posse.

Assim, há avanços na consagração do direito humano-fundamental à moradia, bem como, a sua conformação legislativa com criação de políticas públicas, todavia, ainda há um caminho a percorrer capaz de garantir plena proteção e promoção, inclusive, na sua relação com os demais direitos como a proteção do meio ambiente e prevenção de riscos de desastre, que ainda é carente de plena regulamentação.

⁷⁶ MOURA, Emerson Affonso da Costa; MOTA, Mauricio Jorge Pereira da; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Programa Casa Verde e Amarela: Comentários à Lei Federal nº 14.118/21. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

5. APORTES DA CLÁUSULA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO HUMANO-FUNDAMENTAL À MORADIA

Usualmente se identifica o direito à moradia como direito humano-fundamental de natureza social, já que não se liga apenas a interesses privados de índole individual – como é usualmente a propriedade – mas a tutela de interesses públicos, já que envolve o bem-estar da coletividade, e em especial, demanda ações para parte da população que reside em locais caracterizados pela precariedade como favelas, comunidades, palafitas e afins.

Essa dimensão social afasta a tradicional identificação de moradia como habitação, já que embora naturalmente englobe, também, as relações patrimoniais advindas da propriedade, o direito à moradia admite um cunho social como tratado, mas, também, um eminentemente pessoal, já que envolve o acolhimento para além de uma estrutura material somente, mas uma condição digna de abrigo⁷⁷.

A moradia é o *locus* das relações individuais do ser humano – o lugar de seu abrigo e proteção, de intimidade e vivência – onde desenvolve sua personalidade no campo mais íntimo. Neste viés, o bem não assume a dimensão liberal clássica napoleônica de uma propriedade sujeita à um domínio com exclusão, mas de uma relação jurídica do seu titular com a comunidade onde o objeto – a moradia – serve para manifestação de sua autonomia.

Além disto, o direito à moradia tido a partir da cláusula geral da dignidade da pessoa humana assume uma dimensão de índole social, já que corresponde ao ambiente onde seu titular exerce as suas relações sociais próximas. Por um lado, é o lugar de convivência socioafetiva com a família ou vínculos fraternos, por outro, de interações com a vizinhança e com a comunidade local.

Por fim, a moradia digna representa para além do exercício de uma autonomia privada – individual e social – uma autonomia pública. Por um lado no conhecido domicílio – para eleitoral, civil, penal e administrativo – porém sem se restringir somente ao endereço. É o local de vínculo com a cidade e o Estado como condição para o exercício de sua dignidade, na dimensão de liberdades públicas e cidadania política⁷⁸.

⁷⁷ SOUZA, Sérgio Iglesia Nundes de. Direito à Moradia e de Habitação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 139.

⁷⁸ PAGANI, Elaine Adelina. O Direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 122.

Reconhecer o direito humano-fundamental-social à moradia à luz da dignidade da pessoa humana significa reconhecer mais do que uma prestação estatal por habitação adequada, mas uma moradia como forma de garantir a melhoria contínua de sua condição de vida⁷⁹, com adoção pelos Estados de políticas públicas de habitação que permitam realizar progressivamente o ser humano em sua autonomia, personalidade e, portanto, dignidade.

Isto importa a implementação de ações estatais de promoção como visto, mas, igualmente, estabelecer sistemas eficazes de sua proteção, de forma a garantir o assentamento do ser humano com segurança – proteção legal da posse contra despejos forçados, perturbação ou ameaça – em áreas seguras, saudáveis, equitativas, sustentáveis e produtivas⁸⁰, ou seja, que o direito à moradia se conecte plenamente ao direito à cidade.

Neste ponto, a regularização fundiária é um processo para acerto não apenas urbanístico, mas também social da terra, ou seja, dos assentamentos irregulares ou clandestinos destinados à moradia em atenção a promoção de uma urbe, o que conduz inexoravelmente ao pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e as condições saudáveis de seus habitantes.

As funções sociais da cidade não podem ser vistas desconectas com o direito à moradia digna, já que não envolvem apenas funções de gestão ou de garantia de habitação em uma dimensão urbanística tradicional, mas se relacionam de forma íntima com os direitos fundamentais de forma que dentre as funções urbanas encontra-se a promoção de um viver digno em um ambiente urbano.⁸¹

De igual forma, deve-se superar a interpretação literal do comando constitucional, já que a função social da propriedade urbana não se restringe ao atendimento das diretrizes fixadas no plano diretor, que ainda é na realidade brasileira um instrumento limitado, não sendo os poucos casos de que a legislação ignora aspectos reais da urbe não apenas em sua dimensão espacial-geográfica, mas social, econômica, política e cultural.

O plano diretor envolve o atendimento de um complexo de critérios que variam desde a adequação do direito de construir às normas urbanísticas, até a democratização das oportunidades de acesso a propriedade urbana, a correção das distorções de valorização do solo urbano, bem como, a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda.⁸²

⁷⁹ Organização das Nações Unidas, Assembléia Geral, Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 16 de dezembro de 1966. Art. 11. II.

⁸⁰ SAULE JUNIOR, Nelson. *Direito à Cidade: Trilhas Legais para o Direito das Cidades Sustentáveis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002. p. 21.

⁸¹ RIOS, Arthur. *Regularização Fundiária Urbana*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 30 e 23.

⁸² SAULE JUNIOR, Nelson. Op. cit. p. 174.



Tais funções do plano diretor devem considerar a terra urbana – e de expansão urbana – como instrumento de desenvolvimento da pessoa humana na cidade produzindo um planejamento que considere coeficientes não só urbanísticos, mas de promoção da moradia digna e toda potencialidade do exercício da autonomia em sua dimensão individual, social, econômica, cultural e política, o que produz efetivamente desenvolvimento na cidade.

O direito à moradia enquanto direito humano, fundamental e social é complexo e multifacetado não se limitando apenas a proteção da propriedade individual, liberal e burguesa ou a promoção do coletivo social via regularização fundiária para as comunidades carentes. Ao revés, demanda em sua relação com os demais direitos, um feixe de ações estatais – e de particulares – na promoção da dignidade humana.

Não se limita apenas a prestação negativa estatal – de não ser privado arbitrariamente de uma habitação – mas ainda medidas de caráter positivo – garantindo a moradia mediante políticas públicas que envolvem em um primeiro momento a habitação, mas que não se limita apenas a implementação pelo Estado de programas habitacionais⁸³. Devem ser buscadas ações estatais que garantam a promoção da moradia para além da habitação.

Uma vez que a lei de regularização fundiária urbana abrange assentamentos irregulares, a saber, aglomerados subnormais ocupados por coletividade de pessoas em parcelamentos informais ou irregulares com uso predominante de fins de moradia, a regularização fundiária envolve a promoção da dignidade da população que reside em locais caracterizados pela precariedade como favelas, comunidades, palafitas e afins.

Importa em abranger o núcleo dos direitos fundamentais^{84,85}, já que envolve prestações de saúde, educação, moradia e de direitos políticos, retirando os moradores da comunidade da condição precária, para alçarem o *status* de efetivos titulares de posições subjetivas em face do Estado e possam exercer plenamente a sua autonomia privada individual e social, mas igualmente pública e política.

⁸³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988. Art. 23 IX.

⁸⁴ Parte da doutrina ao se referir ao mínimo existencial considera a distinção entre um núcleo essencial que deve ser reconhecida eficácia jurídica positiva e para além deste núcleo onde se desenvolvem outras modalidades de eficácia jurídica na preservação do espaço da política e das deliberações majoritárias. Barcellos, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. cap. VII, em especial p. 248.

⁸⁵ Considerar, por exemplo, que o direito a moradia se sujeita a discricionariedade ou conformação dos poderes públicos – definindo se devem ser colocados ou não a disposição da sociedade – ou a reserva do possível e as limitações financeiras – permitindo que o Poder Público disponha livremente da maior parte do orçamento com publicidade e alegue insuficiência econômica para realizar essas prestações essenciais – seria violar as próprias regras do jogo democrático, uma vez que, para participar da deliberação pública é necessária ao cidadão a fruição mínima dos direitos fundamentais.



Para as demais vivendas, o direito à moradia abrange, igualmente, ações estatais voltadas à infraestrutura e prestação de serviços públicos garantindo a oferta de condições materiais para a fruição dos direitos e, também, o exercício da autonomia e o desenvolvimento individual, social, econômico, político, cultural e demais dos habitantes da cidade estejam em núcleos informais ou não.

Supera-se, portanto, uma compreensão do direito à moradia como programático e sujeita a realização progressiva pelos poderes públicos conforme os recursos disponíveis, para reconhecer que produzem consequências desde o início de sua vigência⁸⁶, já que veiculam bens e interesses sociais conceitualmente qualificáveis como direitos subjetivos, que são pronta e diretamente exigíveis dos poderes públicos.

Não se ignora, que cabe aos poderes públicos no âmbito da criação e execução orçamentária, determinar as prioridades e a destinação dos recursos públicos na gestão econômica e financeira do Estado.⁸⁷ Porém, argumentos como escolhas difíceis realizadas em um contexto de escassez de recurso e de multiplicidade de demandas, que demandam uma reserva do possível – jurídica e econômica⁸⁸ busca ignorar compromissos constitucionais.

A decisão política de tutela do direito humano-fundamental no texto constitucional conduz à moradia a natureza de norma jurídica, que embora tenha espaço de conformação legislativa e discricionariedade administrativa não lhe retira a eficácia e vincula os poderes constituídos, de forma que, embora não seja possível determinar como ocorrerá não os dá a margem de livre decisão quanto à opção de efetivá-los.⁸⁹

⁸⁶ Objetivamente produziram por efeitos desde o início de sua vigência: revogam os atos normativos anteriores incompatíveis; vinculam o legislador à sua realização; informam a interpretação e aplicação da lei pelo Poder Judiciário; e, condicionam a atuação da Administração Pública. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional...* ob cit. p. 156.

⁸⁷ Isto envolve além de promover as prestações relativas aos direitos sociais, fixar a receita tributária e patrimonial, determinar a redistribuição de rendas, bem, como promover o desenvolvimento econômico e equilibrar a econômica, através do equilíbrio entre as receitas, despesas e investimentos nos planos anuais ou plurianuais. Sobre o orçamento, vide: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. cap. VIII, em especial p. 172.

⁸⁸ Caberia ao Poder Legislativo a atribuição de definir as prioridades dentre as múltiplas demandas existentes em um contexto de carência de recursos públicos, em razão da legitimidade e responsabilidade advinda do processo majoritário, bem como do melhor conhecimento das receitas disponíveis e das necessidades sociais. Neste sentido: TORRES, Silvia Faber. Direitos sociais prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 783-785.

⁸⁹ Decorre, ainda, dos próprios objetivos do Estado Democrático de Direito que é a consecução da justiça social enquanto a distribuição redistribuição dos bens existentes, realizado através de Políticas Públicas, que impõe um projeto emancipatório real e concreto para transformação da realidade e deveres de atuação para os poderes públicos na persecução de tais finalidades. FRASCATI, Jacqueline Sophie P. G. Ob. cit., p. 102-105.

Condicionar a realização deste direito constitucional à decisão política orçamentária importaria em ignorar a eficácia vinculativa de sua norma definidora, submetendo a força normativa da Constituição à decisão dos poderes constituídos permitindo que frustrem a efetividade de seus preceitos com a não alocação material ou fática dos recursos necessários a sua fruição.⁹⁰

Isto não significa ignorar a impossibilidade de plena concretização do direito à moradia a cada um dos seus titulares, porém, que o equacionamento entre estes legítimos vetores – o economicamente viável e o socialmente almejado – subsume-se ao parâmetro da reserva do possível, ao menos na forma do Tribunal Constitucional Federal Alemão, que é expreso na necessidade da prestação ser razoavelmente exigível perante a possibilidade social.⁹¹⁻⁹²

Assim, o direito humano-fundamental à moradia se sujeita a distintos momentos, graus e modos de efetivação pelos poderes públicos diante da necessidade de promoção de outros direitos fundamentais insertos nas disponibilidades de recursos financeiros do Estado⁹³, porém, subsistindo o dever de realização progressiva do conjunto de prestações indispensáveis a sua fruição plena.⁹⁴

⁹⁰ Este entendimento se conduz a compreensão que inexistente campo de escolha livre nas escolhas orçamentárias, não necessariamente significa que o Poder Judiciário deve ignorar a existência de previsão orçamentária na realização dos direitos sociais. As alocações orçamentárias não correspondem limites insuperáveis ao controle judicial, porém, devem ser tidas no processo cognitivo pelo juiz. Neste sentido: SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais:... cit., p. 573-574.

⁹¹ A construção deve-se ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que na ação que versava sobre estudantes habilitados no vestibular para a Faculdade de Medicina, não classificado diante do número de vagas da instituição, previu que o direito sujeitava-se a fixação da *razoabilidade da pretensão*, de forma que seria incompatível que os recursos públicos limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo outros interesses da coletividade. BVerfGE 33: 303-333. No Brasil, o STF tem entendido do mesmo modo: “A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política”. STF, ADPF 45/DF, j. 29.04.2004, despacho do Min. rel. Celso de Mello.

⁹² Divide-se o entendimento de Daniel Sarmiento ao considerar que na reserva do possível compreende o binômio a *razoabilidade da prestação exigida* e a *universalização da decisão*. Assim, por exemplo, cabe ao juiz em uma ação que se postule um tratamento médico no exterior, não se o custo é suportável pelo Erário, mas se é razoável proporcionar este tratamento médico aqueles em situações idênticas e diante da sociedade. SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais... cit., p. 572.

⁹³ Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu art. XXII estipula que a efetivação dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais deve considerar a organização e os recursos disponíveis no Estado. Consulte o teor completo no site da Internet: [www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml]. Acesso em: 21.10.2023.

⁹⁴ Como visto, os poderes públicos estão vinculados a escolher os meios que tornem efetivo o conteúdo mínimo dos direitos sociais aos indivíduos que precisem. Ultrapassado, porém, este núcleo básico adstringe-se a promoção dos bens e interesses sociais à reserva do possível, dentro do espaço de conformação e discricionariedade dos poderes públicos, analisado dentre outros fatores, a disponibilidade financeira.

Este é o sentido da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que estipula a necessidade de demonstração de uma marcha progressiva pelos poderes públicos na adoção de políticas públicas⁹⁵, bem como, a interferência direta do Poder Judiciário em caso de ausência ou deficiência grave do serviço para a realização do direito fundamental com a imposição de plano aos poderes públicos para adotar ações e alcançar tal objetivo.⁹⁶

Por fim, há ainda muitos desafios para a tutela do direito humano, fundamental e social à moradia no campo da teoria, dogmática e prática jurídica, o que demanda da literatura jurídica e dos operadores do Direito um compromisso ético e profissional no engajamento para a plena concretização da moradia digna como um instrumento importante de autonomia individual e promoção social.

6. CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana atua como princípio fundamental do Estado Brasileiro e como cláusula geral que irradia sobre todos os direitos e garantias fundamentais reconduzindo a criação, interpretação e aplicação de suas normas jurídicas à proteção do homem em sua dignidade e a promoção de suas autonomias como exercício e desenvolvimento pleno de sua personalidade.

A constitucionalização-releitura do Direito Civil à luz da dignidade da pessoa humana produz uma despatrimonialização das relações privadas e uma repersonalização dos institutos, categorias e normas civis, que conduzem um redimensionamento da propriedade privada ao atendimento de múltiplos interesses públicos, bem como, a compreensão dos interesses privados como manifestação da personalidade humana.

Se isto importa no reconhecimento que a propriedade privada atende funções sociais plurímas – social propriamente dita, econômica, ambiental, cultural... – bem como sua sujeição às autonomias individuais como manifestações do ser, por outro lado, torna necessário compreender como a interpretação do direito à moradia igualmente não se limitará a uma habitação adequada.

O direito humano-fundamental-social digna corresponde à compreensão de funções privadas – individuais como exercício da personalidade e sociais como resultado de interações e vínculos socioafetivos familiares e de vizinhança – e públicas – como o domicílio e lugar de reconhecimento das relações administrativas, civis, eleitorais e penais, bem como, o exercício da cidadania ativa na formação da decisão pública.

⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 02. J.15/04/2020. Rel. Min. Luiz Fux.

⁹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral. Tema 698. Min. Luís Roberto Barroso.



Embora seja regulamentado com a criação de políticas públicas voltadas à regularização fundiária não se limita sua tutela apenas aos vulneráveis e tão pouco apenas a concessão de habitação ou titulação devendo ser relacionado com os demais direitos humanos-fundamentais permitindo a sua concretização com oferta de infraestrutura e de serviços públicos para a cidade formal e informal garantindo o desenvolvimento individual, social e urbano.

Sob tal égide, como qualquer direito constitucional se sujeita à conformação legislativa e discricionariedade administrativa como espaços legítimos de tomada de decisões políticas majoritárias, porém, sem ignorar seu *status* de escolha política fundamental do poder constituinte soberano, que o protege do esvaziamento das maiorias eventuais e dota de norma jurídica com eficácia reconhecida e exigível.

Sua promoção pelos poderes públicos sob um Estado Constitucional e Democrático de Direito encontra limites na própria racionalidade jurídica que demanda a delimitação de uma esfera de concretização do razoavelmente exigível perante a necessidade e possibilidade social sem que isto importe em recusa à sua concretização a partir de argumentos generalistas com conceitos não normativos como escolhas drásticas, escassez de recursos ou reserva do possível.

O direito à moradia é um compromisso político afirmado como escolha fundamental da sociedade no texto constitucional, que demanda o concerto entre os atores estatais na concretização da vivenda digna para todos mediante a adoção progressiva de políticas públicas pelos poderes públicos majoritários e controle da finalidade constitucional de promoção deste bem jurídico-constitucional pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Agassiz de. CRUZ, Danielle da Rocha (Coord). Estado de direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Direitos Fundamentais na Constituição de 1976. Coimbra: Almedina, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Curso de direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalismo(s). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2023, p. 2104-2133.

Emerson Affonso da Costa Moura, Marcos Alcino de Azevedo Torres,
Maurício Jorge Pereira da Mota

DOI: 10.12957/rdc.2023. 81480 | ISSN 2317-7721

CARVELLI, Urbano. SCHOOL, Sandra. Evolução Histórica dos Direitos Fundamentais: Da Antiguidade até as Primeiras Importantes Declarações Nacionais de Direito. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 48 n. 191 p. 169-171 jul/set 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COELHO, Rosa Júlia Plá. Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais. 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio (Coord). Estatuto da Cidade: Comentários à Lei Federal 10.257/2001. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRASCATI, Jacqueline Sophie P. G. Força jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 63. p. 81. São Paulo: Ed. RT, abr. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos e Garantias: La ley del mais débil. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991

LASSALLE, Ferdinand. Que é uma Constituição. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. Los Derechos Fundamentales. Madrid: Tecnos, 2004.

MENDES, Gilma Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados. Revista jurídica da presidência da república. n. 14 jul/2000.

MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais– sua dimensão individual e social. Revista dos Tribunais, out/dez, Recife, 1992.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: Tendências in: Revista dos Tribunais. Vol. 779 set. 2000.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; MOTA, Mauricio Jorge Pereira da; TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. Programa Casa Verde e Amarela: Comentários à Lei Federal nº 14.118/21. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

PAGANI, Elaine Adelina. O Direito de propriedade e o direito à moradia: um diálogo comparativo entre o direito de propriedade urbana imóvel e o direito à moradia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009

RIOS, Arthur. Regularização Fundiária Urbana. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2023, p. 2104-2133.

Emerson Affonso da Costa Moura, Marcos Alcino de Azevedo Torres,
Mauricio Jorge Pereira da Mota

DOI: 10.12957/rdc.2023. 81480 | ISSN 2317-7721

_____. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 09 jan/jul 2007

_____. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

_____. (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004

_____.; GALDINO, Flávio. *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 35. ed., rev. e atualizada até a emenda constitucional nº 68. São Paulo: Malheiros, 2012

SAULE JUNIOR, Nelson. *Direito à Cidade: Trilhas Legais para o Direito das Cidades Sustentáveis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

SOUZA, Sérgio Iglesia Nundes de. *Direito à Moradia e de Habitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. *Ativismo judicial e políticas públicas: direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Marcelo Nóbrega da Câmara. *Direitos sociais*. Brasília: Senado Federal, 1987.

Sobre os autores:

Emerson Affonso da Costa Moura

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ) e da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Coordenador do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito e Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor Convidado do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Presidente da Comissão de Direito e Políticas Públicas do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2482762073000021> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9824-0832>

E-mail: emersonacmoura@gmail.com



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2023, p. 2104-2133.

Emerson Affonso da Costa Moura, Marcos Alcino de Azevedo Torres, Mauricio Jorge Pereira da Mota

DOI: 10.12957/rdc.2023. 81480 | ISSN 2317-7721

Marcos Alcino de Azevedo Torres

Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2004). Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Fórum Permanente de Direito da Cidade da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5873682551507950> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9722-1330>

E-mail: malcino@globo.com

Mauricio Jorge Pereira da Mota

Doutorado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2002). Professor Permanente do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Professor do Doutorado em Meio Ambiente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Professor Adjunto da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ e Procurador do Estado - Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8340543270360777> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2890-6010>

E-mail: mjmota1@gmail.com

As autoras contribuíram igualmente para a redação do artigo.



Rev. Dir. Cid., Rio de Janeiro, Vol. 15, N.04., 2023, p. 2104-2133.

Emerson Affonso da Costa Moura, Marcos Alcino de Azevedo Torres,
Mauricio Jorge Pereira da Mota

DOI: 10.12957/rdc.2023. 81480 | ISSN 2317-7721