

# DIREITO À MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Jefferson Matos Rosseto<sup>1</sup>

Resumo: O direito à moradia inserida pela emenda número 26/2000 é direito fundamental, eis que se encontra, por força da lei, dentre os chamados direitos sociais localizados no artigo 6º da Constituição Federal. Por esta razão o direito à moradia cumpre uma importante função social no Direito brasileiro, visto que alçado à condição de norma constitucional relaciona-se de maneira diferenciada com as demais normas do sistema jurídico. No caso concreto, havendo incompatibilidade com uma norma infraconstitucional, sempre prevalecerá à norma superior, isto é, o direito à moradia. Este “leve aroma moral” que se imiscui na grande maioria dos direitos fundamentais, e também no direito à moradia é decorrente da crescente positividade dos direitos chamados naturais e tem a ver com o tratamento e reconhecimento do homem como centro das preocupações do Direito. Não que ele nunca o tenha sido, pelo contrário a razão do nascimento e a própria finalidade das normas jurídicas é o homem que possui algo humano que é sua dignidade. Nesse aspecto é que o direito à moradia guarda relação com a dignidade da pessoa humana. Assegura-se ao sujeito que possa ter um local para habitar sozinho ou com sua família e ali, na privacidade do lar, exercer aquilo que conhecemos por liberdade na esfera privada.

Palavras-Chave: Moradia; direito fundamental; direito.

---

1Aluno do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogado com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil. Graduação em direito pela Faculdade Integradas de Bauri (2010). Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Reflexões sobre a Educação Jurídica Brasileira" (CNPq/UNIVEM).

## RIGHT TO HOUSING AS A FUNDAMENTAL RIGHT

**Abstract:** The housing rights were to be considered fundamental rights as they were inserted in Brazilian constitution through the amendment # 26/2000 among other social rights which can be encountered on article 6<sup>o</sup> of the Federal Constitution. For this reason, housing rights play an important social function on Brazilian rights; because of its constitutional status it is generally claimed before other rights of the juridical law system. In real legal dispute, housing rights can be more important than an infra constitutional law as they are considered superior rights in account of other ones which not considered fundamental and social rights. This special quality of fundamental rights, it's "kind moral aroma" is deeply connected to this sort of rights and so on, housing rights are in Brazilian legal system also written as the great amount of other so called natural rights. The preoccupation to turn fundamental and natural rights written was encouraged by the Positivism juridical ideology for mankind had been recognized as the kernel of Law. But this recognition is not and lately ideology in Jurisprudence, as the rights genesis and even their very own goal is mankind, a person who has something human which is its dignity. It is under this perspective housing rights have an important correspondence to the principle of human dignity. The legal system needs to be able to assure to the subjects a place to live alone or with one's family and it is in this place, at home privacy, an individual can prosecute its freedom.

**Keywords:** House; fundamental right; right.

## INTRODUÇÃO



direito à moradia consiste na ocupação de um lugar, uma casa ou apartamento para nele habitar. Esse conceito não se limita ao fato de que o sujeito deve ter uma casa em seu nome ou uma casa própria, mas que seja um local onde a família possa abrigar-se de modo permanente.

Nesse sentido, o direito a moradia está intimamente ligado à função social da propriedade e à função social das cidades. Isso porque, além do fato de que, segundo a nossa Carta Maior a casa é direito inviolável do indivíduo, é nela que ele, de algum modo, exerce seu direito a uma vida digna.

A importância do direito a moradia, dentre os direitos sociais se nota, visto que houve emenda constitucional, a de número 26/2000, para que se acrescesse tal direito subjetivo à categoria de prerrogativa social.

Tal inclusão não significa apenas que o Estado Social Democrático de Direito reconhece o direito a moradia, mas, além disso, que tal direito, como prerrogativa do indivíduo, deve ser concretizado, por conta da força normativa da Constituição.

Elencar o direito a moradia dentre os direitos sociais o eleva a condição de um direito capaz de tornar viável, pelo seu exercício, a dignidade da pessoa humana que é cláusula geral e princípio norteador de toda a Constituição da República Federativa. A posição tópica que tal direito ocupa no rol do artigo 6º da Constituição Federal demonstra indubitavelmente o valor ético que se encontra na norma, aliás, valor reconhecido por várias nações o que o eleva a uma espécie de categoria universal de direito dos indivíduos, característica essa que é partilhada pelos direitos chamados de fundamentais.

Assim, para além de mero lugar para morar, o direito a moradia se configura num verdadeiro instrumento para a realização da dignidade e, por esta razão se impõe sobre as demais normas do sistema normativo brasileiro.

Enquanto norma jurídica, o direito à moradia possui, se quisermos pensar como Reale (1994), três aspectos ou dimensões: a dimensão científica, que equivale ao preceito normativo, a ordem ou comando que se insere no direito a moradia. Nesta dimensão, a moradia é um direito, uma espécie situação que pertence ao indivíduo: ele tem o direito de exercer a sua dignidade em um local que possa chamar de casa ou lar sem que outro o perturbe.

O direito subjetivo, isto é, essa situação de exercício positivo da moradia pertence a um indivíduo e faz com que outro não possa perturbar esse exercício, trata-se da liberdade positiva para um e do limite ao exercício de liberdade para o outro.

A questão não é pacífica e aponta para o problema do exercício das liberdades no contexto dos chamados subjetivos, e dentre os direitos subjetivos podemos citar todos os direitos fundamentais, inclusive o de moradia.

Mas além de direito ou de norma jurídica garantidora de um direito, a moradia também possui uma dimensão valorativa, isto é, no é apenas uma ordem, um preceito, mas a concretização de um valor ético ou moral que está reconhecido socialmente.

Nesse sentido a moradia quando se torna valor fundamental, porque inserido no rol dos direitos fundamentais constitucionais, espelha toda a cultura de um povo ou nação, que é a nação brasileira. Quer seja historicamente ou por uma vontade geral, o fato é que a moradia tem grande importância social.

Por fim, a terceira dimensão, que é o fato social. Não podemos olvidar a existência de moradias indignas, como é o caso das favelas e das populações ribeirinhas que vivem em situação miserável no norte do país.

Obviamente que entre o reconhecimento da situação de fato e a garantia do direito a moradia existe uma grande distância, visto que não é porque um direito está garantido constitu-

cionalmente que ele se realizará para todos do dia para a noite. Este, aliás, o grande problema que enfrentam os governos na concretização dos preceitos constitucionais quando dizem respeito aos direitos sociais, que é a grande questão da Justiça Distributiva.

O problema da justiça distributiva e que leva, por consequência ao problema do exercício do direito de moradia em termos pragmáticos, é o da distribuição dos recursos econômicos. A liberdade igual para que todos pudessem exercer o direito de moradia tem, assim, como condição prévia a questão econômica. Em um país onde são grandes as diferenças de classe social, maior a dificuldade do exercício deste direito. Os mais pobres não têm liberdade para usufruir o direito à moradia porque não podem possuir um lar, quer seja como proprietário quer seja como locatário. Ainda que programas sociais do Governo Federal, como foi o caso do incentivo para adquirir a propriedade de casas e apartamentos por meio do “Minha Casa, Minha Vida” tenha de certo modo propiciado benefício aos menos favorecidos, tal atuação não atinge totalmente os mais pobres, mas somente aqueles em condições de garantir, ainda que minimamente, pagamento das parcelas do contrato de financiamento.

Por fim, o critério da justa oportunidade de exercício do direito à moradia também é falível. Não são somente as condições econômicas que levam o sujeito a deixar de exercer o direito à moradia. O modo de vida, as questões de ordem psicológica ou social também contribuem para a desigualdade de oportunidade. Nem todos os chamados “sem teto” realmente não tem condições de adquirir uma casa para morar. Há não rara exceção, aqueles que abandonados pela família ou pela sorte não têm interesse em usufruir deste direito. Há outros que, por desenvolvimento mental incompleto ou portadores de distúrbios psíquicos também estão em condições de mendicância vivendo nas ruas.

Nesse sentido, Tércio Sampaio Ferraz Junior nos ensina que a justiça distributiva é uma justiça problemática, pois sempre haverá os mesmos bens para serem distribuídos para pessoas diferentes. É como se existisse somente um bolo, sempre de um mesmo tamanho e que a cada escolha do Estado para beneficiar um dado grupo de pessoas com um ou outro bem social, deve-se diminuir a fatia do bolo de outro grupo. Por isto sempre haverá um grupo de excluídos. E, em termos de moradia, o grupo dos excluídos forma as favelas, porque, afinal, faz parte do ser humano fixar um local para que possa habitar ou permanecer.

Essa necessidade é antiga e remonta à esfera privada onde o indivíduo devia vencer o reino da necessidade. Como ensina Arendt (2000), era na esfera privada que o indivíduo, o pater famílias, deveria vencer o reino da necessidade que era imposta pela sobrevivência de seu corpo e pela manutenção de sua casa para que pudesse ganhar identidade entre os seus como um “*eleuterós*”, isto é, um homem livre. Ou seja, na Antiguidade, a condição para ser alguém com a possibilidade de grandes feitos que eternizassem seu nome e sua identidade era a casa, a moradia bem administrada.

Em que pesem as grandes mudanças de cultura e valores com o passar dos tempos e que de certa forma tenha havido uma publicização do privado e uma privatização do público, o certo é que a moradia ainda é mais que um local de asilo inviolável ou recolhimento que delimita a esfera de liberdade do indivíduo ou a sua intimidade ou privacidade; é no lar, neste local escolhido como moradia que se realizam os valores éticos que tornam o homem digno.

## 1. CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA FUNÇÃO HERMENÊUTICA

Encontramos no bojo do texto constitucional cinco espécies de direitos fundamentais, a saber: os direitos individuais, os coletivos, os sociais, os de nacionalidade e os políticos.

Moraes (1997, p. 43) os classifica em direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos individuais e coletivos encontram-se no artigo 5º e em seus incisos da Constituição Federal e ligam-se diretamente ao conceito de dignidade da pessoa humana e da própria personalidade do sujeito, como é o caso do direito à vida, liberdade igualdade, propriedade e segurança.

Os direitos sociais estão ligados à idéia das liberdades positivas e encontram-se nos artigos 6º, 193 e seguintes da Constituição Federal. Trata-se de normas de observância obrigatória e têm por finalidade a concretização da igualdade por meio da melhoria das condições de vida dos indivíduos considerados hipossuficientes. É o próprio fundamento do Estado Democrático de Direito.

Os direitos à nacionalidade se encontram no artigo 12 da Constituição Federal e têm como escopo capacitar o indivíduo para adquirir sua nacionalidade, que é uma qualidade positiva e obriga o Estado a proteger o sujeito assim considerado ao mesmo tempo em que o obriga, sujeitando-o a cumprir os deveres impostos aos cidadãos nacionais.

Os direitos políticos se encontram nos artigos 14 a 17 da Constituição Federal e permitem ao cidadão o exercício concreto da liberdade de participação na vida política do país ao lhe conferir as capacidades ativas e passivas da elegibilidade (SPADOTTO, 2003, p. 30).

Moraes comenta que os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos podem ser assim chamados vez que a Constituição reconheceu os partidos políticos como instrumentos necessários à preservação do Estado Democrático de Direito.

Cumpra anotar que esta classificação não é taxativa, isto é, outros direitos fundamentais podem ser assim considerados por sua importância e características e não somente do ponto de vista da tópica, isto é, do lugar que ocupam na sistemática constitucional.

Por outro lado também importa observar que há, na lição de Brega Filho (2002, p. 28 e ss), uma certa banalização de direitos fundamentais, eis que há uma certa tendência a vulgarizar e multiplicar tais direitos.

Sarlet (2007, p. 150) alerta que deve haver um critério rígido para o reconhecimento desses direitos para que não se tornem letra morta. Melhor seria, comenta que os direitos fundamentais já garantidos pela Carta Máxima tivessem seu exercício efetivamente viabilizado.

O direito à moradia, desta forma, se encontra formalmente ligado aos direitos chamados de sociais. A classificação doutrinária tem uma razão de ser. Com ela se organizam os feixes de princípios e interpretações possíveis para a aplicação efetiva de um direito reconhecidamente social.

Desta maneira, quando um direito não pertencente ao mesmo rol dos direitos fundamentais se choca com outro que ali se encontra, a prevalência é pela manutenção deste último. Esta regra hermenêutica que imprime à obrigação de se acolher sempre ao caso concreto a subsunção da norma superior e não da norma inferior tem como finalidade garantir, do ponto de vista político, a estabilidade do ordenamento ou sistema jurídico.

Segundo Bobbio (1996, p. 81 e ss), jus filósofo e teórico político, essa seria a função teleológica dos critérios para solução das antinomias aparentes que surgem em uma situação jurídica concreta.

Assim, quando a emenda constitucional número 26 de 2000 elevou o direito à moradia ao rol dos direitos fundamentais no artigo 6º da Constituição Federal, deu a ele *status* dife-



renciado para enfrentar o possível choque de normas no sistema, ligando-o estreitamente com o princípio estruturador do sistema jurídico brasileiro que é a dignidade da pessoa humana e colocando-o num patamar superior às demais normas infraconstitucionais.

Entretanto, a qualidade de norma superior só resolve uma espécie de antinomia, que é a do tipo aparente. A antinomia, segundo Bobbio (1996), é uma incompatibilidade, *a priori*, de duas normas ou regras pertencentes ao mesmo sistema jurídico. Isso porque, se aparente, há regras para sua solução. Os demais critérios, a par do critério da norma superior são o cronológico, e o da prevalência da lei especial sobre a lei geral.

Pelo critério cronológico, a norma que foi posta mais recentemente no ordenamento tem preferência sobre a mais antiga naquilo em que ambas se chocarem.

Pelo critério da lei especial, a norma mais específica tem prevalência sobre a norma mais geral (*Lex specialis derogat generalis*).

E o critério hierárquico dispõe que a norma superior tem prevalência sobre a norma inferior. Assim, entre o direito à moradia e uma norma infraconstitucional como, por exemplo, o direito de execução do credor, prevalece o primeiro, visto que o lar, a moradia, é direito fundamental do devedor e não pode ser tomado para pagamento de um débito. Fala-se, neste sentido, na impenhorabilidade do bem de família.

O problema, entretanto, ocorre quando o direito à moradia se choca com outras normas que se encontram em igual situação constitucional. Aí ele poderá não ter prevalência porque não tem o *status* diferenciado que lhe dá a Constituição, não é, neste caso, a norma superior.

O que prevalecerá, neste caso, será o critério político, a adequação justa de uma norma ao caso concreto e não um critério preestabelecido, como ocorre com as antinomias aparentes. Aliás, neste caso, fala-se em antinomia real, ou seja, a in-

compatibilidade não encontra solução. Conforme ensina Ferraz Jr. (2001, p. 208):

A distinção entre antinomias reais e aparentes, fundada na existência ou não de critérios normativos positivos para sua solução pode e deve, pois, ser substituída por outra em que antinomia real é definida como aquela em que a terceira condição é preenchida, ou seja, a posição do sujeito é insustentável porque não há critérios para sua solução, ou porque entre os critérios existentes há conflito, e é aparente em caso contrário. Por exemplo, duas normas constitucionais (mesmo nível), igualmente gerais (mesma extensão), promulgadas ao mesmo tempo (simultâneas) configurariam caso de antinomia real.

Portanto, se pensarmos analiticamente, a classificação do direito à moradia entre os direitos fundamentais tem sua razão de ser. O fato da idéia de moradia, de lar, fundar-se na noção de dignidade da pessoa humana exercida na esfera privada (daí porque é definida constitucionalmente como “asilo inviolável” do indivíduo) a coloca, em princípio em posição superior às demais normas; porém essa superioridade nem sempre lhe garante a predominância e a sustentabilidade diante de outras normas pertencentes ao mesmo sistema jurídico.

Essa forma de pensar o Direito sistemático e dogmático cumpre, enfim, um papel, que é o de manutenção da estabilidade do sistema ou ordenamento (Bobbio utiliza ambas as expressões), mas não se garante que todas as antinomias terão soluções racionais. No caso das chamadas antinomias reais como disseram, não há um critério técnico de solução:

Apesar disso, é uma forma de pensar dogmaticamente que persevera, não só por força de uma arraigada tradição, mas também porque cumpre ainda funções sociais de neutralização política e econômica, para as quais ainda não se encontrou um substituto (FERRAZ JR., 2001, p. 250).

Assim, sem que haja, numa dada situação concreta uma solução para a incompatibilidade de duas normas, a decisão sobre qual norma será aplicada será, no fundo, uma decisão política.

## 2. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há várias características apontadas por doutrinadores como sendo intrínsecas aos direitos fundamentais.

Araújo e Nunes Junior (2002, p. 82-84) consideram como características a *historicidade, a universalidade, a limitabilidade, a concorrência e a irrenunciabilidade*.

Moraes (1997, p. 41) fala em *imprescritibilidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e complementaridade*.

Rothenburg (1990, p. 65) apresenta a *fundamentalidade, a universalidade, a inalienabilidade, a indivisibilidade, a historicidade, a positividade, a constitucionalidade, a interdependência, a abertura e inexaurabilidade, a projeção positiva, a perspectiva objetiva, a dimensão transdividual, a aplicabilidade imediata, harmonização, restringibilidade excepcional, proibição de retrocesso e maximização ou efetividade*.

A *historicidade* significa que os direitos fundamentais têm caráter histórico, ou seja, observamos que os direitos clássicos vão se aperfeiçoando e nos novos direitos vão sendo firmados, como é o caso do meio ambiente, da moradia.

A *universalidade* indica que se destinam a todos os indivíduos independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção política filosófica.

A *imprescritibilidade* significa que tais direitos não se perdem pelo decurso do tempo, nem o seu exercício.

Pela *inalienabilidade* se entende que tais direitos não podem ser transferidos seja a título gratuito ou oneroso.

Também não podem ser objeto de renúncia. O indivíduo pode deixar de exercê-lo temporariamente, mas não pode renunciar a ele.

A *inviolabilidade* é um limite a determinações infraconstitucionais ou atos de autoridades públicas que desrespei-

tem tais direitos sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal.

A *indivisibilidade* significa que todas as categorias de direitos fundamentais devem ser igualmente desenvolvidas e reconhecidas sem detrimento de uma ou outra. Deve-se respeitar a unidade de conteúdo de um direito fundamental, embora sua concretização possa ocorrer em diferentes graus de intensidade.

A *interdependência*, na lição de Brega Filho (2002), quer dizer que, em relação aos direitos fundamentais considerados em espécies, já que se entender que certo direito não alcança a eficácia plena se não houver a realização simultânea de alguns ou de todos ou outros direitos humanos.

Portanto, os direitos fundamentais vistos do ponto de vista da dogmática jurídica são direitos subjetivos com atributos diferenciados dos demais direitos subjetivos.

Via de regra os direitos subjetivos são compreendidos como garantia dos indivíduos em face da perturbação de outros indivíduos ou do Estado. É uma espécie de “propriedade” algo que alguém tem e que deve ser respeitado pelos outros. Trata-se de um exercício negativo de liberdade para os demais – que não podem perturbar a fruição do direito subjetivo do titular de direito. É, assim, em certo sentido, um “não fazer”.

No caso dos direitos fundamentais, não se trata apenas de uma publicização de um direito privado – direito ao exercício de uma liberdade, como é o caso da moradia -, mas da universalização deste exercício. Isso significa que seu reconhecimento não conhece as fronteiras territoriais e deve ser respeitado internacionalmente. Como aduz Comparato (2002, p. 466), “tal como no plano constitucional dos Estados, só a democracia assegura a organização da vida internacional com base no respeito integral à dignidade humana”.

Dissemos que o direito a moradia, além de direito fundamental é essencialmente um direito privado. Como menciona

Bobbio (2000, p. 23), o que se percebe é que, na dogmática jurídica, o direito privado é o direito principal e o direito público é um direito “não privado”, isto é, no fundo, uma proibição de invasão da esfera do direito privado:

Um dos eventos que melhor do que qualquer outro revela a persistência do primado do direito privado sobre o direito público é a resistência que o direito à propriedade opõe à ingerência do poder soberano, e, portanto ao direito por parte do soberano de expropriar (por motivos de utilidade pública) os bens do súdito.

Assinala, ainda, o grande jus filósofo e teórico político que as bases para o assentamento da idéia de direito privado como uma esfera do exercício da liberdade como autonomia da vontade teve suas raízes em Locke:

Com Locke a propriedade converte-se num verdadeiro direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político e, como tal deve ser o seu livre exercício garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo). Através de Locke a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público, torna-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode ser então redefinida como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público (BOBBIO, 2000, p. 24).

O grande problema aqui é saber o que é que está sendo exercido na esfera privada, íntima do indivíduo. Quando se diz que um dado direito é privado, parece-nos a priori que se quer dizer que o seu exercício não importa aos demais. Há algo de secreto, de invisível nessa afirmação, pois aquilo que o indivíduo realiza na sua intimidade não é dado a saber pelos demais, impedido que esteja o ato de ter publicidade.

A dignidade da pessoa humana é, no fundo, um atributo existencial do indivíduo; sem ela ele não existe como humano. Seu exercício é o exercício da autonomia da vontade, das liberdades, da exteriorização da vontade que o torna um sujeito úni-

co e individualizado.

Entretanto, se o exercício da dignidade por meio da garantia de direitos fundamentais estivesse relegado à esfera privada não haveria como controlar o abuso do exercício desse direito, como também não poderia o Estado garantir o não impedimento deste mesmo exercício pelos demais indivíduos. O próprio sujeito não poderia estar protegido nem mesmo do Estado garantidor, eis que tudo estaria no âmbito do “segreto”.

A publicidade tem, nesse sentido, o papel de garantir certa paz e certa justiça ao exercício dos direitos fundamentais. Daí porque há, para esses direitos, certa publicização que transparece nas características que lhe são atribuídas: são irrenunciáveis, irrevogáveis, universais, invioláveis, interdependentes, etc.

Sob este aspecto, é essencial à democracia o exercício de vários direitos de liberdade, que permitem a formação da opinião pública e asseguram assim que as ações dos governantes sejam subtraídas ao funcionamento secreto da câmara de conselho, desentocadas das sedes ocultas em que procuram fugir dos olhos do público, esmiuçadas, julgadas e criticadas quando tornadas públicas (BOBBIO, 2000, p. 30).

Assim, muito embora o direito à moradia guarde uma íntima relação com a dignidade da pessoa humana no sentido de ser o lugar onde, na vida privada o indivíduo se realiza como pessoa, esse exercício não é totalmente secreto, está assegurado no plano público pela Constituição Federal como norma fundamental e é com estas características que se assegura ao Estado e aos demais indivíduos certa publicidade que consiste, afinal na própria garantia à justa concretização desse direito.

Outro ponto a ser considerado acerca da relação entre direito à moradia e a dignidade da pessoa humana como direito fundamental é a interpretação do que seja “direito à moradia” depende do conceito que se tenha do se seja “digno”.

Nesse sentido, como a dignidade da pessoa humana, assim como outros direitos humanos é um “tipo aberto” utilizado na interpretação jurídica, há possibilidade de que muitos conte-

údos diferentes sejam a ela atribuídos.

Esta questão, longe de ser um problema é de fato, a maneira como se podem atualizar as questões sociais sobre moradia. Se o direito à moradia estivesse condenado a uma definição positivada por lei não seria possível se promover o debate sobre as questões sociais que se acercam do tema, como por exemplo, a questão da exclusão dos mais pobres dos programas habitacionais.

As características que se atribuem aos direitos humanos positivados na Constituição têm um caráter pedagógico: elas procuram delimitar quais direitos seriam realmente considerados direitos humanos e quais não poderiam, por conta deste rol de qualidades, estar dentre eles. Mas esta questão do que seja um direito humano não é pacífica.

Holder e Reidy (2013), em sua resenha sobre o livro “Human Rights: The Hard Questions”, comenta que é importante se ter consciência de que a pergunta “O que são os direitos humanos?” ainda não foi respondida.

A Parte I inclui três assuntos cuja ideia central “*O que são os direitos humanos?*”. *Este é um dos maiores tópicos que alguém poderia levantar acerca dos direitos humanos. É também uma questão que se tem carregado em debates recentes e para mim é uma questão central do debate sobre direitos humanos entre os filósofos neste momento.* Os três artigos nem mesmo oferecem uma análise deste tipo de trabalho (que é uma das razões pelas quais eu penso que não é um bom “primeiro livro” sobre direitos humanos), mas ao invés, escolhem três componentes particulares para conduzir a questão. O excelente artigo de Chris Brown “Direitos humanos e natureza humana” argumenta que uma teoria de sucesso sobre direitos humanos precisa integrar uma explicação do que seja a natureza humana. Este ponto de vista foi rejeitado pelos economistas políticos marxistas (que, deixando para trás as próprias reflexões iniciais de Marx sobre o ser humano e sua espécie, insistiram que o modo de produção é que faz das pessoas o que elas são) e os sociologistas durkheimianos (que levaram ao limite o poder explanatório dos fatos sociais per se), assim como filósofos e antropólogos que estavam frequentemente

ansiosos para rejeitar a noção da natureza humana em favor da maior tolerância racial. *Mas uma noção de direitos humanos repousará em uma superfície fina como o gelo se não houver uma noção de “humano” que possa ser utilizada para consubstanciar esses direitos.* Brown argumenta, com sensibilidade, que em um nível apropriado de abstração nós podemos realmente construir um senso do que seja a “natureza humana”, e somente assim, a este nível é que apropriadamente se pode construir uma teoria dos direitos humanos (HOLDER; REIDY, 2013, p. 01). [GRIFO NOSSO]

Para que se pense o direito à moradia como um direito fundamental é necessário que haja um núcleo doador de sentido para o que seja a moradia digna. Sem isso, o conceito deste direito se esvazia e se torna inócua a busca de sua concretização, quer seja no plano das políticas sociais, quer seja na positividade desses direitos ou na sua defesa por meio da prestação jurisdicional.

### 3. DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Dizer que o direito a moradia é um direito fundamental é, em último aspecto, afirmar que tal direito subjetivo se relaciona intimamente com a dignidade da pessoa humana.

O grande problema do direito a moradia, assim como de todos os direitos fundamentais é que a dignidade da pessoa humana é um princípio formal quer dizer, seu conteúdo é polisêmico (aceita vários significados) e aberto. Não se pode atribuir então um único sentido ao que se entenda por dignidade do ser humano.

Kant apud Sarlet (2007), ao enfrentar a questão foi duramente criticado, pois seu imperativo categórico poderia, como se disse, servir a muitos sentidos até mesmo contraditórios em si.

Para Kant, o tratamento digno é o respeito que um sujeito deva ter com o outro o tratando nunca como meio, mas



como fim em si mesmo. Isso quer dizer que, no fundo a questão remonta a uma noção de autonomia e, portanto, de liberdade:

Construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant sinala que a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana (KANT APUD SARLET, 2007, 52).

O que Kant parece nos dizer é que qualquer situação de fato ou ato humano capaz de “coisificar” o homem é indigno porque desumano:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade [...] (KANT APUD SARLET, 2007, 33).

Sarlet (2007, p. 33) comenta que é exatamente nesta disposição sobre a dignidade humana de Kant que a maioria da doutrina jurídica parece se identificar quer seja nacional ou estrangeira. Há de se guardarem as devidas proporções e reflexões sobre o tema, eis que esta noção de dignidade é, “excessivamente antropocêntrica”.

Então podemos entender que o tratamento digno da pessoa humana tem que ser um tratamento justo que respeite a sua autonomia ou esfera de liberdade. Ocorre que, por outro lado, a autonomia da vontade (querer fazer algo) não é plena e nem o é a liberdade positiva (poder fazer algo), pois, como diz o jargão popular, a liberdade de um termina onde começa a liberdade do outro.

Há então um limite à liberdade e assim também um limite ao exercício da dignidade da pessoa humana. Esse problema entre o exercício de uma liberdade, de um direito subjetivo, seja ele o direito a moradia ou outro direito fundamental e a limitação necessária para que esse exercício não impeça a

liberdade de outro é um problema da justiça distributiva e da crescente publicização da esfera privada.

Do ponto de vista jurídico é possível compreender a dignidade da pessoa humana do ponto de vista da função que ocupa na ordem do Direito: ela funciona como uma espécie de argumento *a priori* capaz de impedir uma ação cuja finalidade seja retirar do homem o seu caráter humano.

Como princípio, ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior, a dignidade é um código forte e se impõe sobre os códigos fracos.

Assim, quando a moradia foi erigida a direito fundamental passou a compor o conteúdo possível do que seja uma vida digna e passou a garantir uma esfera na qual o indivíduo exerce sua autonomia.

A noção, entretanto, de que é no lar que se pode exercer em parte a dignidade aponta para a questão da publicização da esfera privada. Isto porque, a moradia, o local onde o indivíduo reside é seu asilo inviolável para que possa ali exercer sua vontade autônoma, quer dizer, criar suas próprias leis.

Ora, a autonomia da vontade é característica sabidamente privada. É nas relações contratuais que existe autonomia da vontade, onde as pessoas criam seus deveres e obrigações exercendo a sua liberdade (fazer o que se quer). A proteção do Estado é que se encontra na esfera pública. Neste caso, o Estado passou a proteger algo que era e sempre foi um tema da esfera privada e isso, desde a Antiguidade.

O labor se ligava a idéia de administração doméstica e tinha a ver com o âmbito privado da atividade. Era onde o homem administrava sua casa, sua propriedade e sua família. As normas do *pater familias* eram soberanas e indiscutíveis: ele criava as leis domésticas para si e para o seu grupo, sem a intervenção dos iguais, era autônomo, dono e senhor de suas regras (*auto* – para si mesmo; *nomos* – lei).

A esfera privada compreendia o reino da necessidade, a atividade humana cujo objetivo era atender às exigências da con-

dição animal do homem: alimentar-se, repousar, procriar etc. A necessidade coage o homem e o obriga a exercer um tipo de atividade para sobreviver. Essa atividade é o labor. O labor distinguia-se do trabalho. Labor tinha a ver com o processo ininterrupto de produção de bens de consumo (alimento, por exemplo), isto é, aqueles bens que eram integrados no corpo após sua produção e que não tinham uma permanência no mundo: eram bens que pereciam. A produção desses bens exigia instrumentos que se confundiam com o próprio corpo: a faca, o cutelo, o arado. Nesse sentido, o homem que labora, o operário, pode ser chamado de *animal laborans*. O lugar do trabalho era a casa (*domus, oikia*) e a atividade correspondente constituía a economia (*oikos-nomos*). A casa era a sede da família e as relações familiares eram baseadas nas diferenças: relação de comando e obediência, em que a ideia de *pater familias*, do pai, senhor e de sua mulher, de seus filhos e de seus escravos. Isso constituía a esfera privada. A palavra privado tinha aqui o sentido de *privus*, do que é próprio, daquele âmbito em que o homem, submetido às necessidades da natureza, buscava sua utilidade como meios de sobrevivência. Nesse espaço não havia liberdade, pois todos, inclusive o senhor, estavam sob a coação da necessidade (FERRAZ JR., 2001, p. 131).

E a esfera pública correspondia a ação. A atividade da ação emancipava o homem, tornando-o livre para estar em outro âmbito, o da *polis* ou cidade. Ali estava entre seus iguais. A atividade da ação, assim como o labor, era contínua, isto é, não tinha fim. Em conjunto com os outros homens, *eleuterós*, cidadãos, o grego governava a si mesmo e aos outros. A ação política era dominada pela palavra, pelo discurso em busca dos critérios do bem governarem, das normas de direito. Essa a idéia de animal político. E a essência do *bem comum*.

Ao elevar direitos conhecidamente privados à esfera pública o Estado passou a tutelá-los, eis que se tornaram, por assim dizer, bens comuns ou bens sociais.

Ocorre que os bens sociais não são renováveis; por se tratarem de garantias fundamentais, a cada novo direito erigido a esta categoria é necessário uma redistribuição dos outros di-

reitos fundamentais já existentes. E esse é um problema, como veremos, da chamada *Justiça distributiva*.

#### 4. O PROBLEMA DA JUSTA DISTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Justiça é, no dizer de Ferraz Junior (2001), um código doador de sentido para o Direito e tem a função de tornar a distribuição dos bens sociais, de certa maneira, racional.

A idéia de que a justa distribuição de direitos repousa na noção da racionalidade e tem a ver com o conceito aristotélico de dar a cada um o que lhe é devido. O problema é saber o que é devido a cada indivíduo:

No livro V da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles cuida da justiça como virtude, enquanto uma qualidade do autor e de suas obras, o agente e de sua ação. No mencionado aspecto formal, ela corresponde à idéia de proporcionalidade aritmética e geométrica. A distinção entre, respectivamente, justiça comutativa, ou virtude da proporcionalidade entre as coisas de sujeitos pressupostamente iguais entre si, e a justiça distributiva, ou a virtude da proporcionalidade entre as coisas de sujeitos diferentes, apontava para a igualdade como o cerne da justiça (FERRAZ JR., p. 2001, p. 131).

O direito à moradia, portanto, enquanto direito fundamental é um bem social. Entretanto, no plano concreto, o seu exercício encontra limites de atuação, eis que os bens sociais não são infinitos; para que se possa dar um bem social para uma categoria de pessoas é preciso redistribuir o quinhão das categorias já existentes.

De uma maneira simples, podemos dizer que os bens sociais poderiam ser comparados a um bolo. Os pedaços do bolo são assim distribuídos entre determinadas categorias de sujeitos considerados, por alguma maneira ou critério como iguais e então todos recebem a sua fatia. Ao incluir novas categorias merecedoras de um determinado bem social, não se pode criar um novo bolo, mas diminuir a fatia de todos ou de alguns

para que se possa dar ao ingressante.

“A espécie distributiva (διανεμητική), à primeira vista, não causa problema ao intérprete. Ela é virtude na distribuição das honras ou das riquezas ou de outras vantagens que devam ser repartidas entre os membros da comunidade” (FERRAZ JR., 2002, p. 183).

Assim, a Justiça na sua forma de distribuição de bens sociais, dentre os quais podemos citar os direitos fundamentais e, portanto, o direito à moradia dentre estes, se pauta na idéia de igualdades e desigualdades. Ao estabelecer os critérios para que um dado direito seja atribuído a determinados sujeitos, será justa a distribuição desde que racionais os argumentos que consideram quem são os iguais que receberão o bem social e quem são os desiguais que serão excluídos de uma categoria.

Interessante a crítica estabelecida por Vaz (2006, p. 01) à teoria da justiça distributiva de John Rawls e que nos leva a repensar o tema de como os bens sociais podem e devem ser distribuídos e se o princípio da igualdade seria o critério suficiente para estabelecer o quinhão de cada indivíduo para o exercício de certos direitos:

A teoria de Rawls constitui, em grande parte, uma reacção ao utilitarismo clássico. De acordo com esta teoria, se uma acção maximiza a felicidade, não importa se a felicidade é distribuída de maneira igual ou desigual. Grandes desníveis entre ricos e pobres parecem em princípio justificados. Mas na prática o utilitarismo prefere uma distribuição mais igual. Assim, se uma família ganha 5 mil euros por mês e outra 500, o bem-estar da família rica não diminuirá se 500 euros do seu rendimento forem transferidos para a família pobre, mas o bem-estar desta última aumentará substancialmente. Isto compreende-se porque, a partir de certa altura, a utilidade marginal do dinheiro diminui à medida que este aumenta. (Chama-se "utilidade marginal" ao benefício comparativo que se obtém de algo, por oposição ao benefício bruto: achar uma nota de 100 euros representa menos benefício para quem ganha 20 mil euros por mês do que para quem ganha apenas 500 euros por mês.) Deste modo, uma determinada quantidade de rique-

za produzirá mais felicidade do que infelicidade se for retirada dos ricos para dar aos pobres. Tudo isto parece muito sensato, mas deixa Rawls insatisfeito. Ainda que o utilitarismo conduza a juízos correctos acerca da igualdade, Rawls pensa que o utilitarismo comete o erro de não atribuir valor intrínseco à igualdade, mas apenas valor instrumental. Isto quer dizer que a igualdade não é boa em si — é boa apenas porque produz a maior felicidade total (VAZ, 2006, p. 01).

A teoria de Rawls, para o autor, repousa na premissa de que nem todas as desigualdades devem ser tratadas, mas somente deve se remover aquelas que tragam desvantagens para alguém. Nesse passo, ao se estabelecerem os critérios para a divisão de bens sociais — aqui compreendidos os exercícios de direitos humanos e, dentre estes a moradia — deve se levar em consideração a fórmula que melhor tutele os menos favorecidos. Isto porque — e se trata aqui de um argumento plausível — um acréscimo de valor econômico em uma família mais abastada não tem o mesmo impacto social do que em uma família pobre: “achar uma nota de 100 euros representa menos benefício para quem ganha 20 mil euros por mês do que para quem ganha apenas 500 euros por mês”, como dá exemplo no trecho supracitado.

A justa distribuição de bens sociais obedece por esta teoria a três critérios ou princípios:

Princípio da liberdade igual: A sociedade deve assegurar a máxima liberdade para cada pessoa compatível com uma liberdade igual para todos os outros.

Princípio da diferença: A sociedade deve promover a distribuição igual da riqueza, excepto se a existência de desigualdades económicas e sociais gerar o maior benefício para os menos favorecidos.

Princípio da oportunidade justa: As desigualdades económicas e sociais devem estar ligadas a postos e posições acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades (VAZ, 2006, p. 01).

Há uma hierarquia entre estes princípios se houverem conflitos na distribuição de bens sociais. Em primeiro lugar se privilegia o princípio da liberdade, desde que não prejudique os

menos favorecidos. Então, em termos da teoria da Justiça distributiva aqui discutida, o direito à moradia é um exercício pleno e livre para todos os indivíduos, desde que não prejudique os menos favorecidos. Depois, o segundo critério ou princípio a ser observado é o da diferença: a princípio todos devem ter direitos iguais, a não ser que em nome dos menos favorecidos se crie uma desigualdade na distribuição ou exercício de direitos. E, por fim, o critério da oportunidade justa que estabelece que todos possam igualmente escolher se querem ou não exercer um dado direito.

O problema de se colocar nas mãos de critérios de igualdade e desigualdade a distribuição dos direitos sociais é que há situações em que a desigualdade não está determinada pela escolha do indivíduo, quer dizer, o sujeito deixa de exercer um direito não porque não o quer, mas por limitações naturais, como é o caso dos deficientes físicos.

Ninguém merece ver as suas escolhas e ambições negadas pela circunstância de pertencer a uma certa classe social ou raça. Intuitivamente não achamos plausível que uma mulher, pelo simples facto de ser mulher, encontre resistências à possibilidade de liderar um banco. Estas são circunstâncias que a igualdade de oportunidades deve eliminar. Ora, estando garantida a igualdade de oportunidades, prevalece nas sociedades actuais a ideia de que as desigualdades de rendimento são aceitáveis independentemente de os menos favorecidos beneficiarem ou não dessas desigualdades. Como ninguém é desfavorecido pelas suas circunstâncias sociais, o destino das pessoas está nas suas próprias mãos. Os sucessos e os falhanços dependem do mérito de cada um, ou da falta dele. É assim que a maioria pensa.

Mas será que esta visão dominante da igualdade de oportunidades respeita a tua intuição de que o destino das pessoas deve ser determinado pelas suas escolhas, e não pelas circunstâncias em que se encontram? Rawls pensa que não. Por esta razão: reconhecendo apenas diferenças nas circunstâncias sociais e ignorando as diferenças nos talentos naturais, a visão dominante terá de aceitar que o destino de um deficiente seja determinado pela sua deficiência ou que a infelicidade de um

QI baixo dite o destino de uma pessoa. Isto impõe um limite injustificado à tua intuição. Se é injusto que o destino de cada um seja determinado por desigualdades sociais, também o será se for determinado por desigualdades naturais (VAZ, 2006, p. 01).

Como um deficiente físico teria igual oportunidade de exercer o direito à moradia se este exercício depende, em parte, de uma situação econômica e financeira que está mais bem disponibilizada para aqueles que não possuem incapacidade física? O mercado de trabalho tem dificuldade em absorver deficientes físicos e mentais. O Estado reconhece isso e dá a estas pessoas um benefício assistencial<sup>2</sup> baseado em um salário mínimo sob certos critérios de aquisição (BRASIL, 2011).

Ora, se a pessoa deficiente não tiver realmente condições de trabalhar estará – por uma limitação física natural – em desigualdade de exercer seu direito à moradia, pois um salário mínimo está longe de oferecer moradia a alguém, nem a sua aquisição em programas habitacionais e nem mesmo por aluguel.

Outra questão que se coloca na dificuldade em estabelecer uma justa distribuição de bens e direitos é justamente quais seriam os critérios justos para dar a cada um o seu quinhão. Rawls descreve a situação hipotética em que aquele que vai estabelecer os critérios de distribuição se encontra numa espécie de “véu da ignorância” com relação ao lugar que ocupa na sociedade para que possa decidir de forma a aperfeiçoar a distribuição a todos os níveis sociais. Em outras palavras, o legislador, ao criar os critérios que estabelecem as prioridades na

---

<sup>2</sup>LOAS – Lei 12.470/2011: Art. 20. § 2º. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, *os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.* § 6º. A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social - INSS (BRASIL, 2011).



distribuição de bens sociais deveria agir de maneira imparcial. Somente assim mais bens sociais alcançariam o maior número possível de pessoas (VAZ, 2006, p. 01).

Ora, sob o véu de ignorância, as pessoas querem princípios de justiça que lhes permitam ter o melhor acesso possível aos bens sociais primários. E, como não sabem que posição têm na sociedade, identificam-se com qualquer outra pessoa e imaginam-se no lugar dela. Desse modo, o que promove o bem de uma pessoa é o que promove o bem de todos e garante-se a imparcialidade. O véu de ignorância é assim um teste intuitivo de justiça: se queremos assegurar uma distribuição justa de peixe por três famílias, a pessoa que faz a distribuição não pode saber que parte terá; se queremos assegurar um jogo de futebol justo, a pessoa que estabelece as regras não pode saber se a sua equipa está a fazer um bom campeonato ou não. Imagina os seguintes padrões de distribuição de bens sociais primários em mundos só com três pessoas:

Mundo 1: 9, 8, 3; Mundo 2: 10, 7, 2; Mundo 3: 6, 5, 5.

Qual destes mundos garante o melhor acesso possível aos bens em questão? Lembra-te que te encontras envolto no véu de ignorância. Arriscas ou jogas pelo seguro? Tentas maximizar o melhor resultado possível ou tentas maximizar o pior resultado possível? Rawls responde que a tua intuição de justiça te conduzirá ao mundo 3. A escolha racional será essa. A estratégia de Rawls é conhecida como "maximin", dado que procura maximizar o mínimo. (Repara que a soma total de bens sociais do mundo 1 é 20, ao passo que no mundo 3 a soma total é apenas 16. Por outras palavras, o mundo 3 é menos rico do que o mundo 1, mas mais igualitário.) Nessa medida, defende que devemos escolher, de entre todas as situações possíveis, aquela em que a pessoa menos favorecida fica melhor em termos de distribuição de bens primários. É verdade que os outros dois padrões de distribuição têm uma utilidade média mais alta. (A utilidade média obtém-se somando a riqueza total e dividindo-a pelas pessoas existentes. A utilidade média do mundo 1 é 6,6 e a do mundo 3 é de apenas 5,3.) Todavia, como só tens uma vida para viver e nada sabes sobre qual será a tua posição mais provável nos outros dois padrões, a escolha do mundo 3 é mais racional e ao mesmo tempo mais compatível com as tuas intuições de igualdade e justiça. E o que diz o princípio da diferença? Diz precisamente que a so-

cidade deve promover a distribuição igual da riqueza, excepto as desigualdades económicas e sociais que beneficiam os menos favorecidos. Afinal, parece que nenhuma das desigualdades dos mundos 1 e 2 traz benefícios para os menos favorecidos (VAZ, 2006, p. 01).

Por fim, mesmo que o legislador assegurasse o pleno exercício de direitos fundamentais para pessoas consideradas na mesma situação social, esta situação não é estanque e poderia se modificar com o tempo. Por exemplo, se o direito à moradia é estabelecido para pessoas que preenchem certos critérios sociais, psicológicos económicos e financeiros e assim podem ser incluídas em um programa de política habitacional, pode acontecer que durante o passar dos anos, a situação económica de alguma delas se modifiquem e enquanto que para as demais o exercício desse direito é suportável, não o é para outras. Assim, o critério de igualdade no ponto de partida para a distribuição justa deste bem social pode gerar injustiça com o passar do tempo. Vaz (2006, p. 01) dá o seguinte exemplo:

Imagina duas pessoas que trabalham na mesma empresa de electrodomésticos. Têm, por isso, os mesmos recursos económicos. Mas também têm em comum os mesmos talentos naturais e antecedentes sociais. Uma delas é apaixonada por futebol e gasta uma parte razoável do seu rendimento nas deslocações permanentes que faz para apoiar o seu clube. Somadas as outras despesas inevitáveis de uma família, nada sobra. Por vezes esta família tem de recorrer a apoio social do estado. A outra resolveu estudar sistemas eléctricos depois do expediente normal de trabalho. Após um período de estudo, compra o equipamento necessário e resolve vender os seus serviços de electricista das seis da tarde às nove da noite. Com muitas horas de trabalho, esforço e competência, duplica o rendimento inicial. O princípio da diferença diz que as desigualdades de rendimento são permitidas se beneficiarem os menos favorecidos. Que consequência tem a sua aplicação a este caso? A consequência de fazer o apaixonado por futebol beneficiar do rendimento do electricista esforçado.

Obviamente no exemplo dado, depois de um dado tem-

po, uma das pessoas ainda tem direito ao quinhão daqueles que se privilegiaram da política habitacional, mas agora, com melhores condições econômicas suportaria a aquisição da moradia sem o subsídio do governo. E outra pessoa, por esta razão deixou de ser incluída no programa social.

Por outro lado, se uma pessoa fez jus ao programa social e depois adoeceu e teve que gastar seus rendimentos com despesas médico-hospitalares, por exemplo, também não está mais em pé de igualdade com os demais do grupo dos privilegiados, mas neste caso, a desigualdade é negativa, pois ela se tornou menos favorecida.

Como se observa, ao se lidar com critérios para distribuição de bens sociais, haverá sempre um grupo ou grupos de excluídos que não terão direito a usufruir de uma determinada política social.

Este também é um argumento plausível na consideração da efetivação dos direitos humanos. Mas as questões sobre os critérios da justa distribuição não pairam somente em torno dos conteúdos pelos quais os direitos fundamentais devem ser concretizados.

Há também uma questão, que é posta por Holder e Reidy (2013), e que se refere, para ela, à possibilidade de existência de um direito fundamental para a Democracia.

Se pensarmos que o direito à moradia enquanto direito fundamental deve ser concretizado pelo Estado, devemos também nos questionar como é que esse direito deve ser concretizado sob o fundamento do Estado Democrático de Direito. A resposta que Holder e Reidy (2013, p. 01) nos dá é que tais direitos devem ter sua efetivação posta à discussão pelos interessados para que se possa realmente construir uma ação política de resultados satisfatórios:

A discussão sobre se há direitos humanos para a democracia se tornou mas sofisticada com a forma apresentada pelo tema de Christiano. Eu farei aqui apenas um comentário sobre esta discussão. Se realmente for o caso dos direitos humanos para

a democracia terem sucesso, isto mostraria apenas que em uma teoria ideal há tal direito. Mas isto não seria o tipo de caso de teoria ideal que tem basicamente nenhuma sustentação no mundo não ideal no qual nos encontramos neste estágio da história. Isto também significa que os direitos humanos para a democracia teriam muito pouca sustentabilidade no debate atual da política. Por exemplo, não seria de grande ajuda apelar para isso sob muitas circunstâncias típicas que previnem a emergência da democracia. Em particular, se há preocupações substanciais sobre se as constelações raciais ou étnicas em um país levariam, sob condições políticas que alguém razoavelmente espera obter, a um tipo de política populista excessiva que talvez gere um conflito exacerbado de violência, o fato abrupto de que há direitos humanos para a democracia não seria decisivo para nada. *Aquí eu acredito que o ponto principal de Charlesworth continua se repetindo: a democracia precisa crescer de dentro, por meio de debates, discussões e experimentações entre os cidadãos.* [GRIFO NOSSO]

Esta a essência democrática que deveria pairar nas discussões acerca do direito à moradia, principalmente com a participação dos menos favorecidos: os critérios para o seu exercício deveriam “crescer de dentro”, por meio da participação e opinião dos cidadãos brasileiros.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim entendemos que o direito a moradia, porque disposto entre as garantias constitucionais do artigo 6º da Constituição Federal tem *status* diferenciado de outras normas do sistema, sendo considerado um direito fundamental.

A posição de direito fundamental não somente tem o poder de blindar o exercício desse direito de outras garantias infraconstitucionais como também o acerca de certas características universais, elevando-o ao *status* de norma jurídica *histórica, a universal, a limitada a sua concorrência, irrenunciável, imprescritível, inalienável, irrenunciável, inviolável, efetiva, interdependente, complementar, fundamental, positiva,*

*constitucional, aberta e inexaurível, de projeção positiva e perspectiva objetiva, de dimensão transindividual, de aplicabilidade imediata, de restringibilidade excepcional e cujo retrocesso é proibido.*

Em termos interpretativos, colocar um determinado direito, como o direito à moradia, dentre os direitos fundamentais o coloca, em determinadas situações, como norma superior em relação a outra que lhe seja incompatível no sistema e lhe dá também a prevalência sobre esta, mas como dissemos esta regra não é absoluta, eis que diante de uma verdadeira antinomia, é possível que o direito à moradia acabe por competir com outra norma igualmente fundamental. Neste caso, o critério para decidir o caso concreto é político e econômico, e deve ser justo, eis que a justiça é, de certa maneira, o código doador de sentido do direito.

Tanto que não se pode olvidá-la nem no caso concreto e nem na criação dos critérios para a distribuição de bens sociais.

Portanto, ao se determinar os critérios para o exercício efetivo do direito à moradia no plano da concretude do Direito, haverá sempre categorias que serão preferidas e categorias que serão preteridas segundo um critério de igualdade (os iguais o exercem) e desigualdade (os desiguais são excluídos da categoria dos sujeitos de direito).



## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense universitária, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2014.
- \_\_\_\_\_. *Lei n. 12.470, de 31 de agosto de 2011*. Altera os arts. 21 e 24 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre o Plano de Custeio da Previdência Social, para estabelecer alíquota diferenciada de contribuição para o microempreendedor individual e do segurado facultativo sem renda própria [...]. Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm)>. Acesso em: 06 fev. 2014.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.
- HOLDER, Cindy; REIDY, David. *Direitos humanos: as perguntas difíceis*. Cambridge University Press, 2013, 472 p. Disponível em: <<http://ndpr.nd.edu/news/45833->

- human-rights-the-hard-questions/>. Acesso em: 06 fev. 2014.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1997.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1994.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. *Cadernos de direito tributário e finanças públicas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 7, n. 29, out/dez 1990.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- SPADOTTO, Érika R. *Direito social à moradia e usucapião individual e coletivo*. 2003. 363 p. [s.f.] Dissertação (Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos) - Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2003.
- VAZ, Faustino. *A teoria da justiça de John Rawls*. Publicado em: 23 de abril de 2006. Disponível em: <[http://criticanarede.com/pol\\_justica.html](http://criticanarede.com/pol_justica.html)>. Acesso em: 06 fev. 2014.