

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Sérgio Cedano

**A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A PROTEÇÃO
CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE MORADIA.**

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

SÃO PAULO

2010

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Sérgio Cedano

**A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E A PROTEÇÃO
CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE MORADIA.**

MESTRADO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em **Direito Administrativo**, sob a orientação do Prof. Doutor Clovis Beznos.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Eurípedes (*in memorian*) e Maria Lúcia, que forjaram meu caráter com extrema dignidade.

À minha esposa Elisane e à minha filha Carolina pela compreensão e apoio incondicional.

À minha irmã Simone Cedano, exemplo de doçura e determinação.

Ao meu cunhado Eliseu Rossi, advogado brilhante e amigo de todas as horas.

Ao caríssimo Professor e Orientador Clovis Beznos pelas valiosas lições de Direito Administrativo e pela especial atenção durante todo o desenvolvimento desse trabalho acadêmico, demonstrando verdadeiro comprometimento e amor pelo debate jurídico.

Ao Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, exemplo de magistrado e ser humano.

Especial agradecimento aos amigos e Professores da COGEA/PUC, Carolina Zancaner Zockun, Júlia Plenamente Silva, Mariana Mencio, Maurício Zockun e Ricardo Marcondes Martins.

RESUMO

A função administrativa é eminentemente teleológica, porquanto está adstrita a satisfazer interesses públicos primários e, para tanto, encontra-se lastreada em dois princípios basilares, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos. Toda a atuação administrativa, para ser válida, deve obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja na sua acepção negativa, objetivando impedir a atuação arbitrária do Estado, seja na perspectiva positiva, em que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção da vida em todas as suas acepções.

No exercício da função administrativa, o Estado realiza atividades como a intervenção no domínio social, por meio das políticas públicas e atividades de fomento administrativo, a gestão de bens públicos e o poder de polícia. A inação estatal reveste-se de ilegitimidade e configura-se como prática ilegal, de modo a conferir direitos públicos subjetivos aos administrados lesados.

A Constituição Federal, no inciso IX do art. 23, definiu como matéria de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Percebe-se, portanto, que a questão da moradia está inserida no contexto do dever-poder do Estado, eis que incluída no âmbito do piso vital mínimo ou do mínimo existencial para a efetividade do direito subjetivo a uma vida digna (art. 6º, CF).

O Texto Constitucional, ao estabelecer expressamente que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII) e, especialmente, quando reputou como princípio da ordem econômica a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), provocou o surgimento de uma nova estrutura interna do conceito de propriedade. A inclusão do princípio da função social modifica a estrutura do direito de posse, na medida em que o possuir deixa a condição de mero observador de respeito *erga omnes*, como mero sujeito passivo universal, e passa a titularizar direitos subjetivos, em atenção à superior previsão constitucional do direito social de moradia e o conseqüente acesso aos bens vitais mínimos, inclusive na relação com o Estado.

Palavras-chave: (1) função administrativa; (2) dignidade pessoa humana; (3) moradia.

SUMMARY

The administrative function is eminently teleological, since it is related to satisfying primary interests, and as such, finds itself supported by two basic principles: the supremacy of public interest over the private and the inalienability of public interests. In order to be valid, all administrative actions must follow the human being's principle of dignity, whether in its negative sense, aiming at stopping the State's arbitrary actions, or in its positive perspective, in which the State must have as permanent objective the protection of life in all its connotations.

In the exercise of the administrative function, the State realizes activities such as intervention on social domain, by means of public policies and activities to support the administration, the management of public assets and the power of the police. The state inaction is considered illegitimate and an illegal practice, in such a way as providing individuals who had their rights violated the right to make demands on the State.

The Federal Constitution, paragraph 9 or article 23, defined as common administrative competence of the Union, the States, Federal District and Municipalities, the promotion of programs to build homes and to improve the living conditions and basic sanitation. Therefore, it is observed that the issue of having a residence is inserted in the context of the right-power of the State, included in the scope of the minimum vital space or existential minimum for the execution of the subjective right of a dignified life (art. 6, CF).

The Constitutional Text, establishing expressly that property must have its social function (art. 5, 23) and, especially when it is considered everyone's existence with dignity as a principle of the economic order, according to the social justice (art. 170, 2 e 3), resulted in the emergence of a new internal structure of the concept of property. The inclusion of the social function principle modifies the structure of the right of ownership, in that to own leaves the condition of a mere observer of erga omnes respect, as a mere universal passive subject, and starts to consider subjective rights, following the superior constitutional consideration of the social right of residence and the consequent access to minimum vital assets, including in the relation with the State.

Key word: (1) administrative function; (2) human being's principle of dignity; (3) build homes.

SUMÁRIO

I) INTRODUÇÃO	9
II) FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	13
1. O Estado e suas Funções.	13
2. A função Administrativa.	16
3. O Regime Jurídico Administrativo.....	19
3.1. Supremacia do interesse público sobre o privado.....	20
3.2. Indisponibilidade dos interesses públicos.....	22
3.3. Princípios da Administração Pública.	24
3.3.1. Princípio da Legalidade.....	26
3.3.2. Princípio da Impessoalidade	28
3.3.3. Princípio da Moralidade.....	29
3.3.4. Princípio da Publicidade	30
3.3.5. Princípio da Eficiência.	31
3.3.6. Princípio da Motivação	32
3.3.7. Princípio da Proporcionalidade.....	32
3.3.8. Princípio da Finalidade.	34
4. A Omissão Administrativa.	37
5. A Função Administrativa e a Dimensão Vertical da Dignidade da Pessoa Humana.....	40
III) A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL. OS COMPONENTES CONCEITUAIS.	45
1. Direito de Moradia e a Função Social das Propriedades Privada e Pública.	53
2. O Direito de Moradia e a Função Social da Posse.	58
3. O Direito de Moradia e a Proteção de Pessoas em Situação de Risco.....	61
IV) AS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE E A PROTEÇÃO DO DIREITO DE MORADIA.	63
1. A Intervenção no Domínio Social e a Garantia do Mínimo Existencial.	63
1.1. Políticas públicas.	67
1.1.1. Conceito e os pensamentos dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Paula Dallari Bucci.....	68
1.1.2. As objeções ao controle do mérito administrativo e a separação entre os poderes.....	69
1.1.3. A objeção da efetividade das normas programáticas e a garantia do mínimo existencial.....	74
1.2. Atividade de fomento como mecanismo de implementação do direito de moradia.	83
1.2.1. Conceito de atividade de fomento.....	85
1.2.2. Princípios.	86
1.2.3. Análise crítica da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP: a penhorabilidade do bem de família como atividade de fomento estatal.	87
1.2.4. Alguns exemplos de atividade de fomento ao direito de moradia.	89
1.2.4.1. Redução da taxa de financiamento do setor imobiliário.	89
1.2.4.2. Políticas públicas e as entidades do terceiro setor.	90
1.2.4.3. Cooperativismo do setor imobiliário.	90
1.2.4.4. Participação estatal na pesquisa de materiais e outros recursos empregados na construção de moradias.....	90
2. A Gestão de Bens Públicos e a Proteção do Direito de Moradia.	91
2.1. Conceito de bem público.	91
2.2. Distinção entre os bens públicos e os bens difusos (bens ambientais).....	91

2.3. Classificação dos bens públicos.....	92
2.3.1. Bens de uso comum do povo	92
2.3.2. Bens de uso especial do Estado.....	93
2.3.3. Bens dominiais	93
2.4. Regime Jurídico dos bens públicos.....	94
2.4.1. Inalienabilidade.....	94
2.4.2. Imprescritibilidade.....	94
2.4.3. Impenhorabilidade e não-oneração.....	94
2.5. Distinção entre propriedade e domínio.....	95
2.6. Gestão dos bens públicos e o exercício da função social “ <i>pro moradia</i> ”.....	96
2.6.1. Autorização de uso para fins urbanísticos.....	97
2.6.2. Permissão de uso	98
2.6.3. Concessão de uso:	98
2.6.4. Concessão de direito real de uso	99
2.6.5. Direito de superfície:	99
2.6.6. Concessão de uso especial para fins de moradia.....	100
V) A PROTEÇÃO DO DIREITO DE MORADIA E O EXERCÍCIO DA POSSE NÃO	
TITULADA.	102
1. Distinção entre Posse e Detenção (ou ocupação) de Bem Público.....	102
2. A Função Social da Posse.	104
3. A Desapropriação Judicial.....	108
4. A Urbanização de Favelas.	110
5. Indenização por Benfeitorias e Direito de Retenção.	112
6. Limites à Auto-Executoriedade do Poder de Polícia.	113
VI) CONCLUSÕES FINAIS	119
VII) BIBLIOGRAFIA	121

I) INTRODUÇÃO

O Estado é dotado de poder político para promover o atendimento das necessidades do cidadão, atendendo aos objetivos fixados pelo artigo 3º da Constituição Federal. A efetivação de tais objetivos deve nortear toda atividade estatal, em especial no exercício de suas funções mais relevantes: legislativa, executiva e judiciária.

A função administrativa é eminentemente teleológica, porquanto está adstrita a satisfazer interesses públicos primários e, para tanto, encontra-se lastreada em dois princípios basilares, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos. Toda a atuação administrativa, para ser válida, deve obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, seja na sua acepção negativa, objetivando impedir a atuação arbitrária do Estado, seja na perspectiva positiva, em que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção da vida em todas as suas acepções.

Assim, não basta a mera invocação da satisfação do interesse público, é preciso que o administrador público esteja pautado em perseguir um dado e específico interesse público, definido, atual ou potencial, mas determinado. A invocação abstrata do interesse público afasta-se do dever de satisfação do interesse público primário para aproximar-se do interesse público secundário, ou melhor, do interesse pessoal do administrador, em evidente desvio de poder ou de finalidade. A atuação abusiva do agente público importa em verdadeiro estado de ilícito administrativo, que não permite invocar o exercício das potestades ou das prerrogativas públicas, enquanto instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana. Com isso, mostra-se desarrazoada e contraditória a atuação do administrador público que não cumpre a função social da propriedade pública, colocando-a em verdadeiro estado de abandono prolongado, invocar a supremacia do interesse público sobre o particular e sob o manto da auto-executoriedade do poder de polícia retirar uma família que, com sua moradia, confere ao bem público uma função social constitucionalmente assegurada e que foi imputada pela Constituição ao próprio ente estatal como competência material de proteção.

A distinção entre propriedade e domínio serve para justificar a proteção constitucional do bem público em face da usucapião, mas não significa que a propriedade pública não tenha que cumprir a sua função social e que o possuidor pode se valer legitimamente dos demais instrumentos de proteção decorrentes da posse, como o direito de indenização por benfeitorias e o direito de retenção.

De fato, a Constituição Federal, no inciso IX do art. 23, definiu como matéria de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Percebe-se, portanto, que a questão da moradia está inserida no contexto do dever-poder do Estado, eis que incluída no âmbito do piso vital mínimo ou do mínimo existencial para a efetividade do direito subjetivo a uma vida digna (art. 6º, CF).

A própria Constituição Federal traça, no seu artigo 23, o planejamento da atuação estatal a ser necessariamente observado pelo administrador, o que limita o juízo discricionário de conveniência e de oportunidade em matéria de políticas públicas associadas ao mínimo existencial, prescrevendo o inafastável dever de combate à pobreza e aos fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (inciso X).

Não é válida a inovação da separação entre os poderes como objeção possível ao controle do Poder Judiciário. Na verdade, a separação entre os Poderes de Estado não se apresenta de forma estanque ou compartimentada, mas, ao contrário, atua como importante mecanismo de interação entre as funções estatais voltadas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF).

Com efeito, não basta uma Constituição pródiga em direitos fundamentais de primeira geração, é preciso que o Estado ofereça as condições mínimas necessárias para que esses direitos se tornem realidade. Os direitos sociais ou de segunda geração são verdadeiros direitos de crédito assegurados à sociedade, pois atuam como mecanismos garantidores ou de implementação dos direitos de primeira geração, como o direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. Para combater as ineficiências do Estado, a tutela coletiva e a legitimidade conferida ao Ministério Público armam a sociedade

com importante instrumento de efetividade dos direitos sociais, assegurando o controle judicial sempre que diante de lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental.

O direito de moradia tem característica predominantemente de direito difuso, por ser de natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, no interesse geral de proteção ao mínimo existencial pelo Estado. A Ação Civil Pública constitui importante mecanismo de controle judicial da política pública de moradia, na medida em que atinge o interesse de titulares indeterminados que ficariam inviabilizados se fossem exercidos em tutela individual ou coletiva em litisconsórcio multitudinário.

Do mesmo modo, a Ordem econômica deve atuar de forma a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*, da CF). Assim, além do dever de promover diretamente o acesso ao direito de moradia, o Estado, no exercício da atividade administrativa, tem por missão constitucional promover o fomento dessa atividade, facilitando e estimulando a participação da sociedade na implementação de políticas públicas voltadas ao acesso a um teto onde se abrigue com a família de modo permanente e em condições de habitabilidade.

O princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF) impõe a todos- Poder Público e sociedade- sacrifícios recíprocos para a consecução de objetivos como o de desenvolvimento nacional e de redução da pobreza e da marginalização. O direito de moradia deve ser assegurado mesmo na relação entre particulares. É a denominada teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais em contraposição à eficácia vertical dos direitos fundamentais, em que se observa o respeito aos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado. Com efeito, há uma conscientização crescente e generalizada de que os indivíduos têm o dever de serem solidários, protegendo-se mutuamente.

A objeção da reserva econômica do possível não pode ser transformada em instrumento justificador das mazelas e ineficiências estatais, cabendo, inclusive, o controle da constitucionalidade das leis orçamentárias sempre que o planejamento governamental, ou a ausência dele, revelar-se ineficiente na tarefa de concretização de tais objetivos constitucionais. Os princípios da eficiência, da moralidade e da proporcionalidade trazem o debate do controle judicial dos instrumentos orçamentários

do cenário político para o jurídico, orientado pelos deveres de racionalidade e de motivação.

O conceito moderno de dignidade é informado pela solidariedade humana. A inclusão do princípio da função social modifica a estrutura do direito de posse, na medida em que o possuir deixa a condição de mero observador de respeito *erga omnes*, como mero sujeito passivo universal, e passa a titularizar direitos subjetivos, em atenção à superior previsão constitucional do direito social de moradia e o conseqüente acesso aos bens vitais mínimos.

O Texto Constitucional, ao estabelecer expressamente que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII) e, especialmente, quando reputou como princípio da ordem econômica a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), provocou o surgimento de uma nova estrutura interna do conceito de propriedade, que deve refletir também, e principalmente, sobre o bem público, posto que por definição encontra-se vinculado à satisfação de interesses públicos.

II) FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

1. O Estado e suas Funções.

O homem, como ser social, desde os primórdios e durante todo o período de sua existência, está sempre ligado a um tipo de sociedade. Não vive isolado, mas em grupos, em face de interesses materiais ou de objetivos espirituais.

Justamente por isso, Darcy Azambuja¹ nos ensina que

(...) a primeira em importância, a sociedade natural por excelência, é a família, que o alimenta, protege e educa. As sociedades de natureza religiosa, ou Igrejas, a Escola, a Universidade, são outras tantas instituições em que ele ingressa; depois de adulto, passa ainda a fazer parte de outras organizações, algumas criadas por ele mesmo, com fins econômicos, profissionais ou simplesmente morais: empresas comerciais, institutos científicos, sindicatos, clubes etc. O conjunto desses grupos sociais forma a sociedade propriamente dita. Mas, ainda tomado nesse sentido geral, a extensão e a compreensão do termo sociedade variam, podendo abranger os grupos sociais de uma cidade, de um país ou de todos os países, e, nesse caso, é a sociedade humana, a humanidade. Além dessas, há uma sociedade, mais vasta que a família, menos extensa do que diversas Igrejas e a humanidade, mas tendo sobre as outras uma proeminência que decorre da obrigatoriedade dos laços com que envolve o indivíduo; é a sociedade política, o Estado.

O Estado, assim considerado a Nação politicamente organizada, é o conjunto orgânico formado pelo Território, Povo e Governo. O Território é a base física do Estado; o Povo o seu elemento humano e o Governo, o seu órgão diretivo.

O governo é o poder ou a autoridade do Estado. Na definição de José Afonso da Silva², governo é “o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político”.

Assim, o Governo é a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente³.

É importante ressaltar, contudo, que os conceitos de Governo e de Administração Pública não se confundem. Nesse aspecto, cabe registrar importante diferencial traçado pela doutrina de Hely Lopes Meirelles⁴ que assim dispõe:

¹ Darcy Azambuja, *Teoria Geral do Estado*, p.3.

² José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.109

³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. .59.

⁴ Idem, p. 60.

(...) comparativamente, podemos dizer que governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo.

A peculiaridade do poder do Estado (poder político) é, segundo Carlos Ari Sundfeld⁵, de um lado, o fato de basear-se no uso da força física e, de outro, o reservar-se, com exclusividade, ao uso dela. Decorrem disso duas conseqüências muito importantes. A primeira: o poder do Estado se impõe aos demais existentes em seu interior, razão pela qual lhes é superior. Os poderes do patrão, do pai, do sindicato, da diretoria do clube são subordinados ao poder do Estado. A segunda: o Estado não reconhece poder externo superior ao seu.

O Estado é, pois, dotado de poder político para promover o atendimento das necessidades do cidadão, proporcionando-lhe condições de viver em harmonia, ter prosperidade e, enfim, atingir o bem-estar social.

Pela primeira vez na história constitucional do Brasil, a Constituição Federal de 1988, abriu um artigo específico para as finalidades do Estado brasileiro, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos, dispondo no seu artigo 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A consecução de tais objetivos deve nortear toda atividade estatal, em especial no exercício de suas funções mais relevantes: legislativa, executiva e judiciária. Cabe ressaltar, contudo, que essa separação de funções não é absoluta ou estanque, pois a Constituição Federal conferiu mecanismos de colaboração entre os poderes, tornando-os “independentes e harmônicos entre si”. Como exemplos, temos: as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República; o julgamento do crime de responsabilidade pelo Senado Federal; a apreciação das contas e gastos públicos pelo Legislativo, com auxílio

⁵ Carlos Ari Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 23.

dos Tribunais de Contas; a composição dos Tribunais Superiores com membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado.

A esses mecanismos de interdependência entre os poderes, a doutrina denomina de “sistema de freios e contrapesos”, buscando o equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e, principalmente, evitando o arbítrio e os desmandos tão prejudiciais ao interesse público.

Para a proposta deste trabalho, interessa mais de perto o exercício da função administrativa e a sua relação com os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito, em especial o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º, III), e os deveres de respeito e proteção.

2. A função Administrativa.

De início, cabe recordar que o conceito de função é típico do direito administrativo, mas dele não é exclusivo.

Sobre o tema é interessante o destaque feito pela doutrina de Fábio Konder Comparato⁶ sobre o amplo conceito que a expressão “função” possui na ciência jurídica: “Função - enquanto desempenho, adimplemento, execução - é a atuação própria de alguém ou de algo num sistema, isto é, num conjunto coordenado de partes em relação a um fim ou objetivo”. E prossegue o doutrinador: “Mas a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para consecução de finalidades precisas. Assim, também exercem função o tutor; o curador e o síndico da massa falida”.

Em direito administrativo, “função” significa vínculo inseparável que une o poder outorgado ao agente e o dever que lhe é imposto, dirigido ao atingimento de determinado objetivo que sempre será de interesse público.

Assim, como adverte o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁷:

(...) existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como se desincumbir do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, ‘deveres-poderes’, no interesse alheio.

É o exercício da denominada relação de administração a que o saudoso administrativista Rui Cirne Lima⁸ adverte como “*a relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente*”. De fato, na relação de administração há uma predominância dos aspectos ligados ao dever e à finalidade. (se contrapõe à idéia de propriedade, em que há a predominância do aspecto ligado à vontade), posto que a finalidade que a atividade de administração se propõe aparece defendida e protegida contra o próprio agente e contra terceiros.

Desta forma, a função administrativa pressupõe os seguintes elementos básicos: (a) agente público; (b) dever; (c) finalidade; (d) interesse público; (e) previsão

⁶ Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, pp. 282-283.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p.32 .

⁸ *Princípios de Direito Administrativo*, p. 106.

em lei; (f) poderes para a realização de seu dever (g) interesse alheio ao sujeito que maneja o poder⁹.

Agente público deve ser entendido como sendo toda pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado investido no desempenho de atividade estatal.

Dever é a conduta prevista e imposta pelo ordenamento jurídico ao agente e de observância obrigatória, sob pena de sofrer sanções jurídicas.

A finalidade é o desígnio estabelecido em lei, ou seja, é o objetivo que deve ser necessariamente perseguido pelo agente público. É próprio do conceito de função o atingimento de finalidade pré-estabelecida.

O interesse público é o conteúdo da finalidade¹⁰. O agente público deve atuar perseguindo sempre o interesse público primário, vale dizer, o interesse da sociedade e o não da própria Administração (interesse secundário). O ideal seria que tais interesses se confundissem em um só, mas não é o que se observa na realidade.

Poderes são os instrumentos e prerrogativas postos à disposição do agente público para o cumprimento de seus deveres. O uso dessas prerrogativas somente será legítimo quando e na medida indispensável ao atingimento dos interesses públicos.

Por derradeiro, o interesse perseguido pelo agente há de ser alheio à esfera jurídica privada.

Com efeito, quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos primários, ou seja, interesses da coletividade como um todo e não da própria Administração Pública em si mesma considerada e, para tanto, encontra-se lastreada em regime jurídico próprio, enquanto conjunto sistematizado de princípios e regras que confere identidade ao exercício dessa função, diferenciando-a das demais atividades estatais (jurisdicional e legislativa típicas).

A função administrativa encontra-se presente nas atividades de intervenção estatal no domínio social (políticas públicas e atividade de fomento administrativo), na

⁹ Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo*, p. 31.

¹⁰ Adotaremos o conceito de interesse público do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que adverte ser "**o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem**", *op. cit.* p. 32.

gestão de bens públicos, nos serviços públicos e no exercício do poder de polícia administrativo.

O regime jurídico administrativo e a proteção constitucional do direito de moradia trarão as repercussões jurídicas necessárias em todos esses setores da atividade estatal, seja impondo o dever prestacional, seja limitando ou contendo suas prerrogativas. A própria inatividade do Estado reveste-se de ilegalidade (abusividade) e, como tal, traz conseqüências jurídicas favoráveis aos administrados capazes de consolidar até mesmo uma situação de fato, ainda que em detrimento do Poder Público, mas em homenagem à garantia da dignidade da pessoa humana.

3. O Regime Jurídico Administrativo.

A Constituição Federal, no seu artigo 1º, expressamente, estabeleceu que o Brasil adotou como regime de governo a república.

O princípio republicano tem por característica principal o fato de o governante não ser o titular do poder, mas o representante de quem, verdadeiramente, é o seu titular, vale dizer, da sociedade.

Outra não é a disposição do parágrafo único do artigo 1º do Texto Constitucional quando assim estabelece: *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”*.

O termo república provém da expressão *“res publica”* que significa a “coisa pública”, ou seja, coisa do povo e para o povo, exatamente para expressar a idéia de que o governante não é o dono dos bens, serviços e atividades que disponibiliza, mas age como administrador de interesses que não lhe são próprios, representando, como já mencionado, a vontade popular. É o fundamento da soberania nacional haurida na vontade popular.

É exatamente essa característica fundamental, qual seja, a de representar interesses de terceiros, que confere identidade à estrutura da Administração Pública, pois está pautada no exercício de bem gerir os negócios públicos, pelo regime jurídico administrativo.

O regime jurídico administrativo compreende, pois, um conjunto sistematizado de princípios e regras que confere identidade ao Direito Administrativo, diferenciando-o dos demais ramos do Direito.

A atividade administrativa, em especial o exercício dos poderes da Administração, deve estar, necessariamente, direcionada para a satisfação do interesse público. É o denominado exercício da função administrativa para a consecução dos interesses de outrem.

O regime peculiar da Administração Pública está lastreado em dois princípios basilares, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e o da

indisponibilidade dos interesses públicos. Tais princípios servem de alicerce para os demais princípios que regem toda atividade do administrador público.

3.1. Supremacia do interesse público sobre o privado.

A Administração Pública está aparelhada com instrumentos e prerrogativas para a consecução da finalidade pública, ou seja, com vistas à satisfação de interesses da sociedade que representa, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.

Nesse sentido é a lição do Professor Roque Antônio Carrazza¹¹ que, ao tratar do princípio republicano, traz à colação o comentário de Thomas Cooley:

Toda a corporação legislativa deve legislar tendo em vista o bem público, e não o proveito individual de quem quer que seja, e o ato deve ser inspirado pela luz dos princípios gerais que constituem o fundamento natural das instituições representativas. Aqui, entretanto, atingimos a esfera da discricção legislativa. O que for para o bem público, e é o que exigem os princípios em que se apóia o governo representativo, compete à legislatura o decidir, sob a responsabilidade dos seus membros para com os eleitores.

E mais à frente o próprio mestre traz as suas considerações sobre o tema:

Portanto, em face da instituição republicana, que se baseia na perfeita igualdade de direitos das pessoas, nossos governantes são comissionados para tratar, não de negócios próprios, mas de outrem, ou seja, de todo o povo. São delegados do povo, ao qual devem servir. Podemos dizer, enfim, com o grande Rui Barbosa, que são do próprio povo os atos legítimos que os Poderes Legislativo e Executivo, em seu nome, praticam.

Do princípio da supremacia decorrem as seguintes conseqüências ou princípios subordinados: (a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; (b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações¹².

Em razão do interesse que representa, o ordenamento jurídico confere posição privilegiada à Administração Pública para tornar ainda mais eficaz a proteção do interesse público. São exemplos: os prazos processuais dilatados ao Poder Público (art.188, CPC); a necessidade de prévia intimação do representante da Administração quando da concessão de liminares contra o Estado (Lei 8.437/92).

¹¹ Roque Antônio Carrazza, *Curso de Direito Constitucional Tributário*, pp. 44-45.

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, p. 30.

A supremacia decorre da posição de verticalidade que a Administração Pública se encontra em face do particular. A desigualdade do poder público justifica-se pelo interesse que persegue, ainda que, para tanto, tenha de impor restrições unilaterais aos administrados, pois o sacrifício individual cede passo ao benefício coletivo. As prerrogativas públicas compreendem um conjunto de atribuições especiais conferidas à Administração, na relação jurídico-administrativa, derogatórias do direito comum e que são indispensáveis à satisfação de interesses públicos.

Da combinação da posição privilegiada com a posição de supremacia resulta a exigibilidade dos atos administrativos e, em certas hipóteses, a própria executoriedade, além do exercício da autotela. Na verdade, são verdadeiros instrumentos a serem manejados apenas quando necessários e indispensáveis ao atingimento da finalidade pública.

A supremacia do interesse público, pelo sistema republicano, apresenta-se como um instrumental colocado à disposição do Estado para a satisfação dos interesses coletivos. Não pode ser descrito separado ou contrapostamente aos interesses privados. Do mesmo modo, ele não pode ser descrito sem referência a uma situação concreta e, sendo assim, em vez de um princípio abstrato teríamos regras condicionais concretas de prevalência¹³.

A posição de supremacia jurídica da Administração apenas será legítima quando alcançar de forma direta e imediata o interesse público efetivo e determinado. Entretanto, quando o objeto direto e imediato da atividade administrativa não é a satisfação do interesse público, mas simplesmente o interesse secundário do sujeito administrativo, a Administração fica em posição de igualdade com os sujeitos privados, dispondo da mesma posição jurídica e dos mesmos poderes que lhes cabem. Quando realiza interesse secundário – desde que coincidente com o interesse público/coletivo primário – a Administração não pode exercer sua supremacia em face dos particulares, devendo renunciar ao exercício concreto de sua posição juridicamente predominante¹⁴.

De fato, descabe ao administrador público, sob uma invocação imprecisa e vaga de atuação conforme o interesse público, impor constrangimentos aos direitos de

¹³ Humberto Bergmann Ávila, *Repensando o “princípio da supremacia do interesse sobre o particular”*, RTDP, p. 177.

¹⁴ Renato Alessi, *Diritto Amministrativo*, p. 164.

propriedade e liberdade dos indivíduos. É indispensável comprovar, no caso concreto, que a atuação administrativa está em perfeita sintonia com a ordem jurídica vigente, operacionalizando, assim, os imperativos da dignidade da pessoa humana, boa administração, razoabilidade e proporcionalidade, igualdade e boa-fé.

Com efeito, compartilho dos ensinamentos de Marçal Justen¹⁵ quando adverte que: *nenhum interesse público se configura como conveniência egoística da Administração Pública. O chamado interesse secundário (Alessi) ou interesse da Administração Pública não é público*”.

Na verdade, as prerrogativas não significam uma carta em branco para o poder público de modo que possam ser manejadas aleatoriamente ou para a satisfação de interesses pessoais. Devem, isto sim, perseguir a finalidade pública e, para tanto, sofrem os condicionamentos dos princípios norteadores da Administração Pública. Exatamente pelo aspecto finalístico que informa a atuação do administrador é que o Professor Celso Antônio prefere referir-se às prerrogativas não como “poderes”, mas “deveres-poderes”, ressaltando o aspecto subordinado do poder em relação ao dever.

3.2. Indisponibilidade dos interesses públicos.

É próprio de quem exerce função administrativa representar interesses de terceiros que não se encontram na esfera de livre disposição de quem quer que seja. O poder público não tem sobre tais bens disponibilidade, pois não age na qualidade de dono, mas de curador.

Cabe apenas registrar que o administrador não tem disponibilidade substancial dos interesses públicos, podendo transacionar com o particular aspectos meramente patrimoniais que dizem respeito, por exemplo, aos valores de indenização a serem pagos pelos prejuízos que causar; a melhor forma de se restabelecer o “*status quo ante*”, no caso de danos ao meio ambiente; dilação de prazo para o saneamento de irregularidades ou para adotar medidas que reduzam a emissão de poluentes. Esta é a melhor

¹⁵ Marçal Justen Filho, *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo*, RTDP-26, pp.119.

interpretação que a doutrina vem realizando do art. 17, §1º da Lei 8.429/92, quando veda a transação em matéria de Improbidade Administrativa.

Como conseqüências da indisponibilidade do interesse público, podemos mencionar a vedação ao usucapião de bens públicos (arts. 183, §3º e 191, da CF); a obrigatoriedade da licitação (art. 37, XXI, da CF); a seleção de pessoal por concurso público de provas ou de provas e títulos (art. 37, II, da CF); a impenhorabilidade dos bens públicos; a exigência de lei autorizativa para a alienação de bens imóveis (Lei 8.666/93).

A indisponibilidade ocorre porque o interesse público primário não é titularizado pelo administrador, mas pelo Estado. Considera-se interesse público “*o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem*”¹⁶.

É oportuno o registro das conseqüências e considerações que os ilustres Professores Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹⁷ extraem do conceito:

O interesse público, como um todo, na verdade se realiza por meio de específicos interesses públicos, ou seja, de situações concretas que a ordem jurídica qualifica como tal, de maneira a sempre comportar verificação, exame e controle e contestação. Fica também perfeitamente claro que algo não se torna de interesse público apenas por ser fruto da atuação de um agente público; ao contrário, este é que tem, em sua atuação, a obrigação de perseguir a realização de algo previamente qualificado como de interesse público.

O conceito de interesse público apresentado pelo Professor Celso Antônio não está em contraposição à observação do também ilustre administrativista Marçal Justen Filho¹⁸ quando adverte que o interesse público tutelado pelo Estado não é aquele abstrato ou difuso, mas aquele orientado a atender necessidades pertinentes ao valor da dignidade da pessoa humana.

Do exposto, percebe-se que a atividade administrativa está subordinada ao ordenamento jurídico e que o interesse público não pode ser livremente disponibilizado,

¹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.* p. 32.

¹⁷ Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo Administrativo*, p. 77.

¹⁸ Marçal Justen Filho, *op. cit.*, pp.130.

evidenciando, assim, que a atuação do administrador está pautada por princípios informadores.

No mesmo sentido, leciona a Professora Maria Sylvia¹⁹:

(...) ao lado das prerrogativas, existem determinadas restrições a que está sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, em alguns casos, até mesmo responsabilização da autoridade que o editou. Dentre tais restrições citem-se a observância da finalidade pública, bem como os princípios da moralidade administrativa e da legalidade, a obrigatoriedade de dar publicidade aos atos administrativos e, como decorrência dos mesmos, a sujeição à realização de concursos para seleção de pessoal e de concorrência pública para a elaboração de acordos com particulares”.

3.3. Princípios da Administração Pública.

Os princípios são os vetores interpretativos que orientam a correta aplicação da norma quanto à extensão e à profundidade dos valores consagrados pelo sistema jurídico. São dotados, pois, de positividade e determinam regras de comportamento, conferindo unidade e racionalidade interna do regime jurídico. Os princípios orientam na solução de problemas práticos, sem perder de vista o condicionamento que rege a atuação do administrador, qual seja, o interesse público.

O Professor Juarez Freitas²⁰, ao avaliar a importância dos princípios constitucionais para a Administração Pública, leciona, com muita precisão, que os princípios nucleares de estatura constitucional, norteadores da administração no Brasil, encontram-se, afortunadamente, no mais das vezes, agasalhados de modo expresso e até reiterado no texto da Constituição, não obstante valiosíssimos de tais princípios somente serem conhecidos por inferência ou por desenvolvimento interpretativo. Ainda quando implícitos, funcionam como diretrizes superiores do sistema, fazendo às vezes de seus máximos e autênticos paradigmas teleológicos para aplicação de todas as normas.

Ao aplicador caberá identificar, no caso concreto, a incidência de um determinado princípio. A generalidade, abstração e capacidade de expansão dos princípios permitem ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa²¹. De outra parte, os princípios não podem ser

¹⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 59.

²⁰ Juarez Freitas, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p.47.

²¹ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, p. 160.

utilizados sem qualquer critério, porquanto são capazes de reduzir a discricionariedade do aplicador da norma e impor-lhe o dever de motivar seu convencimento.

Na consagrada formulação de sua teoria tridimensional do direito, demonstrou Miguel Reale que a norma jurídica é a síntese resultante de fatos ordenados segundo distintos valores. Com efeito, leciona o mestre, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há, sempre e necessariamente, um fato subjacente; um valor, que conforme determinada significação a esse fato; e, finalmente, uma norma, que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor. O saudoso Professor sintetiza “o Direito, como tudo que existe em razão do homem e para reger comportamentos humanos, está imerso no mundo da vida (*Lebenswelt*), ocorrendo esse fato tanto para as formas espontâneas e ainda não conceitualmente categorizadas da vida jurídica, quanto para as estruturas normativas racionalmente elaboradas”²².

Daí a preciosa advertência de Celso Antônio Bandeira de Mello²³ no sentido de que *violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.*

O sistema normativo deve acomodar os diversos valores tutelados, de modo a garantir uma convivência harmônica entre as regras e princípios, sobretudo diante das antinomias existentes no ordenamento jurídico. Nesse sentido, a oportuna lição de Paulo Bonavides²⁴, adotando os critérios de Dworkin, ao destacar que, no conflito entre as regras, a acomodação das antinomias é feita pelo sistema do “tudo ou nada”, de modo que uma delas será sacrificada, mediante a sua exclusão do sistema. Diferentemente sucede quando se cuida de princípios. Estes não se excluem, mas se harmonizam, através da ponderação dos valores conflitantes, permitindo a atuação do princípio da proporcionalidade.

²² Miguel Reale, *Teoria Tridimensional do Direito*, p. 90-96.

²³ op.cit. p. 53.

²⁴ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 357.

3.3.1. Princípio da Legalidade.

A origem da proteção dos direitos individuais remonta ao pacto entre João Sem Terra e os barões e que se consubstancia na Magna Carta de 1215 e se vai consolidar na *Petition of Rights* de 1628, confirmada no *Bill of Rights*, de 1689, mas foi com a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que se deu a consagração dos princípios de contenção do poder.

A Declaração de 1789 afirma, como finalidade, a conservação dos direitos naturais do homem, que são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão (art. 2º). A lei passa a ser a expressão da liberdade, posto que assume a expressão de vontade geral, devendo ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir (art. 6º).

No Brasil, desde a Constituição do Império de 1824, a lei assume a condição de medida necessária à imposição de obrigações, deveres e direitos, tanto para o particular, quanto para o Poder Público (art. 179, I: *“Nenhum Cidadão pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei”*; II: *“Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade publica”*; III: *“A sua disposição não terá effeito retroactivo”*; XIII. *“A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”*).

O princípio da legalidade, previsto expressamente no art. 37 da Constituição Federal de 1988, significa que o administrador está completamente adstrito aos comandos da lei, nos limites da lei e para atingir a finalidade que ela dispõe. É a decorrência lógica do Estado de Direito, pois a submissão à lei tem por fundamento dar concretude à vontade popular.

Ao contrário dos particulares, que podem fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei expressamente autoriza, eis que é detentora de poderes e prerrogativas. Daí, a célebre frase de Miguel Seabra Fagundes²⁵, segundo o qual *“Administrar é aplicar a lei de ofício”*.

Não basta, contudo, a mera previsão em lei para que o ato administrativo seja considerado válido e legítimo é preciso a exata subsunção do caso concreto ao comando

²⁵ Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, pp.16-17.

abstrato, genérico e impessoal da lei. É o que a doutrina²⁶ denomina de dupla demonstração como condição de validade do ato: motivo legal - lei autorizativa da sua emanção - e motivo de fato - verificação, no caso concreto, da situação fática agasalhada pela lei.

É sempre oportuno trazer à baila a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷:

No Brasil, o princípio de legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos artigos 5º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões. É, aliás, o que convém a um país de tão acentuada tradição autocrática, despótica, na qual o Poder Executivo, abertamente ou através de expedientes pueris - cuja pretensa juridicidade não iludiria sequer a um principiante-, viola de modo sistemático direitos e liberdades públicas e tripudia à vontade sobre a repartição de poderes.

Portanto, a Administração não poderá proibir ou impor restrições aos direitos dos particulares se não estiver previamente embasada num comando legal que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Ou seja, jamais o poder público poderá se valer originariamente de decreto, regulamento, resolução ou portaria para impor condicionamentos aos administrados sem que estejam previamente amparados na lei.

De fato, *“a função do ato administrativo só poderá ser a de agregar à lei nível de concreção; nunca lhe assistirá instaurar originariamente qualquer cerceio a direitos de terceiros”*²⁸.

No mesmo sentido, Geraldo Ataliba²⁹ ressalta que o dever da legalidade na atuação administrativa decorre do princípio republicano, segundo o qual o administrador cabe dar cumprimento à vontade do povo, pois constitui o seu representante, de modo que nenhuma expressão de vontade estatal será compulsória senão amparada em lei.

²⁶ Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *op. cit.*, pp 55-56

²⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.*, pp. 60-61.

²⁸ *Idem.*, p. 61.

²⁹ Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, pp. 96-97.

Mas, por lei deve ser entendida tanto uma específica modalidade de ato normativo quanto o sistema jurídico como um todo, compreendendo, inclusive, a Constituição Federal e os princípios jurídicos³⁰.

O Professor Marcelo Figueiredo³¹ salienta com muita propriedade que

a noção de Estado de Direito carrega igualmente uma intenção valorativa. Ele é limitado por uma Constituição. Esta, por sua vez, deve ser a síntese da vontade popular, fielmente representada. Qualquer Estado que pretenda ser rotulado de “Estado de Direito” deve submeter-se à Constituição e ser responsável perante o Direito. A autoridade pública deve exercer seus poderes conforme o Direito, e jamais aplicá-la de forma prejudicial ou retroativa, respeitando os direitos individuais, sociais, culturais e políticos.

Na verdade, é preciso ressaltar que o administrador público deve estar atento às leis e à realidade social que se apresenta, sob pena de se converter o legalismo estatal, fruto da desatenção ou do menosprezo da realidade social e das latitudes axiológicas das regras de direito em um Estado sem qualquer compromisso com a organização democrática da comunidade política, transformando o Estado de Direito em ordem repressora e dissociada do sentimento geral de justiça³².

3.3.2. Princípio da Impessoalidade

O poder público tem de tratar a todos os administrados sem discriminações ou favoritismos, pois a sua atuação está pautada em comandos genéricos, abstratos e impessoais. Também está consagrado expressamente no “*caput*” do art. 37 da CF e no princípio geral da isonomia (art. 5º, “*caput*” da CF), como garantia fundamental do indivíduo.

O princípio da impessoalidade serve como fundamento ao Estado Democrático; pois, como bem lembra a Professora Renata Porto Adri³³, o Estado de Direito é aquele traduzido pelo “governo de leis” e não de homens. A desvinculação

³⁰ Nesse sentido, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo Administrativo*, p. 55.

³¹ Marcelo Figueiredo e Valmir Pontes Filho (organizadores), *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, A crise no entendimento clássico do princípio da legalidade administrativa e temas correlatos, p.431.

³² Carlos Roberto Siqueira Castro, *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, p 193.

³³ Renata Porto Adri, *Princípio da Impessoalidade*, p. 26.

pessoal do governo é fundamento e inspiração para a existência atual e concreta do princípio da impessoalidade em nosso texto constitucional.

O conteúdo mínimo da impessoalidade traduz-se na vedação de dispensar tratamento pessoal aos administrados, a ponto de criar entre eles tratamento favorecido de uns em detrimento de outros. Para tanto, como adverte Ana Paula Oliveira Ávila³⁴, é preciso incluir à definição de impessoalidade a “objetividade da atividade administrativa” durante o procedimento de escolha dos meios destinados à satisfação das necessidades públicas, na decisão, na execução e na organização administrativas.

É o que explica Carmen Lúcia Antunes Rocha: “*De um lado, o princípio da impessoalidade traz o sentido de ausência de rosto do administrador público; de outro, significa a ausência de nome do administrado*”. De fato, o princípio, ao mesmo tempo em atua ao lado da atuação administrativa regida por uma finalidade pública, exige do administrado atuação transparente e descomprometida com a promoção pessoal de seus atos, sem que o seu mandato, o seu cargo, emprego ou função seja transformado em veículo de propaganda pessoal (art. 37, §1º, CF).

3.3.3. Princípio da Moralidade

De acordo com o princípio da moralidade, a Administração e seus agentes devem atuar na conformidade de princípios éticos, compreendendo a lealdade e a boa-fé.

Nesse sentido, é oportuna a lição de Juarez Freitas³⁵:

(...) resultam superadas antigas posturas que consideravam os juízos éticos como inteiramente desconectados ou estranhos à apreciação jurisdicional e que, com a entronização constitucional do princípio da moralidade, estão abertos os caminhos para a superação da vergonhosa impunidade que campeia na Administração Pública, podendo-se confiar em uma nova ordem administrativa baseada na confiança, na boa-fé, na honradez e na probidade.

Para o Professor Márcio Cammarosano, o administrador, no exercício da função administrativa, não está preocupado com os preceitos da moral comum, pois destes se ocupam os legisladores quando elaboram as leis, mas com os preceitos morais

³⁴ *O princípio da Impessoalidade da Administração Pública*, p. 46.

³⁵ Juarez Freitas, *Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação*, RIL 129/63-64.

que foram jurisdicizados, ou seja, com os preceitos morais que receberam a vestimenta da ordem jurídica. E isto se dá porque os valores que envolvem a moral comum sofrem variações no tempo e no espaço, criando verdadeira situação de insegurança jurídica, pois o que é moral e aceito culturalmente hoje pela sociedade poderá deixar de sê-lo amanhã e vice-versa.

Assim, leciona o Professor Márcio Camarosano:

“(…) violar a moralidade é violar o Direito. É questão de legalidade. A só violação de preceito moral, não jurisdicizado, não implica invalidade do ato. A só ofensa a preceito que não consagra, explícita ou implicitamente, valores morais, implica a invalidade do ato, mas não a moralidade administrativa.”³⁶

Contudo, adotamos a posição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, quando confere ao princípio da moralidade uma abordagem mais ampla, atrelando-a ao bom costume na Administração, atendendo ao disposto no interesse público e no interesse de terceiros. Para o ilustre Professor, a moralidade administrativa não parte de uma noção de costume administrativo, mas de costume enraizado na sociedade, naquilo que ela acredita correto, são costumes que a própria sociedade acredita que devam ser realizados.

O Professor Celso Antônio sintetiza o princípio, asseverando que:

“(…) é a conduta leal e de boa-fé em relação à contraparte uma das principais características da moralidade administrativa, vista por um dos lados; vista pelo seu outro ângulo, o princípio da moralidade administrativa representa uma atitude leal e de boa-fé do administrador público em relação à própria administração, em relação à defesa do interesse público. É esta composição necessária, que tem de existir entre a preocupação de defesa do interesse público e o respeito aos direitos dos cidadãos, aquilo que vai permitir que se considere que há ou não há maior ou menor moralidade administrativa”.

3.3.4. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade consagra o dever de manter transparência nos atos e gestão públicas. Constitui, pois, importante instrumento de controle do poder público.

³⁶ Márcio Cammarosano. Tese de doutorado. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, p. 135.

³⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello. *Princípio da Moralidade*, in *Revista de Direito Tributário*-69, p. 183.

Outro não é o pensamento de Antônio Carlos Cintra do Amaral³⁸, quando conclui pautado pelos ensinamentos de Colaço Antunes, que a publicidade inclui-se em uma noção mais ampla, que é a transparência, esta abrangendo, ainda, a comunicação e a proximidade.

A Administração Pública brasileira tem o dever de não apenas respeitar o princípio da publicidade, inscrito no art. 37 da Constituição, mas de ser transparente, posto que representa os interesses dos reais detentores do poder, ou seja, da sociedade e, como tal, não pode ocultar seus atos, principalmente aqueles ocasionadores de restrições individuais aos administrados.

3.3.5. Princípio da Eficiência.

Eficiência é tudo o que se espera em qualquer campo da atividade humana, principalmente daquele que atua direcionado ao atendimento do interesse 1) público.

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.³⁹

O princípio em causa veio à lume no Direito pátrio por meio da Emenda Constitucional 19/98, tornando-se máxima constitucional da Administração Pública. A inclusão do princípio ao “*caput*” do artigo 37 do Texto Constitucional marca a tônica da “*Administração Pública Gerencial*”⁴⁰ implantada pela Emenda 19/98.

Como observa Egon Bockmann Moreira⁴¹, parte da doutrina critica a inclusão da eficiência ao texto constitucional, pois na realidade a “*boa administração*” constitui dever inafastável do poder público, estando ou não sob a égide de um princípio

³⁸ *O princípio da publicidade no Direito Administrativo*. RBDP, ano 1, nº 02, p. 2003

³⁹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 89.

⁴⁰ Alice Gonzales Borges, *A Implantação da Administração Pública Gerencial na Emenda Constitucional 19/98*. RTDP-24.

⁴¹ Egon Bockmann Moreira, *Processo Administrativo*, p. 159-160.

constitucional. No mesmo sentido, adverte João Caupers⁴² que a administração pública está condicionada por um *dever geral de boa administração*.

3.3.6. Princípio da Motivação

O princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar, prévia ou concomitantemente, as razões de fato e de direito que a levaram a tomar uma decisão.

As razões de fato e direito são fundamentais, principalmente no exercício da competência discricionária, quando o administrador tem margem de liberdade para atuar, invocando razões de conveniência e de oportunidade.

A Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, indica relação dos atos administrativos que “deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos”, em especial, quando “neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses”. Tais prerrogativas são verificáveis em larga escala no exercício do poder de polícia.

É com a explicitação dos motivos que se torna possível avaliar a correta atuação do administrador; permitindo, inclusive, recorrer ao Poder Judiciário, questionando o que foi decidido.

3.3.7. Princípio da Proporcionalidade

É o princípio da proibição do excesso, compatibilizando meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com violação aos direitos e garantias fundamentais.

O princípio da proporcionalidade está implicitamente previsto na Constituição Federal e expressamente no artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo e no artigo 2º, da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal e normatiza princípios consagrados pela doutrina.

⁴² *Introdução ao Direito Administrativo*, p. 69.

O princípio em causa pode ser entendido como a adequação entre meios e fins da atuação administrativa, de modo a evitar a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

A melhor e a mais adequada escolha do administrador tem relevância no exercício de competência discricionária, quando a norma legal confere margem de liberdade ao agente na aplicação da lei ao caso concreto, valorando, com seu subjetivismo, o preenchimento das lacunas existentes. No exercício da competência vinculada, por sua vez, pouca ou nenhuma liberdade restará ao administrador, pois a intensidade e a extensão da função administrativa estão integralmente definidas na norma.

No aspecto da atuação discricionária convém trazer à colação o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴³ demonstrando que a proporcionalidade “atua como critério, finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto”. Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência.

José Joaquim Gomes Canotilho⁴⁴ reconhece a função positiva do princípio da proporcionalidade, informando materialmente os atos do Poder Público, impondo (a) conformidade de meios; (b) exigibilidade (ou necessidade) e (c) proporcionalidade em sentido restrito.

A “*conformidade*” impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada aos fins que ela persegue. Ou seja, a conduta administrativa há de ser idônea ao atingimento do interesse público posto em jogo. É, pois, o vínculo de pertinência entre a finalidade buscada pela norma e os meios assumidos pelo agente.

A “*exigibilidade*” tem relação com a menor onerosidade ou desvantagem possível ao particular. Administração deve, na escolha das opções definidas pela lei, apontar aquela que menor desvantagem traga ao administrado. A escolha deve, pois, recair sobre o comportamento administrativo imprescindível e certo ao atingimento dos fins legais.

⁴³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito de Direito Administrativo*, p. 40.

⁴⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 120.

Não basta a medida ser adequada e necessária, é preciso avaliar se o resultado obtido com a intervenção é “*proporcional*” à carga coativa da mesma⁴⁵.

A proporcionalidade deve ser aferida segundo os valores do homem médio⁴⁶, em congruência com as posturas normais já adotadas pela Administração Pública, sob pena de o agente superar a demarcação de seu “poder”, porque ultrapassa o necessário para desincumbir do “dever” de bem cumprir a lei. Todo ato desproporcionado é inválido, já que praticado com excesso em relação à competência⁴⁷.

Por fim, cabe apenas mencionar que o princípio da proporcionalidade deve ser observado na definição do conteúdo e na imposição de limitações sobre o direito de propriedade. No caso, o legislador estará obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado no reconhecimento da propriedade privada; de outro, no princípio da função social, não restringindo a liberdade além do estritamente necessário.⁴⁸ De tal modo, que as garantias fundamentais e os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, CF) prevaleçam sobre os interesses patrimoniais, ainda que meramente secundários da Administração Pública.

3.3.8. Princípio da Finalidade.

De acordo com o princípio da finalidade, o administrador sempre deverá perseguir um objetivo certo e inafastável de todo ato administrativo: o interesse público. Para tanto, é indispensável que se utilize o ato apto a atingir a finalidade para a qual foi idealizado, ou seja, o fim previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência do agente (art. 2º, par.ún., “e”, da Lei 4.717/65).

Na verdade, o exercício das prerrogativas do Estado só estará legitimado quando presente, de fato, o interesse público, não um suposto interesse público do Estado (difuso, indeterminado, totalmente divorciado da realidade), mas aquele representativo dos verdadeiros interesses da comunidade. O interesse público deve aparecer como algo certo, determinado, exercitável em curto espaço de tempo, perfeitamente passível de ser

⁴⁵ Egon Bockmann Moreira, *op. cit.*, p. 81-82.

⁴⁶ Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p.47.

⁴⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle Jurisdicional*, p. 98.

⁴⁸ Gilmar Mendes, *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Vol. I- nº 5- agosto de 2001.

reconhecido no caso concreto. Como adverte com muita propriedade Héctor Jorge Escola⁴⁹ “*la simple invocación del interes público, como lago vago e inasible, no sirve para nada: es como uma forma, dentro de la cual nada existe. Es una apariencia, cuando en verdad debe ser una realidad*”.

Como o interesse público é eleito pelo legislador, o princípio da finalidade não é uma mera decorrência do princípio da legalidade, mas uma “inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada”⁵⁰.

O Professor Celso Antônio conclui:

Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la. Daí por que os atos incursos neste vício-denominado “desvio de poder” ou “desvio de finalidade”- são nulos. Quem desatende ao fim legal desatende à *própria lei*.

O uso do poder constitui prerrogativa da autoridade pública que deve fazê-lo sem abuso. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública⁵¹.

O desvio de poder pressupõe que a autoridade seja competente para a prática do ato, executando-o, porém, com a finalidade diversa da prevista em lei. A prática do ato exorbitando no uso de suas faculdades administrativas caracterizará “excesso de poder”, ainda que a finalidade perseguida seja de interesse público.

Não basta, portanto, perseguir o interesse público é imperioso que o agente realize o ato dentro da esfera de sua competência. Desta maneira, podemos dizer que o “abuso do poder” é o gênero do qual o “desvio de poder” e o “excesso de poder” são as espécies. Ambas, ensejam a nulidade do ato administrativo.

O excesso de poder pode tipificar crime de abuso de autoridade quando incide nos tipos penais previstos na Lei 4.898, de 09 de dezembro de 1965, caracterizando, assim, ato arbitrário.

⁴⁹ Héctor Jorge Escola. *El Interes Público como fundamento del derecho administrativo*, p. 245.

⁵⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 64.

⁵¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 95.

Por fim, é oportuno mencionar que o desvio de poder também ocorre por omissão do agente público que deixa de agir, quando deveria fazê-lo, animado por intenções pessoais, favoritismos ou, em fim, objetivando finalidade alheia à da regra de competência que o habilitava.

4. A Omissão Administrativa.

O respeito ao regime jurídico administrativo concretiza o denominado *direito fundamental à boa administração pública*, que é compreendido, na lição de Juarez Freitas⁵², como o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas, impondo, assim, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Antes da própria análise do regime jurídico administrativo e dos princípios de regência, é imperativo reconhecer qual é o fundamento da legitimidade do poder estatal, o que confere força para que seja aceito por aqueles sobre os quais se exerce, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo? O próprio Hobbes afirma que para a segurança dos súditos é necessário que alguém “detenha legitimamente no Estado o sumo poder”.

É da Ciência Política a preocupação com o reconhecimento da legitimidade do poder estatal. Noberto Bobbio ensina que o critério majoritário utilizado para reconhecer a legitimidade do poder estatal é o do *caráter relacional*, vale dizer, o Estado só manifesta legitimamente o seu poder perante os seus destinatários quando mantém com eles uma relação de satisfação ou compromisso com o interesse social.

No exercício da função administrativa, a caráter relacional encontra-se presente no dever-poder estatal de satisfazer o interesse primário, ou interesse da sociedade destinatária do poder estatal.

Como decorrência do dever-poder da atividade administrativa, a omissão do Estado reveste-se de ilegitimidade e configura-se como prática ilegal. De fato, o desvio de finalidade ou de poder também estará presente quando o administrador deixa de atender aos interesses públicos para os quais encontra-se investido de modo vinculado.

⁵² Juarez Freitas, *Direito Fundamental à boa Administração Pública*, p. 20.

Sobre o assunto, torna-se oportuna a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³:

O vício de desvio de poder, como assentam os doutos, pode apresentar-se sob dupla modalidade.

Em *uma delas*, o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público. Nesse caso, atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser o de perseguição a alguém como o de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente. Em *outra modalidade*, busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência do direito inadequada para atingimento da finalidade almejada.

De forma magistral ensina o Professor Juarez Freitas⁵⁴, aproveitando dos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que a legitimidade do exercício da função administrativa pressupõe, exatamente, a observância dos limites finalísticos estatuídos pelo vinculante novo papel do Estado, em termos de respeito ao direito fundamental à boa administração, que pressupõe, em linhas gerais, a geração de ambiente institucional favorável a parceiros produtivos. Com a redução de entraves oriundos da quebra reiterada de confiança. E mais: pressupõe, sem tardar, a contínua sinergia entre as políticas públicas e o estabelecimento pactuado de metas e resultados, além da criatividade, a inovação e o controle social em matéria de orçamento público.

A confiança, como bem destacou Jesús González Pérez⁵⁵, refere-se:

(...) a la imposibilidad de adoptar un comportamiento contradictorio, que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente su puede haber depositado en el ajeno y la regla de buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento.

Com efeito, mostra-se contraditória a atuação do administrador público que não cumpre a função social da propriedade pública, colocando-a em verdadeiro estado de abandono prolongado, invocar a supremacia do interesse público sobre o particular e sob o manto da auto-executoriedade do poder de polícia retirar uma família que, com sua moradia, confere ao bem público uma função social constitucionalmente assegurada e que foi imputada pela Constituição ao próprio ente estatal como competência material de proteção (art. 23, IX, da CF).

⁵³ Celso Antonio Bandeira de Mello, *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, pp. 58-59.

⁵⁴ Juarez Freitas, *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*, p. 18.

⁵⁵ *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, p.73.

Desse modo, o administrado tem o direito subjetivo público⁵⁶ de exigir do administrador omissa a conduta comissiva imposta pelos princípios e regras constitucionais, quer na via administrativa, o que pode fazê-lo pelo exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatório de obrigação de fazer, seja de cunho individual, seja para tutela de valores difusos ou metaindividuais.

É preciso registrar, porém, que aquelas atribuições constitucionais de natureza administrativa ou material (art. 23 da CF), a exemplo do inciso IX, que impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de promover programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, quando não são atendidas pelo administrador público ganham o “status” de omissões específicas, porquanto estão ocorrendo mesmo diante de expressa imposição no sentido do *facere* administrativo, seja no prazo previamente determinado, seja pelo transcurso de prazo superior ao razoavelmente aceitável⁵⁷.

⁵⁶ Adotaremos o conceito de direito subjetivo público do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que o relaciona ao dever do Estado concretizar o interesse público, deixando de atender substancialmente a legalidade a ponto de onerar pessoalmente alguém que estaria livre de tal oneração ou de sonegar uma vantagem que poderia atingir a muitos.

⁵⁷ A distinção entre omissões genéricas e omissões específicas no exercício da função administrativa é bem destacada por José dos Santos Carvalho Filho, in *Manual de Direito Administrativo*, p. 38. Para o ilustre administrativista, apenas as omissões específicas podem caracterizar direito subjetivo do administrado, ficando as omissões genéricas dentro da esfera de livre oportunidade.

5. A Função Administrativa e a Dimensão Vertical da Dignidade da Pessoa Humana.

Com o Estado Social, o interesse público a ser alcançado pelo administrador humaniza-se, na medida em que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda a coletividade o bem-estar social⁵⁸.

A verdade é que a supremacia do interesse público sobre o privado encontra o seu fundamento de validade na sistemática constitucional, de modo que a sua invocação não pode ser utilizada para legitimar arbítrios dos agentes públicos e tampouco significa que a Administração Pública possa atuar com a mesma liberdade conferida aos particulares; antes, pelo contrário, traduz em conjunto rígido de limitações à atuação administrativa⁵⁹.

Desse modo, verifica-se que a idéia de supremacia do interesse público sobre o privado não pode ser extraída abstratamente, mas da análise do caso concreto⁶⁰, após o exercício de interpretação orientada pelos fundamentos e objetivos estampados no Texto Constitucional, em especial, pelo postulado normativo da dignidade da pessoa humana, que, apesar da sua natureza polissêmica, atua como conceito jurídico-normativo a ser observado por todos os órgãos estatais, seja na sua acepção negativa, objetivando impedir a atuação arbitrária do Estado, seja na perspectiva positiva, programática ou impositiva, em que o Estado deverá ter como meta permanente a proteção da vida em todas as suas acepções. É a denominada *eficácia vertical dos direitos fundamentais*, em que se observa o respeito aos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado (STF, RE 201819/RJ, j. 11/10/2005).

⁵⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 217-218.

⁵⁹ Fábio Medina Osório, *Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro?*, RTDP-28, pp. 50/51.

⁶⁰ Nesse sentido, Clovis Beznos, *Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação*, p. 34. Para o ilustre Professor “*não se pode conceber ‘a priori’ a existência de supremacia de certa gama de interesses que se sobreponham a outros em relação ao mesmo objeto, eis que a supremacia de interesses ou de direitos que destes são sinônimos, frente a outros, diante de uma lide, somente se pode dar pela interpretação pelo poder competente - o Judiciário-, da questão em debate, considerando os fatos e o direito aplicável*”.

No mesmo sentido, o Professor Celso Antônio adverte que

só mesmo um visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre...é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado!

Também compartilha do mesmo entendimento Marçal Justen Filho⁶¹, quando leciona que

mesmo a supremacia e indisponibilidade do interesse público são subordinados a ele (refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana). Mais precisamente supremacia e indisponibilidade do interesse público são as vias insubstituíveis para a realização da dignidade da pessoa humana, que consiste que o ser humano não é instrumento, qualquer das acepções que a palavra apresente. O ser humano não pode ser tratado como objeto. É o sujeito de toda a relação social e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização dos fins últimos de outros seres humanos ou de uma coletividade indeterminada.(...) O que não se admite é a diluição da dignidade de um único indivíduo em virtude da existência de um incerto e indefinido interesse público. (...) Os poderes atribuídos ao Estado, no âmbito da função administrativa, não são voltados a produzir um interesse público abstrato, difuso ou apenas cognoscível por parte do governante. A atividade administrativa do Estado se orienta a atender as necessidades individuais e coletivas pertinentes ao valor da dignidade da pessoa humana.

Outro não é o ensinamento do Professor Celso Antônio⁶² quando expressamente adverte que as prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado somente serão legítimas quando alcançarem o interesse público; *“não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal, e muito menos dos agentes governamentais”*.

É verdade que nenhum direito ou garantia individual seja absoluta, mas é preciso que a atuação estatal esteja revestida de legitimidade e, portanto, em perfeita consonância com os dispositivos constitucionais, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal no MS 23.452, relator Min. Celso de Mello, ao estabelecer que

(...) razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

⁶¹ Marçal Justen Filho, *Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo*, RTDP-26, p.125.

⁶² *op. cit.*, p. 73.

A dignidade da pessoa humana, mais do que fundamento para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores, funciona como metanorma ou estrutura para a aplicação de outras normas (princípios ou regras), servindo como modo de raciocínio e de argumentação. Na classificação de Canotilho, a dignidade da pessoa humana encontra-se inserida entre os princípios políticos constitucionalmente conformadores, porquanto voltado a explicitar uma valoração política fundamental do legislador constituinte.

Neste contexto, adverte Ingo Wolfgang Sarlet⁶³, que não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividade estatais encontram-se vinculados ao postulado da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Tal se justifica pelo fato de que, em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais encontra guarida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, o que assegura a indisponibilidade dos direitos fundamentais e a obrigação de tudo fazer no sentido de implementar com a maior eficácia possível os direitos fundamentais.

É o fenômeno denominado pela doutrina de *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*, asseverando que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais (*deveres de proteção*), consagram também valores mais importantes em uma comunidade política, irradiando efeitos para todos os campos do ordenamento jurídico (*eficácia irradiante dos direitos fundamentais*), impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário⁶⁴.

Fala-se, assim, de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, porque estes constituem, simultaneamente, fonte de direitos subjetivos que podem ser reclamados em juízo e as bases fundamentais da ordem jurídica, que se expandem para todo o direito positivo. Ao Estado cabe, além do dever inafastável de preservar direitos, assegurar no mundo da vida as condições materiais mínimas para o exercício efetivo das liberdades

⁶³ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, pp. 114-121.

⁶⁴ Daniel Sarmento. *Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*, p. 251-314.

constitucionais, sem as quais tais direitos, para os despossuídos, não passariam de promessas vãs⁶⁵.

Alerta, com muita propriedade, Liana Portilho Mattos⁶⁶, que a dignidade da pessoa humana de há muito deixou de ser um princípio humanitário, cristão, filosófico, para se transformar num princípio jurídico, incorporado como fim do próprio Direito, em todos os seus ramos.

Cuida-se, na verdade, de um processo histórico que culminou na Declaração dos Direitos do Homem, elaborada pela Organização das Nações Unidas, em 1948, que em seu preâmbulo já afirmava que o “*reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*”.

De fato, a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gerar direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção⁶⁷.

De fato, é necessário

(...)que se facilite al hombre todo que éste necesita para vivir una vida verdaderamente humana, como son el alimento, la vestimenta, la vivienda, el derecho a la libre elección de esta y a fundar una familia, a la educación, al trabajo, a la buena fama, al respeto, a una adecuada información, a obrar de acuerdo con la norma reta de su conciencia, a la protección de la vida privada a la justa libertad también en materia religiosa⁶⁸.

Com efeito, a dignidade da pessoa humana acaba por justificar a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas fundamentais, como o direito de propriedade, que se torna abusivo sempre que o seu

⁶⁵ Daniel Sarmiento, *op. cit.*, p. 255.

⁶⁶ Liana Portilho Mattos, *Viver, Morar, Transitar: o Homem e a Cidade*, in *Direito à vida digna*, p. 289.

⁶⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, p. 32.

⁶⁸ Jesús Gonzáles Pérez, *La dignidade de la persona*, p. 61.

titular deixa de atender a sua função social e colide com o direito de moradia, a despeito de o exercício desse direito ser da responsabilidade do Estado, cujas funções precípua são as de construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e promover o bem de todos.

Na verdade, os princípios do artigo 1º inspiram todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduzem, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo, como expressamente reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 85.237, relator o Ministro Celso de Mello (DJ de 29-4-05).

O Constituinte foi muito claro nesse propósito quando fixou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF) e, principalmente, ao deixar transparecer de forma clara e inequívoca a sua incidência em outros capítulos de nossa Lei Fundamental, seja quando estabeleceu que a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*) e o meio ambiente ecologicamente equilibrado como fator essencial à sadia qualidade de vida (art. 225, *caput*), seja quando, na esfera dos direitos sociais, definiu o mínimo existencial ou o piso vital como direito fundamental (art. 6º, CF).

Na verdade, o que a Constituição deseja preservar vai muito mais além do que o direito à vida, mas, sim, o direito de viver dignamente, desdobrando-se em todos aqueles direitos que tornam a vida processo de aperfeiçoamento contínuo e de garantia de estabilidade pessoal, compreendendo, além do direito de não ser atingido em sua integridade física e psíquica, o direito à saúde, à educação, ao meio ambiente equilibrado, aos bens comuns da humanidade, enfim, o direito de ser em dignidades e liberdades⁶⁹.

⁶⁹ Carmen Lúcia Antunes Rocha, *O Direito à Vida Digna*, p. 25.

III) A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA MORADIA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL. OS COMPONENTES CONCEITUAIS.

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, um apartamento etc., para nele habitar. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria, mas a garantia a todos de um teto onde se abrigue com a família de modo permanente⁷⁰, em condições de higiene e conforto capaz de preservar a intimidade pessoal, a essência e o valor social de certas instituições como a família e a saúde.

O conceito apresentado revela que o direito de moradia pode ser protegido de forma ampla pela Constituição Federal, desde a proteção máxima da moradia atrelada ao próprio direito de propriedade, até a dimensão mínima do direito constitucional de preservação da intimidade pessoal e do abrigo contra as arbitrariedades estatais.

Outra não é a posição do Supremo Tribunal Federal⁷¹, quando reconheceu que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de tê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. Daí a complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e de segunda geração, pois setes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas. Por isso, os direitos de crédito, denominados direitos econômicos-sociais e culturais, podem ser encarados como direitos que tornam reais direitos formais: procuram garantir a todos o acesso aos meios de vida e de trabalho num sentido amplo.

Na verdade, o reconhecimento do direito de moradia como um direito fundamental pelo art. 6º (EC 26, de 14 de fevereiro de 2000) foi fruto de uma longa conquista de organismos e tratados internacionais, a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965 (artigo V), a

⁷⁰ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 314.

⁷¹ Agravo de Instrumento nº 677274/SP, julgado em 31/10/2008.

Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976 (Seção III) e a Agenda Habitat de 1966.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV, item 1), pela primeira vez, consagrou, pela ordem jurídica internacional, o direito de moradia entre os denominados direitos econômicos, sociais e culturais, estabelecendo:

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

Um dos principais tratados ratificados foi o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, posto que este, em seu artigo 11, contém o fundamento principal do direito à moradia como um direito humano, e, por conseguinte, gera aos Estados Signatários a obrigação de promover e proteger o direito em tela, como se pode verificar na transcrição do citado dispositivo:

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

Assim, o direito de moradia cuida, entre nós, simultaneamente de direito fundamental (direitos da pessoa reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado) e direito humano (reconhecido e protegido na esfera dos direitos internacionais), gerando importantes conseqüências nas esferas da eficácia e da efetividade desse direito social.

Com efeito, o reconhecimento de dado direito como fundamental desdobra-se em três principais aspectos de aplicabilidade: (1) como parte integrante do rol de direitos constitucionais, o direito de moradia (art. 6º, da CF) encontra-se inserido no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, como norma de superior hierarquia; (2) é parte integrante do rol de limitações materiais ao poder de reforma constitucional, porquanto recebe tratamento de “cláusula pétrea” (art. 60, §4º, da CF); c) por fim, nos termos do que dispõe o § 1º do artigo 5º da Constituição Federal, a norma definidora do direito de

moradia tem aplicabilidade imediata, vinculando diretamente as entidades estatais e os particulares, cumprindo ao Estado, em especial ao Poder Judiciário, torná-la exequível.

A proteção internacional do direito de moradia (direitos humanos), por sua vez, consolida o rol de direitos fundamentais do Estado brasileiro (art. 5º, § 2º, da CF), além de permitir o seu reconhecimento com força equivalente ao das emenda constitucionais, uma vez tenham sido aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (§ 3º). É preciso ressaltar que o próprio Supremo Tribunal Federal⁷², em diversos julgados, vem adotando a tese do Ministro Gilmar Mendes de que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil possuem *status* normativo supralegal, o que torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação e que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

Uma vez verificadas as conseqüências do reconhecimento do direito de moradia no âmbito dos direitos humanos, é certo que, no rol dos direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 trouxe um elenco de normas constitucionais relevantes para a compreensão da verdadeira dimensão da proteção constitucional do direito de moradia, destacando-se:

- a) art. 1º, III- fundamento do Estado Democrático de Direito- dignidade da pessoa humana;
- b) art. 3º, III- objetivos da República Federativa do Brasil- erradicação da pobreza, da marginalização e da redução das desigualdades sociais e regionais;
- c) art. 5º, X e XI- direitos fundamentais- direitos de inviolabilidade da intimidade e do domicílio;
- d) art. 5º, XXII e XXIII- direito fundamental- direito de propriedade e garantia da função social da propriedade;

⁷² STF (RE 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 22.11.2006).

- e) art 5º, XXVI- atividade estatal de fomento- impenhorabilidade da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento
- f) art. 6º, *caput*- direito de moradia como garantia ao mínimo existencial;
- g) art. 23, IX e X- competências administrativas- É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos
- h) art. 170, III- princípio da Ordem Econômica- função social da propriedade;
- i) art. 182- política urbana- função social da propriedade urbana; o dever do Poder Público Municipal de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes; sanções ao proprietário desidioso e usucapião *pro moradia*;
- j) arts. 185, 186 e 191- política rural- função social da propriedade rural; sanções ao proprietário desidioso e proteção à pequena e média propriedade rural;
- k) art. 188, *caput* e § 1º- função social do bem público- destinação da área pública compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.
- l) art. 203- assistência social- proteção à família, à infância e à velhice; amparo às crianças e adolescentes carentes;
- m) art. 225- meio ambiente- proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;
- n) art. 227- direito de proteção à família- é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão;

- o) art. 230- direito de proteção ao idoso- a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Percebe-se, portanto, que a Constituição de 1988 adotou as seguintes técnicas de positivação do chamado direito prestacional de moradia:

(1) positivação sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado de conteúdo eminentemente social (arts. 1º, III; 6º; 23, IX; 170, III);

(2) positivação dos direitos sociais na qualidade de normas de organização atributivas de competência para a emanção de medidas relevantes no plano social (arts. 6º; 23, IX; 188, §1º);

(3) positivação dos direitos sociais pela consagração de garantias institucionais, obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, criança e idoso) e a adotar medidas estritamente conexas com o valor social eminente dessas instituições (arts. 203; 225; 227; 230).

De tal modo, o direito de moradia, por imperativo constitucional, acaba assumindo a condição de pressuposto para a aquisição da propriedade (como ocorre no usucapião constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade e da posse, vinculado à dignidade da pessoa humana, cujo conteúdo deve atender a certos parâmetros qualitativos mínimos para uma vida saudável, direcionando o Poder Público na sua atividade de implementação.

É bem verdade que o amplo conceito de moradia pode trazer dificuldades para a definição e implementação de seu conteúdo, porquanto se revela dentro dos denominados conceitos jurídicos indeterminados.

Neste ponto, como bem leciona Toshio Mukai⁷³, a teoria mais aceita na Teoria Geral do Direito, quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, ensina-nos que a realidade nem sempre pode ser retratada ou expressa em palavras, de forma precisa e absoluta; quando isto ocorre, faz-se necessário adequar a realidade ao conceito, para se saber se este abarca aquela, ou não.

Assim, o direito à moradia necessita de uma melhor definição de seu conteúdo, do que realmente compõe o referido direito, para que este alcance a devida concretude no ordenamento.

A ausência, no texto constitucional, de uma definição mínima de um conteúdo para o direito à moradia impõe, como bem leciona Ingo Wolfgang Sarlet⁷⁴, a necessidade de se utilizar às disposições contidas nos diversos tratados e outros documentos dos quais o Brasil seja signatário e que já estejam incorporados ao nosso ordenamento jurídico.

Como muito bem ressaltou a Professora Carolina Zancaner em sua dissertação de mestrado⁷⁵ para que o direito à moradia seja concretizado nos termos da Constituição Federal, dentro do denominado “mínimo existencial”, a habitação deve ter dimensão adequada, com satisfatórias condições de higiene e comodidade, e que resguarde a intimidade pessoal e a privacidade familiar, bem como favoreça a inclusão social e o encontro de posto de trabalho.

No mesmo sentido, o Comentário Geral n.º 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que trata dos componentes do direito à moradia, dispõe como componentes do direito a uma moradia digna a segurança jurídica da posse, a disponibilidade de serviços públicos essenciais, o acesso a moradia por aqueles com menor renda e que detenha as condições de habitabilidade.

A segurança jurídica da posse exige do Estado o reconhecimento de medidas destinadas a conferir segurança legal da posse às pessoas e propriedades que careçam atualmente de tal proteção e que, de fato, promovem a função social da propriedade

⁷³ *O direito administrativo e o regime jurídico das empresas estatais*, p. 184.

⁷⁴ *Algumas Anotações a Respeito do Conteúdo e Possível Eficácia do Direito à Moradia na Constituição de 1988*. RTDP 42/55, p. 64.

⁷⁵ *Da intervenção do Estado no domínio social*, p. 140.

pública em verdadeiro estado de abandono e totalmente desatrelado do dever de satisfazer o interesse público primário.

Uma moradia adequada deve dispor de certos serviços essenciais para a saúde, segurança, acesso à água potável, à serviço de iluminação, instalações sanitárias e de lavagem, meios de armazenamento do alimento, de eliminação de resíduos, de drenagem do local e serviços de emergência. O acesso à moradia digna, necessariamente, deve vir acompanhado dos serviços públicos essenciais à própria sobrevivência do titular. Além do que, deve encontrar-se em um lugar que permita o acesso às opções de emprego, ao transporte, aos serviços de saúde, às escolas, às creches.

A moradia digna deve ser habitável, oferecendo aos seus habitantes o espaço adequado e protegendo-os do frio, da umidade, do calor, da chuva, do vento ou de outras ameaças à saúde, dos perigos estruturais e dos vetores de doença. O programa de abrigo provisório também contribui para a segurança física dos ocupantes. É fato notório que as condições inadequadas e deficientes de moradia e de vida são associadas, invariavelmente, às taxas mais elevadas de doenças e mortalidade.

O Estado deve fomentar a atividade econômica de modo que os custos financeiros pessoais ou habitacionais associados com a moradia devem estar em tal nível que a realização e a satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas nem comprometidas. Os Estados devem adotar medidas para garantir que uma porcentagem dos gastos relacionados à moradia seja, como regra, proporcional ao nível de renda.

Além disto, os Estados devem criar subsídios de moradia para os incapazes de obtê-la, assim como formas e níveis diferentes de financiamento que correspondam adequadamente às necessidades da moradia. O cooperativismo habitacional e o sistema de crédito para as pessoas de baixa renda podem ser citados como interessantes exemplos de atividade de fomento estatal no setor, permitindo que os grupos em condições de desvantagem tenham o acesso aos recursos adequados para conseguir uma moradia.

De outra parte, é corrente que o direito de moradia, assim como ocorre com os demais direitos fundamentais, não se reveste de natureza absoluta. A exemplo das

desapropriações estatais e da desocupação de áreas de proteção ambiental, o direito de moradia cederá frente a outro direito fundamental de maior intensidade, uma vez observados os critérios de ponderação entre os valores em colisão.

1. Direito de Moradia e a Função Social das Propriedades Privada e Pública⁷⁶.

Como já mencionado, o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser compreendido em uma dupla dimensão: (1) programática ou propositiva, cabendo ao Estado realizar diretamente políticas públicas ou programas de fomento incentivadores de atividades de interesse social; (2) dimensão protetiva aos interesses dos administrados, seja pela imposição de restrições à atuação punitiva estatal, seja pela observância do dever de solidariedade social.

Com efeito, há uma conscientização crescente e generalizada de que os indivíduos têm o dever de serem solidários, protegendo-se mutuamente. O conceito moderno de dignidade é informado pela solidariedade humana. O Estado passa a intervir em defesa dos mais vulneráveis, limitando e redimensionando as situações subjetivas patrimoniais ao respeito dos múltiplos aspectos da personalidade.

O Texto Constitucional, ao estabelecer expressamente que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII) e, especialmente, quando reputou como princípio da ordem econômica a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), provocou o surgimento de uma nova estrutura interna do conceito de propriedade⁷⁷.

Os preceitos constitucionais mencionados têm aplicabilidade imediata e interferem na própria estrutura e no conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-a numa instituição de Direito Público.

No Brasil, a preocupação da função social da propriedade surgiu com a Constituição de 1934, que, no seu artigo 113, assegurava que *“é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou colectivo, na*

⁷⁶ Na dicotomia entre o Direito Privado e o Direito Público, a doutrina sempre apontou como critério prevalente de distinção o fato de o primeiro ser orientado pela autonomia da vontade e a liberdade de contratar entre os atores da relação jurídica, reservando ao segundo a idéia de função, onde não está presente a autonomia volitiva, mas o dever de agir na satisfação dos interesses de terceiros. Como será demonstrado, a inserção de conceitos como função social do contrato e função social da propriedade aproxima os dois grandes ramos do Direito, mitigando a ampla liberdade de agir em benefício do interesse de terceiros, ainda que não contratantes ou proprietários.

⁷⁷ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 281-283.

forma que a lei determinar”. Na Constituição de 1946, o artigo 147, por sua vez, determinava que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A Constituição de 1988, pela primeira vez, inseriu a função social da propriedade no rol dos direitos fundamentais (art. 5º, XXIII) e no elenco de princípios da Ordem Econômica (art. 170, III), definindo a função social da propriedade privada urbana e rural nos artigos 182 a 186, respectivamente.

A inserção da função social acaba por ampliar o conceito de propriedade, na medida em que relativiza os caracteres tradicionais desse direito, pelo que era tido como direito *absoluto, exclusivo e perpétuo*, porquanto encontra-se orientada a garantir o bem-estar dos habitantes de dada sociedade em que está inserida. O não-exercício da propriedade privada em conformidade com as funções sociais constitucionais implicará sanções constitucionalmente previstas.

A propriedade urbana cumprirá a sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação das cidades expressas no plano diretor. O artigo 182, § 4º, por sua vez, fixa as sanções ao proprietário do solo urbano que não promova o seu adequado aproveitamento, ou seja, para o proprietário desidioso que deixa o bem imóvel em completo estado de abandono.

O artigo 183, do mesmo modo, estabelece a punição maior ao proprietário desidioso, assegurando ao possuidor de área imóvel urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados a propriedade por usucapião, desde que, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilize-a para sua moradia ou de sua família, privilegiando aquele que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

A função social da propriedade rural é cumprida quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos requisitos de aproveitamento racional e adequado do solo, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O proprietário rural que abandona a sua propriedade também pode ser surpreendido com a perda de seu bem pelo instituto da usucapião, desde que conjugado ao abandono prolongado exista a posse ininterrupta e sem oposição da área não superior

a cinquenta hectares para fins de moradia (art. 191, CF). Além de assegurar o direito à aquisição do bem imóvel, a Constituição Federal preserva a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, tornando-a insuscetível de aquisição por desapropriação para fins de reforma agrária.

A função social da propriedade não é exclusividade da propriedade privada, mas atinge, e com muito mais razão, a propriedade pública, que tem a sua razão de existir na garantia de bem-estar dos administrados e como um de seus objetivos o de promover a redução das desigualdades sociais. Aliás, modernamente, como destacou Norberto Bobbio⁷⁸, a sociedade experimenta o duplo processo, que não são incompatíveis, mas, antes, se compenetraram um no outro: publicização do privado e de privatização do público. O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses privados aos interesses da coletividade representados pelo Estado; o segundo representa a revanche dos interesses privados que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos.

Daí a advertência, que se impõe considerar, de que se formou, no âmbito de nosso sistema jurídico, um novo paradigma a ser observado pelos aplicadores do Direito, pois, como bem assinalado pela Professora Maria Celina B. Moraes⁷⁹

no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana- isto é, os valores existenciais- no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, que de modo tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Daí decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento dever ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar.

Essa aproximação entre as dicotomias público/privado refletiu no direito de propriedade com a inserção do conceito de função social da propriedade, pois “traz ao

⁷⁸ Norberto Bobbio, *Estado, Governo e Sociedade- Para uma teoria geral da política*, p. 26

⁷⁹ Maria Celina B. Moraes, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in. Revista Estado, Direito e Sociedade.

Direito Privado algo até então exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade”⁸⁰.

O Professor Sílvio Luis Ferreira da Rocha, em trabalho específico sobre o tema⁸¹, percebeu muito bem essa aproximação entre os regimes jurídicos e manifesta posição favorável de que os bens públicos também estão submetidos ao cumprimento de uma função social, pois servem de instrumentos para o atendimento dos fins públicos e não a fins particulares.

O Professor Sílvio afirma categoricamente que

A finalidade cogente informadora do domínio público não resulta na imunização dos efeitos emanados do princípio da função social da propriedade, previsto no texto constitucional. Acreditamos que a função social da propriedade é princípio constitucional que incide sobre toda e qualquer relação jurídica de domínio, pública ou privado (...).

Assim, está em consonância com o mandamento constitucional a Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001, que, regulamentando o § 1º do art. 183 da Constituição Federal, disciplinou a concessão de uso especial para fins de moradia, implementando importante mecanismo de efetivação da função social da propriedade pública, ao dispor que aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.

No âmbito dos Estados-membros, a Constituição de regência tem plena autonomia para implementar outros mecanismos de efetivação da função social da propriedade pública e o direito de moradia, a exemplo do art. 246, da Constituição do Estado da Bahia, que assegura, no seu parágrafo 6º, a destinação de 30% das áreas arrecadadas pelo município em processo discriminatório administrativo ou judicial na implementação de moradias populares.

⁸⁰ Carlos Ari Sundfeld, *Função social da propriedade*, in *Temas de Direito Urbanístico 1*, coordenação de Adílson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo, p. 21.

⁸¹ *Função social da propriedade pública*, p. 124.

Com o mesmo propósito de proteção ao direito de moradia, há previsão na Lei Orgânica do Município de São Paulo (art. 158), estabelecendo que os bens públicos municipais dominiais não utilizados serão prioritariamente destinados, na forma da lei, a assentamentos da população de baixa renda e à instalação de equipamentos coletivos, observada a preservação do meio ambiente.

2. O Direito de Moradia e a Função Social da Posse.

A inserção constitucional da cláusula geral da função social da propriedade, como já mencionado, relativiza os caracteres tradicionais desse direito, pelo que era tido como direito *absoluto, exclusivo e perpétuo*, modificando, por via de consequência, a estrutura do direito de posse, na medida em que o possuir deixa a condição de mero observador de respeito *erga omnes*, como mero sujeito passivo universal, e passa a titularizar direitos subjetivos, em atenção à superior previsão constitucional do direito social de moradia e o consequente acesso aos bens vitais mínimos.

Com efeito, a Constituição Federal conferiu especial proteção à posse decorrente da moradia sempre que analisada em detrimento daquele proprietário que não atende a sua função social. O art. 5º, XXIII, ao condicionar o direito de propriedade ao atendimento de uma função social, quer torná-la útil não só para o seu proprietário ou possuidor, mas também para aqueles que vivem na República Federativa do Brasil marcada por objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e com propósito de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais.

É marcado por esses propósitos que surge o Estatuto da Cidade, que consolidou quatro marcos jurídicos importantes no contexto do ordenamento brasileiro: a noção da função social da propriedade, a gestão democrática da cidade, os instrumentos jurídicos-urbanísticos para a gestão do solo urbano e, finalmente, o direito de permanência dos ocupantes de terras para fins de moradia em assentamentos informais. Todos esses pontos têm relação direta ou indireta com o direito à moradia.

Os principais instrumentos constitucionais para promover a proteção da moradia são: a impenhorabilidade da pequena propriedade rural trabalhada pela família (art. 5º, XXVI); o dever do Poder Público Municipal de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182); a usucapião especial urbana do imóvel utilizado para a moradia (art. 183); a impenhorabilidade da pequena e média propriedade rural (art. 185); usucapião especial rural (art. 191).

No mesmo contexto, adverte Ana Rita Vieira de Albuquerque⁸² que

⁸² Ana Rita Vieira de Albuquerque, *Da função social da posse*, p. 16.

torna-se evidente que o instituto da posse não pode deixar de receber esse influxo constitucional, adequando às suas regras à ordem constitucional vigente como forma de cumprir a sua função de instituto jurídico, fruto do fato social em si, verdadeira emanção da personalidade humana e que, por isso mesmo, é ainda mais comprometido com os próprios fundamentos e objetivos do Estado Democrático e a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana.

A posse não deve ser vista como um mero direito acessório. As modernas teorias sociológicas da posse demonstram que ela está impregnada de valores sociais, porquanto se encontra mais próxima da realidade da sociedade. Por servir o uso e o trabalho sobre a coisa a necessidades humanas básicas, justifica-se o dever geral de abstenção perante a situação do possuidor e a garantia do desfrute de bens essenciais⁸³.

De fato, o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades sociais e de modo que sejam preservados o meio ambiente e a sadia qualidade de vida. Percebe-se, portanto, que o direito de propriedade ganha uma dimensão dinâmica, como uma complexa situação subjetiva, em que ao lado dos poderes do titular (usar, reivindicar, usufruir e dispor) colocam-se obrigações positivas deste para com a comunidade, numa relação de complementaridade. Assim, a Constituição Federal somente tutelar a propriedade, garantindo sua perpetuidade e sua exclusividade, quando esta for utilizada com escopo social.

É possível que em dado caso concreto, o direito de propriedade colida com a garantia constitucional do direito de moradia, devendo preponderar o direito de maior densidade, afastando-se aquele de menor repercussão.

Posiciona-se neste sentido Nelson Rosenvald, em sua obra sobre os direitos reais, que a função social é princípio básico que incide no próprio conteúdo do direito de propriedade, somando-se as quatro faculdades conhecidas (usar, gozar, dispor e reivindicar). Em outras palavras, converte-se em quinto elemento da propriedade. Enquanto os quatro elementos são estáticos, o elemento funcional da propriedade é dinâmico e assume um decisivo papel de controle sobre os demais. Vale dizer, o uso, gozo e disposição da coisa serão submetidos ao exame da funcionalidade, bem como a pretensão reivindicatória poderá ser paralisada se o proprietário apenas detiver o título, mas não conceder destinação relevante ao bem.

⁸³ Antônio Hernandez Gil, *La posesion*, p. 87.

A propriedade alijada de sua função social, posto que subtilizada ou abandonada, falece de fundamento constitucional de merecimento de tutela e, na escala de preponderância entre as garantias constitucionais, deve ceder frente à função social da posse decorrente do direito de moradia, como garantia ao mínimo existencial, desde que demonstrada a fixação séria no imóvel por longo período de tempo, ainda que em detrimento do proprietário. Enfim, na propriedade moderna a titularidade isoladamente considerada é secundária; em sentido diverso, prepondera a sua legitimidade e destinação.

3. O Direito de Moradia e a Proteção de Pessoas em Situação de Risco.

A ampla proteção do direito de moradia compreende as normas de promoção integral da família, da criança e adolescente, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traz, entre as medidas de proteção, a colocação em abrigo de entidade de atendimento (art. 101, VII), conferindo legitimidade ao Ministério Público para a tutela, inclusive, de direito individual do menor (art. 201, V).

Do mesmo modo, o parágrafo único do artigo 23 da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, com a redação dada pela Lei 11.258, de 30 de dezembro de 2005, impõe ao Poder Público a criação de programas de Assistência Social especialmente voltados à proteção da criança e do adolescente em situação de risco pessoal e social e às pessoas que vivem em situação de rua, sem o amparo de um abrigo de proteção em condições mínimas de dignidade.

No mesmo sentido está o art. 37 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2001), que assegura a todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos o direito a uma moradia digna, preferencialmente, no seio da família, ou, ainda, em instituição pública ou privada, ficando as instituições que abrigarem idosos a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei. Ao Ministério Público também foi conferida a legitimidade para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

De tal modo, o abrigamento é um dos programas de proteção, gerido por entidades governamentais (públicas) e não-governamentais, acolhendo, de modo excepcional, provisório e transitório pessoas em situação de risco, até sua reinserção na família ou a conquista de moradia própria. A garantia de dignidade no programa de

abrigo depende, em larga medida, da fiscalização pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pelos Conselhos Tutelares.

O abrigo ou a instalação temporária de pessoas em situação de risco tem perfeita aplicação para as hipóteses de desocupação de bens públicos ocupados para moradia por vários anos sem qualquer oposição do Poder Público. A conivência do Poder Público traz, por via de consequência, o dever de assegurar a instalação das famílias ocupantes dos próprios públicos preliminarmente à reintegração de posse da área, atendendo ao preceito constitucional que assegura o direito de moradia.

IV) AS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS EM ESPÉCIE E A PROTEÇÃO DO DIREITO DE MORADIA.

O amplo aspecto da proteção constitucional revela que o direito a uma moradia digna compreende um complexo de direitos de cunho positivo e negativo, e, como tal, encontra-se presente em todas as atividades estatais, desde a intervenção estatal no domínio social (políticas públicas e atividade de fomento administrativo), passando pela gestão de bens públicos, dos serviços públicos e no próprio exercício do poder de polícia administrativo e o dever de respeitar e não afetar o direito de moradia com agressões injustas.

1. A Intervenção no Domínio Social e a Garantia do Mínimo Existencial.

A doutrina, de um modo geral, define a evolução dos direitos fundamentais em três gerações básicas, a saber: direitos fundamentais de 1ª geração (direitos civis e políticos) compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais, realçando o princípio da liberdade; direitos fundamentais de 2ª geração (direitos econômicos, sociais e culturais) identificam-se com as liberdades positivas, reais ou concretas, acentuando o princípio da igualdade; e os direitos fundamentais de 3ª geração materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagrando o princípio da solidariedade.

A ordem social adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, sob a influência da Constituição alemã de Weimar (1919), o que continuou nas constituições posteriores.

A Constituição de 1988 inovou o cenário jurídico ao trazer um capítulo próprio sobre os direitos sociais. Isto porque, as constituições anteriores não disciplinavam a ordem social como capítulo autônomo, mas como um mero objetivo a ser alcançado pela Ordem Econômica e atrelada ao respeito das normas trabalhistas.

O artigo 6º mostra muito bem o conteúdo mínimo essencial à sadia qualidade de vida, quando diz que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a

assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (redação dada pela emenda constitucional nº 26, de 2000). É a denominada Constituição Constitutiva, a que Canotilho identifica como Constituição Dirigente, e que não expressa apenas um instrumento de governo, mas um “plano normativo-material global”, que determina tarefas, estabelece programas e define fins a serem perseguidos pelo Estado.

Os direitos sociais são, pois, direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal. Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis, acarretando duas conseqüências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no § 1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver omissão do poder público na regulamentação de alguma norma preveja um direito social, e conseqüentemente inviabilize seu exercício- regras da socialidade e corresponsabilidade⁸⁴.

De fato, seguindo as lições de J. J. Gomes Canotilho⁸⁵, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a proporcionar as condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real.

É preciso lembrar que a Ordem Econômica não constitui, ou não deveria constituir, um entrave às garantias fundamentais da pessoa humana; muito ao contrário, os direitos econômicos constituem pressupostos de existência dos direitos sociais, já que orientados pelas mesmas diretrizes constitucionais destinadas a assegurar a todos existência digna e redução das desigualdades sociais (art. 170, *caput* e VII).

Desse modo, é inquestionável que a Constituição de 1988 adotou a técnica de positivação jurídico-constitucional dos direitos sociais sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado e de conteúdo eminentemente

⁸⁴ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 286.

⁸⁵ José Joaquim Gomes Canotilho. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, p. 35-69.

social, obrigando, assim, o legislador, o juiz e o administrador a proteger o núcleo essencial e vital da pessoa humana.

Particularmente, na proteção constitucional do direito de moradia, o rol de disposições protetivas revela que o Texto Constitucional se vale, não só, de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado de conteúdo eminentemente social (art. 3º, III; 5º, X e XI; art. 6º), mas de normas de organização atributivas de competência para a emanção de medidas relevantes no plano social (art. art. 23, IX e X; 170, *caput* e III; 182 a 191 e 225) e, ainda, de normas de garantias institucionais, obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, criança e idoso) e a adotar medidas estritamente conexas com o valor social eminente dessas instituições (art. 23, IX; art. 203; 227 e 230).

Não desconhecemos, contudo, as objeções apontadas pelos mais variados setores da doutrina em matéria de implementação de direitos sociais. O Professor Canotilho⁸⁶ destaca, em especial, os seguintes problemas:

(1) a otimização das prestações jurídicas pressupõe sempre uma reserva econômica do possível, condicionando a implementação de uma política social aos programas de governo;

(2) assiste-se a uma inversão do objeto do direito subjetivo: classicamente, os direitos subjetivos estão voltados ao direito de defesa e a uma pretensão de omissão dos poderes públicos perante a esfera jurídica privada; os direitos a prestações postulam uma proibição de omissão, impondo-se ao Estado uma intervenção ativa de fornecimento de prestações;

(3) enquanto a densidade, nas normas consagradoras de direitos de defesa permite, a justificabilidade destes direitos- jurídico-individualmente acionada, os preceitos consagradores dos direitos a prestações estabelecem imposições constitucionais vagas e indeterminadas, dependentes da interposição do legislador e demais órgãos concretizadores;

(4) A idéia de correlatividade deixa em aberto alguns problemas. Uma coisa é afirmar que o cidadão tem direito a uma prestação, outra coisa é determinar quais os

⁸⁶ José Joaquim Gomes Canotilho, *op. cit.*, p. 52.

modos ou formas de proteção desse direito. Diferentemente do que acontece na dimensão negativa de imposição ao Estado; na segunda dimensão, positiva, existe um relativo espaço de discricionariedade do poder público quanto à escolha dos meios para tornar efetivo o direito na sua dimensão mínima. Ressalta, porém, que essa discricionariedade não é absoluta, mas orientada pelas técnicas da positivação dos chamados direitos sociais-prestacionais.

O Professor Canotilho arremata: o grande problema da Constituição Dirigente reside no desafio da concretização constitucional no tocante à eficácia das cláusulas sociais, dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos constitucionalmente, o que implica na transformação de estruturas.

A despeito das dificuldades acima apontadas pelo ilustre doutrinador português, a dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do postulado vem associado aos direitos fundamentais e tem como núcleo material elementar o mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade⁸⁷.

De fato, a dignidade da pessoa é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos⁸⁸. A dignidade da pessoa humana, mais que bem jurídico, cuida-se de um valor geral presente em vários bens jurídicos e que se revela essencial ao Homem, sem o qual não é possível uma sã convivencialidade⁸⁹.

É com fundamento na dignidade da pessoa humana e nos objetivos orientadores de um Estado Democrático de Direito que o Estado deve intervir no

⁸⁷ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, p. 334-336.

⁸⁸ Alexandre de Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais- Teoria Geral*, p. 46.

⁸⁹ Maria da Conceição Ferreira da Cunha, *Constituição e Crime- Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 89

domínio social- políticas públicas e atividade administrativa de fomento- com vistas a promover o bem-estar de seus habitantes.

1.1. Políticas públicas.

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que asseguram as condições necessárias à formação de uma sociedade livre, justa e solidária. São, pois, direitos fundamentais de 2ª geração e, como tal, reclamam do Estado um papel prestacional de minoração das desigualdades sociais, criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, já que é de se indagar até que ponto é possível ao homem realizar, ele próprio, suas necessidades vitais ou se necessita, para tanto, da atuação direta ou indireta (fomento) do Estado nesse processo.

Essa opção do constituinte deu origem ao que denominamos Constituição Social, ou seja, conjunto de normas constantes da Constituição predispostas a regulação da ordem social, entendida de maneira a abranger os setores onde o Estado deva intervir por meio de prestações sociais, seja indicando aos indivíduos (seguridade social), seja intervindo na realidade para propiciar um sistema de relações sociais mais equilibrado e justo.

Para promover o atendimento das necessidades do cidadão, proporcionando-lhe condições de viver em harmonia, ter prosperidade e, enfim, atingir o bem-estar social, o Estado é dotado de poder político ou autoridade (governo). Na definição de José Afonso da Silva⁹⁰, governo é “o conjunto de órgãos mediante os quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada, ou conjunto de órgãos supremos a quem incumbe o exercício das funções do poder político”.

Assim, o Governo é a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente⁹¹.

Hely Lopes Meirelles⁹² traça as principais características da atividade governamental, como sendo uma atividade política e discricionária; independente e com

⁹⁰ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p.109

⁹¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p.59.

⁹² *Idem*, p 60.

responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução.

A questão que modernamente se coloca diante dos aplicadores do Direito consiste, exatamente, em saber se essas opções de governo podem ser controladas pelo Poder Judiciário ou se estão inseridas no núcleo insindicável do mérito administrativo.

Tal posição mista, que pretende diferenciar Governo de Administração Pública, não deve prevalecer, sob pena de aceitarmos que determinados atos não podem ser sindicados pelo Poder Judiciário, posto que poderiam ser praticados em absoluta liberdade, sem obediência aos comandos legais.

Nesse sentido, já advertiam Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁹³

pretender, como há más de un autor que la actividad del Gobierno debe de ser libre y judicialmente exenta porque no se puede limitar a la aplicación de las leyes, resulta inadmisibile; todas las potestades discrecionales están en esa misma situación y ello no implica exención alguna de la legalidad ni del control del juez. La legalidad no opera con la Administración de modo que reduzca ésta a su pura aplicación mecánica, sino habilitando a la misma con potestades de actuación, entre la cuales las discricionales remiten con normalidad al juicio libre de la Administración, sin que ello signifique, en modo alguno, exención de la Ley y del Derecho, sino un tipo propio de sujeción.

Antes da análise propriamente dita sobre a possibilidade de controle jurisdicional sobre as políticas públicas é preciso destacar na doutrina qual o seu conceito jurídico.

1.1.1. Conceito e os pensamentos dos Professores Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Paula Dallari Bucci.

A Política pública é definida pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁴ “*como um conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o País*”. O Professor Celso Antônio, portanto, reconhece o tema das políticas públicas sobre o enfoque da atividade administrativa.

⁹³ *Curso de Derecho Administrativo I*, p. 35.

⁹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 802.

De outra parte, Maria Paula Dallari Bucci⁹⁵ formula um conceito sobre política pública, dispondo que “*são programas de ação governamental visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*”.

As dificuldades que o tema apresenta partem da própria definição de seu objeto de estudo. Utilizando como amostra os conceitos apresentados, percebe-se que a doutrina pode utilizar diversos critérios para a formulação de um conceito jurídico de política pública. O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello parte de um conceito de política pública atrelado ao exercício de uma atividade administrativa. A Professora Maria Paula Dallari Bucci, por sua vez, utiliza como critério de definição a política pública como um programa de ação governamental.

Não será proposta desse trabalho a formulação de um conceito de política pública, mas analisar as principais objeções formuladas ao controle judicial dessa atividade estatal e concluir pela sua possibilidade.

Desse modo, como advertido anteriormente, as controvérsias sobre o problema da efetividade e do controle judicial das políticas públicas estão relacionadas, exatamente, com o critério de distinção entre os conceitos formulados. De fato, o conceito de política pública como atividade administrativa redundante, no que diz respeito à sua sindicabilidade judicial, nas problemáticas questões sobre o controle da discricionariedade administrativa e da separação entre os Poderes. Já o conceito de política pública como programa de atuação governamental, avança o debate para o caráter programático do plano de governo e a efetividade das suas disposições.

1.1.2. As objeções ao controle do mérito administrativo e a separação entre os poderes.

É preciso avançar no estudo das políticas públicas rechaçando os argumentos contrários ao seu controle pelo Poder Judiciário.

⁹⁵ Maria Paula Dallari Bucci, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 239.

Recentes decisões ainda são reticentes em admitir o controle judicial dos atos da Administração Pública, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes e afronta à margem da discricionariedade que norteia a atividade do administrador público. Nesse sentido, acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. PODER DISCRICIONÁRIO. ADMINISTRAÇÃO. Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pleiteia que a municipalidade destine um imóvel para instalação de abrigo e elaboração de programas de proteção à criança e aos adolescentes carentes, que restou negada nas instâncias ordinárias. A Turma negou provimento ao recurso do MP, com fulcro no princípio da discricionariedade, pois a municipalidade tem liberdade de escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e o que deve ter prioridade, não cabendo, assim, ao Poder Judiciário intervir. Precedentes citados: REsp 169.876-SP, DJ 21/9/1998, e Ag no REsp 252.083-RJ, DJ 26/3/2001. Resp. 208.893-PR. *Rel. Min. Franciulli Netto, julgado em 19/12/2003.*

É inaceitável, contudo, a posição do Poder Judiciário de não intervir no controle das políticas públicas, sob os fundamentos da discricionariedade administrativa e da independência entre os poderes, em afronta ao Estado Democrático de Direito. Cuida-se de afronta ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional diante da lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).

O mesmo se diga para refutar o argumento da discricionariedade como causa ensejadora da insindicabilidade da política pública. Quanto ao aspecto do controle da legalidade do ato discricionário, pouca ou nenhuma divergência existe na doutrina e na jurisprudência. No mérito, porém, a questão é mais acirrada.

Para o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello⁹⁶, o mérito do ato administrativo pode ser sindicado pelo Poder Judiciário sempre que o seu conteúdo for marcado por termos vagos, fluidos ou imprecisos, como “comportamentos indecorosos”, “perturbação da tranquilidade pública”, “urgência”, dentre outros, tendo em vista que o “campo recoberto por estes conceitos carecerá de uma linha demarcatória definida com rigor e precisão indisputáveis. Aí haverá necessidade do Judiciário proceder à qualificação dos motivos”. Há, contudo, como adverte o ilustre administrativista, um núcleo insuscetível de controle pelo Poder Judiciário, quando a decisão administrativa encontra-se dentro da esfera de decisão legítima, “onde ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável”.

⁹⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 90.

Especificamente sobre o tema, o ilustre administrativista doutrina que

se é possível controlar cada ato estatal, deve ser também possível controlar o todo e a movimentação rumo ao todo”. Assim, sendo ainda mais preciso, o Professor conclui “como agredir um princípio é mais grave que transgredir uma norma, empreender uma política- que é o plexo de atos- que seja em si mesma injurídica é mais grave que praticar um simples ato contraposto ao Direito. Logo, se é possível atacar o menos grave, certamente será possível atacar o mais grave”⁹⁷.

No mesmo sentido, adverte Derly Barreto: “*Nem se diga que a sindicabilidade dos atos políticos significaria uma intervenção na seara da política, pois o Poder Judiciário limitar-se-á a decidir juridicamente a questão política posta*”⁹⁸.

Do mesmo modo, o controle pelo Poder Judiciário pode avançar no sentido da sindicabilidade das opções políticas do Governo, restringindo o âmbito de discricionariedade da Administração no cumprimento da ordem social constitucional, ampliando a possibilidade de maior judicialização dos conflitos. A tendência é a de tornar insindicável pelo Poder Judiciário apenas os atos exclusivamente políticos, como exemplo, a escolha pelo Chefe do Poder Executivo do nome indicado em lista tríplice para ocupar determinado cargo público⁹⁹.

Nesse sentido, escreve João Batista de Almeida¹⁰⁰:

Não vejo porque não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento. Nesse caso, poderiam ser enquadrados, por exemplo, o fornecimento de ensino fundamental obrigatório, o transporte escolar, a aplicação do mínimo de 25% das receitas de impostos municipais em educação. A não-implementação das políticas públicas nas áreas mencionadas implica descumprimento de normas cogentes da Constituição Federal (art. 208, §§ 1º, 2º e 3º), que pode ser reparado por via da referida ação.

Com efeito, o eventual exercício de faculdades discricionárias não dispensa a Administração Pública de respeito à Constituição Federal. Não há, portanto, no poder discricionário uma vontade absolutamente descomprometida, livre e insuscetível de ser controlada pelo Poder Judiciário.

⁹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 802.

⁹⁸ Derly Barreto, *Controle jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo*, Revista Trimestral de Direito Público, pp. 133-134.

⁹⁹ Para o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, citando Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, in *Curso de Direito Administrativo*, p. 37, mesmo os atos praticados no exercício da função política são suscetíveis de controle pelo Poder Judiciário.

¹⁰⁰ João Batista de Almeida, *Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública*, p. 73

No mesmo sentido, o ilustre Desembargador do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, Paulo Magalhães da Costa Coelho¹⁰¹, monografista do tema, asseverou que

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não significa, em absoluto, como advertirá o próprio Entierria, na anulação ou no aniquilamento dos poderes administrativos. Não é disso de que se trata ou que se pretende. Cuida-se apenas de verificar se, na atuação concretizadora da finalidade da lei, a administração pública está não só respeitando, como ainda implementando os vetores axiológicos do ordenamento jurídico. O que não se pode pretender, à evidência, é que ao exercer faculdades discricionárias, possa ela se colocar ao abrigo do controle da principiologia constitucional, que deve ser levada a efeito, até suas últimas conseqüências, pelo Poder Judiciário que, ao agir assim, estará apenas e tão-somente cumprindo sua missão constitucional. Nem se pretenda que, ao fazê-lo, estará invadindo o “mérito” do ato administrativo. Fazer valer os vetores constitucionais é tarefa imperiosa do Poder Judiciário que não pode se acovardar a pretexto de invasão de competência de outro poder.

Por idênticas razões, o argumento da separação entre os Poderes não deve prevalecer. Há muito a doutrina enfatiza que a separação entre os Poderes não é estanque, mas deve ser interpretada como importante mecanismo de equilíbrio institucional, ensejando a possibilidade de múltiplas interações, principalmente quanto a intervenção do Poder Judiciário na concretização de políticas não implementadas pelos demais Poderes.

Nesse sentido, destaca Jean Carlos Dias¹⁰²

O papel do Judiciário, assim, não se resume a uma ação de natureza defensiva; mas, ao contrário, exige um protagonismo plenamente justificável quando as questões estejam relacionadas à justiça básica e a elementos constitucionais essenciais que se manifestam por meio da razão.

Desse modo, o Judiciário pode e deve ser constituído como fórum adequado para discussão daqueles temas. Isso não quer dizer que deva haver exclusividade; ao contrário, o sentido que se pode esperar é que o Judiciário seja capaz de corrigir as distorções no âmbito executivo e legislativo que acabem por comprometer os direitos fundamentais.

A atuação do Judiciário não somente não compromete uma concepção forte e substancial de democracia, como também permite que esta seja, sem dúvida alguma, levada ao seu estado mais elevado.

Com tais fundamentos, mostra-se desacertada a recente decisão do E. Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁰³, que sob o fundamento único da separação entre os Poderes, manteve a sentença de improcedência na Ação Civil Pública ajuizada pela Defensoria

¹⁰¹ *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 54.

¹⁰² *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 98.

¹⁰³ Apelação Cível nº 780.203-5/4-00, 9ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Rebouças Carvalho, j. 13/11/2008.

Pública do Estado de São Paulo em face da Prefeitura do Município de São Paulo e da Fazenda do Estado de São Paulo, objetivando compelir as requeridas a providenciar moradias aos ocupantes da comunidade denominada alojamento Ponto Frio, através dos programas de locação social, sob pena de multa diária, ou, alternativamente, determinar à Municipalidade a inscrição dos ocupantes em seus programas de desenvolvimento urbano, com a imediata disponibilidade de linhas de financiamento público para aquisição de imóveis.

O E. Tribunal de Justiça local argumentou que é facultado à Administração Pública escolher a forma que melhor lhe parecer para promover programas de construção de moradias, dispor sobre o parcelamento, uso e ocupação do solo por particulares e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, nos termos do art. 23, IX, da Constituição de 1988.

Para rebater os fundamentos do Tribunal local, vale mais um vez trazer à colação os ensinamentos do ilustre advogado e Professor Doutor da Escola da Magistratura do Estado do Pará Jean Carlos Dias, que afirma com todas as letras que

O controle judicial manifesta-se como a salvaguarda institucional, a fim de garantir a existência de um modo de vida capaz de respaldar os direitos fundamentais dos cidadãos que integram uma sociedade. (...) Fica evidente o aspecto instrumental da separação entre as funções estatais em relação a certos objetivos sociais estruturais nos pensamentos político e jurídico ocidental. (...) O limite do controle judicial é exatamente o necessário à proteção dos direitos fundamentais, tal como concebido numa democracia constitucional dualista.

Na verdade, o Judiciário tem legitimidade para controlar a ineficiência dos atos estatais, não podendo os atributos da conveniência e da oportunidade escapar ao controle jurisdicional sempre que, no caso concreto, evidenciar a lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental (art. 5º, XXXV, da CF)¹⁰⁴. O princípio da separação dos poderes deve ser compatibilizado com o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Portanto, o Estado não pode furtar-se a cumprir e concretizar políticas públicas erigidas pela Constituição, como na hipótese da moradia, e pode ser validamente compelido judicialmente a promover os programas habitacionais a que está incumbido, seja por uma norma específica da Constituição Estadual que fixa parâmetros mínimos

¹⁰⁴ Emerson Gabardo, *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*, p. 144.

de investimento no setor, seja pelo dever constitucional genérico, mas também cogente, de garantia da moradia como direito fundamental ao mínimo existencial para uma vida digna (arts. 1º, III e 6º, da CF).

Como exemplo de norma de conteúdo específico de aplicação no setor habitacional pode ser mencionada a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul que, no seu artigo 173, reconhece a necessidade de uma política estadual de habitação, priorizando o atendimento das necessidades sociais, nos termos da política estadual de habitação, fixando que do montante de investimentos do Estado em programas habitacionais, pelo menos setenta por cento serão destinados para suprir a deficiência de moradia de famílias de baixa renda, entendida estas como as que auferem renda igual ou inferior a cinco vezes o salário mínimo.

1.1.3. A objeção da efetividade das normas programáticas e a garantia do mínimo existencial.

As técnicas de positivação jurídico-constitucional dos direitos sociais sob a forma de normas programáticas definidoras de tarefas e fins do Estado e de conteúdo eminentemente social, obrigam o legislador, o juiz e o administrador a proteger o núcleo essencial e vital da pessoa humana.

Como já visto, a discricionariedade e a interdependência entre os poderes não podem constituir obstáculos ao controle judicial das políticas públicas, em especial da moradia, sob pena de afronta ao princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário diante da lesão ou ameaça de lesão a direitos constitucionalmente assegurados (art. 5º, XXXV, da CF).

É preciso ressaltar, contudo, que o dever estatal de agir possui a exata medida da legalidade e do possível, neste inserido o que se considera aceitável – legal e cientificamente – como a prestação razoável e disponível a todo cidadão naquele momento, equacionando o problema à luz do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável ponderar os bens jurídicos em conflito.

Nesse sentido, Eduardo Talamini¹⁰⁵, ao tratar da judicialidade das políticas públicas que demandam ações positivas do Estado, chama a atenção ao fato de que nossa Constituição Federal vinculou muitas das prestações estatais aos direitos fundamentais, de aplicabilidade imediata (§ 1º do art. 5º), a gerar atribuição subjetiva dos direitos e não mero regime programático de políticas públicas que consagrariam apenas reflexamente o direito do cidadão.

A responsabilidade do Estado, contudo, não está na adoção de decisões administrativas legítimas, mas pode advir do mau gerenciamento das políticas públicas (moradia, educação, segurança pública), dado que, cuidando-se de dever-poder do Estado, está claro que a omissão ou incúria administrativa ensejará a sindicabilidade judicial.

A margem de discricionariedade da Administração no cumprimento da ordem constitucional social é bastante limitada, o que ocasiona a possibilidade de maior judicialização dos conflitos, pois que as políticas públicas podem ser questionadas judicialmente, cabendo ressaltar a atuação do Ministério Público na correção dos atos omissivos, ou seja para a implantação efetiva de políticas públicas visando a efetividade da ordem social prevista na Constituição Federal de 1988¹⁰⁶.

No mesmo sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como se vê pelo Resp 429.570, Relatora Min. Eliana Calmon:

1. Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo; 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la; 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade; 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la; 5. Recurso Especial provido.

De qualquer modo, as divergências apontadas pela doutrina e pela jurisprudência- política pública como atividade administrativa ou como norma programática- não são capazes de afastar o entendimento consagrado de que, relativamente ao direito à vida, o cidadão tem o direito subjetivo de invocar prestações mínimas perante o Estado.

¹⁰⁵ Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*, p.138.

¹⁰⁶ Luíza Cristina Fonseca Frischeisen, *A atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal*. *Jornal da Ajufesp- Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul*, set. 1998, p. 11.

De fato, uma vida com dignidade reclama a satisfação dos valores mínimos fundamentais descritos no art. 6º da Constituição Federal, de forma a exigir do Estado que sejam assegurados, mediante o recolhimento dos tributos, educação, saúde, trabalho, moradia, segurança, lazer, entre outros direitos básicos, indispensáveis ao desfrute de uma vida digna. O art. 6º da Constituição fixa um piso vital mínimo de direitos que devem ser assegurados pelo Estado (que o faz mediante a cobrança de tributos), para o desfrute da sadia qualidade de vida.

A Constituição de 1988, de forma inovadora, traz um capítulo próprio dos direitos sociais (Capítulo II do Título I) e, mais à frente, um título específico sobre a ordem social (Título VIII), numa evidente relação de conteúdo e forma de implementação, onde são fixados os mecanismos e aspectos organizacionais. Inseridos no Título da Ordem Social, a Constituição aborda especificamente sobre os aspectos relativos à seguridade social; educação, cultura e desporto; família; meio ambiente etc.

Ocorre, contudo, que nem todos os direitos sociais previstos pelo art. 6º receberam regramento específico pela Constituição Federal, exigindo do intérprete e do aplicador do Direito análise sistemática para a correta definição, alcance e conteúdo desses direitos sociais. É o que se verifica para o direito à moradia.

A ausência de um dispositivo ou capítulo que integre o *caput* do art. 6º levou ao entendimento de Marcos Maselli Gouvêa¹⁰⁷ que a previsão constitucional do direito de moradia fica esvaziada e ineficaz, posto que *“trata-se de norma meramente programática, com evidentes conseqüências no campo interpretativo e jurídico-negativo, mas sem efeitos positivos de per se”*.

Sobre o mesmo tema, o Professor Marcelo Figueiredo¹⁰⁸ entende que o comando constitucional fica completamente esvaziado se não vier acompanhado da operatividade e criatividade do legislador. O ilustre Professor exemplifica, trazendo à colação o direito de propriedade com função social, estabelecendo que seria mera disposição normativa se não se fizesse acompanhar de uma série de leis de desdobramento regulando questões como a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o crédito para a construção de habitações, e assim por diante.

¹⁰⁷ *O controle judicial das omissões administrativas*, p. 97.

¹⁰⁸ *op. cit.*, pp. 435/436.

Não compartilhamos de tais entendimentos.

No que diz respeito à vida do homem com dignidade, não há dúvida de que o direito de moradia está inserido dentro desse núcleo essencial de direitos fundamentais. A própria Lei 10.257, de 10 de julho de 2001- Estatuto das Cidades- reconhece, no inciso I do art. 2º, como um dos objetivos da política urbana o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

Com efeito, o direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, um apartamento etc., para nele habitar. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria, mas a garantia a todos de um teto onde se abrigue com a família de modo permanente¹⁰⁹, em condições de higiene e conforto capaz de preservar a intimidade pessoal, a essência e o valor social de certas instituições como a família e a saúde.

O direito de moradia está inserido no rol constitucional dos direitos fundamentais e, nesse particular, adotamos a posição da Professora Maria Paula Dallari Bucci¹¹⁰ quando adverte, com muita propriedade, que os direitos assegurados pelo artigo 6º da Constituição Federal são verdadeiros direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. A ilustre Professora chega a exemplificar com o direito de moradia como condição inafastável para o exercício do direito à intimidade (art. 5º, X, da Constituição Federal).

A Constituição Federal, no inciso IX do art. 23, definiu como matéria de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. Percebe-se, portanto, que a questão da moradia já era reconhecida como uma expressão dos direitos sociais, antes mesmo da reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000.

¹⁰⁹ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 314.

¹¹⁰ *Políticas Públicas- Reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 3.

A inclusão de tal direito permitirá ao intérprete, nas questões de moradia, tratar do tema sob a roupagem constitucional, o que permitirá ao Poder Público maior cuidado do tema, pois mais do que nunca a sua atuação estará moldada pelo caráter programático da norma¹¹¹.

Outra não é a lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹², quando adverte que

(...) a nota típica do Direito é a imposição de condutas, como um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social- mesmo nas regras chamadas programáticas- está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

Prosegue o ilustre Professor, ressaltando que

(...) a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabidamente, é um corpo de normas qualificado pela posição altaneira, suprema, que ocupa no conjunto normativo. É a lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo o Direito. É a matriz última da verdade de qualquer ato jurídico.

À Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, por todos os seus órgãos e agentes, sejam de que escalam forem, bem como todos os membros da sociedade. Ninguém, no território nacional, escapa ao seu império. Segue-se que sujeito algum, ocupe a posição que ocupar, pode praticar ato- geral ou individual, abstrato ou concreto- em descompasso com a Constituição sem que tal ato seja nulo, da mais grave nulidade, por implicar ofensa ao regramento de escalão máximo.

Uma norma jurídica é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe, quer quando não se faz o que ela determina. Com efeito, sendo a Constituição um plexo de normas jurídicas- e normas de nível supremo- , é inevitável concluir-se que há violação à Constituição tanto quando se faz o ela inadmite como quando se omite fazer o que ela impõe. E, se omissão houver, ficará configurada uma inconstitucionalidade.

A moradia, como direito social, passa a se revestir de aplicabilidade imediata, como determinada o § 1º do art. 5º da Constituição Federal, porquanto inserida na base do mínimo existencial à vida digna. Do mesmo entendimento compartilha Jacques Távora Alfonsin¹¹³, que, a par de criticar o chamado mínimo vital, põe-se de acordo com a posição garantista de que a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana requer a observância da alimentação e da moradia como “necessidades vitais básicas”.

¹¹¹ Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, *Curso de Direito Constitucional*, p. 218.

¹¹² *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, p. 12.

¹¹³ Jacques Távora Alfonsin, *O acesso à Terra como conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia*, p. 22.

O direito à moradia deve ser compreendido, portanto, como o direito a um espaço de convivência e intimidade, como verdadeiro porto seguro da família. Recebeu tratamento de piso vital mínimo, por força do que estabeleceu a Emenda Constitucional nº 26, de 14/2/2000, o direito à moradia tem previsão constitucionalmente estabelecida (art. 6º), traduzindo de forma didática a determinação constitucional prevista no art. 225 de assegurar a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, um direito à vida da pessoa humana relacionada com o local onde se vive.

O conceito amplo de moradia, alinhado à garantia do mínimo existencial, impõe ao Estado promover, além da própria política habitacional (art. 23, IX, da CF), programas destinados à assistência e promoção integral da família, da criança e adolescente e do idoso, incluindo a implantação de albergues destinados ao recolhimento provisório de pessoas em situação de risco ou vítimas de violência familiar (de normas de garantias institucionais -art. 23, IX; art. 203; 227 e 230), colocando-as a salvo de toda forma de negligência, zelando pelos direitos fundamentais pelas condições de bem-estar e dignidade humana.

No mesmo sentido adverte a ilustre Procuradora do Estado de São Paulo Patrícia Helena Massa-Arzabe¹¹⁴, ressaltando que essas diretrizes constitucionais (proteção da vida, da família, dos idosos) foram traçadas com evidente caráter vinculante aos órgãos públicos, de sorte que os objetivos visados pelas políticas sociais possam se concretizar, afastando a margem para o juízo de discricionariedade do Poder Público.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet¹¹⁵, ao se referir sobre o direito de moradia como recente conquista constitucional ao rol dos direitos fundamentais, observa que a incorporação feita pela Emenda Constitucional nº 26 ao art. 6º da Constituição Federal, na verdade, não representou grande novidade, posto que esse direito social não era estranho aos direitos sociais, bastando destacar uma breve referência ao art. 7º, IV, quando define o salário como aquele capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, incluindo a moradia.

¹¹⁴ *Dimensão jurídica das políticas públicas*, p. 66.

¹¹⁵ *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 350.

Assim, reconhece o ilustre Professor que

(...) tendo em conta a circunstância de que a moradia (como, de resto, já anunciado pelo próprio Constituinte no dispositivo versando sobre o salário mínimo) guarda conexão direta com as necessidades vitais da pessoa humana, e, por conseguinte, também com as condições materiais básicas para uma vida com dignidade, já se poderia, a exemplo do que fez o Conselho Constitucional da França, partir da premissa de que a nossa ordem constitucional já vigente já consagrava um direito fundamental implícito à moradia. Por seu caráter existencial e expressão do próprio direito à vida, o direito à moradia ocupa lugar similar ao direito à alimentação, e, portanto, integra aquilo que na esfera internacional tem sido designado de um direito a um adequado padrão de vida.

Percebe-se, portanto, que o direito de moradia tem característica predominantemente de direito difuso, por ser de natureza transindividual, indivisível, de titularidade dispersa entre pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, no interesse geral de proteção ao mínimo existencial pelo Estado.

A Ação Civil Pública constitui importante mecanismo de controle judicial do direito à moradia, na medida em que a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana atinge o interesse de titulares indeterminados que ficariam inviabilizados se fossem exercidos em tutela individual ou coletiva em litisconsórcio multitudinário.

Assim é que a doutrina vai demarcando novas áreas para a judicialização de conflitos metaindividuais, pois o objeto da Ação Civil Pública é o mais amplo possível, graças à inserção da cláusula “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (inciso IV do art. 1º da Lei 7.347/85, pelo art. 110 do Código de Defesa do Consumidor). Inexiste, pois, taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais pelo Ministério Público ou por quaisquer outros legitimados.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a tutela do mínimo existencial (defesa do patrimônio social -arts. 127 e 6º, da CF) reforça a garantia da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, pois, ainda a entender-se programática, essa norma não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto

irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado¹¹⁶.

Exatamente para garantir a fidelidade do governante é que a Constituição Federal dispõe sobre os instrumentos orçamentários, plano plurianual (PPA), lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e o lei orçamentária (LO)- eleitos pela Professora Maria Paula Dallari Bucci¹¹⁷ como “expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência”. Aliás, o art. 2º da Lei 4.320, de 17 de março de 1964, revela ser a Lei Orçamentária, exatamente, o instrumento para se evidenciar a política econômica-financeira e o programa de trabalho do Governo, obedecidos aos princípios da unidade, universalidade e anualidade. Como bem recorda Eros Grau¹¹⁸, a denominada “reserva econômica do possível” não pode ser reduzida *a limite posto pelo orçamento*, até porque, se fosse assim, um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivaleria, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

No mais, compartilho do entendimento da Professora Carolina Zancaner¹¹⁹, quando adverte com muita propriedade que a teoria da reserva do possível somente pode ser invocada em relação à matéria que não tenha qualquer relação com o mínimo existencial ou direitos sociais mínimos.

Não é por outra razão, a percuciente lição de Lúcia Valle Figueiredo¹²⁰:

O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada. Nessa linha de raciocínio, vejo como possível a cumulação de pedidos em ação civil pública, um referente à obrigação de não fazer (deixar de lançar efluentes não tratados) e outro pertinente à inclusão da respectiva despesa no orçamento do ano seguinte.

Sobre o controle judicial das políticas públicas é oportuna a lição do juiz federal Eduardo Appio, quando alerta que:

¹¹⁶ Nesse sentido, o RE 247.900 do STF, decisão do Min. Rel. Marco Aurélio e ADPF 45, de 29 de abril de 2004, rel. Min. Celso de Mello.

¹¹⁷ *Políticas Públicas- reflexões sobre o conceito jurídico*. p. 15.

¹¹⁸ Eros Roberto Grau, *Realismo e Utopia Constitucional*, in *Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Bonavides*, p. 125.

¹¹⁹ *op. cit.*, p. 53.

¹²⁰ Lúcia Valle Figueiredo, *Ação Civil pública- Ação popular- A defesa dos interesses difusos e coletivos- Posição do Ministério Público*. RTDP, n 16, p. 27.

Um governo de juízes seria de todo lamentável, não pelo simples fato de não tenham sido eleitos para gerirem a máquina administrativa ou para inovarem no ordenamento jurídico, mas pela simples razão de que não detêm mandato fixo. (...)

Não há qualquer garantia de que um governo de juízes seria moralmente superior ao de representantes eleitos, na medida em que os valores e princípios constitucionais são maleáveis por conta de sua textura aberta, permitindo uma interpretação muito ampla acerca de seu conteúdo, o que poderia conduzir à prevalência dos interesses do Poder Judiciário enquanto grupo político, e não os interesses reais dos cidadãos.

A principal função do Poder Judiciário brasileiro no contexto político do século XXI será a de permitir a efetiva participação de grupos e segmentos da sociedade que não têm acesso aos canais de comunicação com o poder político. Neste sentido, não cabe ao Poder Judiciário se utilizar de uma discricionariedade política quando do exame das omissões do Estado, mas sim, possibilitar que o jogo político se desenvolva a partir de regras equitativas que considerem com igual respeito todos os cidadãos.

Desse modo, a “reserva econômica do possível” não pode ser transformada em instrumento justificador das mazelas e ineficiências estatais. A Constituição Federal oferece plenas condições de controle da constitucionalidade das leis orçamentárias sempre que o planejamento estatal, ou a ausência dele, revelar-se ineficiente na concretização dos objetivos constitucionais estampados no art. 3º da CF. Os princípios da eficiência, da moralidade e da proporcionalidade trazem o debate do controle judicial dos instrumentos orçamentários do cenário político para o jurídico, orientado pelos deveres de racionalidade e motivação¹²¹.

É preciso lembrar que nas disposições constitucionais de proteção do direito de moradia está a promoção integral da família, da criança e adolescente mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Para tanto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) traz, entre as medidas de proteção, a colocação em abrigo de entidade de atendimento (art. 101, VII), conferindo legitimidade ao Ministério Público para a tutela, inclusive, de direito individual do menor (art. 201, V).

¹²¹ Sobre o tema, cabe aqui mencionar acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da 7ª Câmara Cível, relatado pelo Des. Sérgio Gischkow Pereira, que confirmou parcialmente a sentença de 1º grau, condenando o Estado do Rio Grande do Sul ao cumprimento da obrigação de fazer consistente em incluir no próximo orçamento verba suficiente para criar, instalar e manter em funcionamento programas de internação e semi-liberdade para adolescentes infratores na cidade de Santo Ângelo, fixando, ainda, o prazo de 6 (seis), contados a partir do início do exercício orçamentário, para colocar em funcionamento o referido programa de atendimento.

O artigo 23 da Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, com a redação dada pela Lei 11.258, de 30 de dezembro de 2005, reforça a necessidade do planejamento estatal especialmente voltado à proteção da criança e do adolescente em situação de risco pessoal e social, além do amplo amparo às pessoas que vivem em situação de rua, ou seja, sem, ao menos, um abrigo de proteção sem condições mínimas de dignidade.

Além da proteção à criança e ao adolescente, o art. 37 do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2001) assegura a todas as pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos o direito a uma moradia digna, preferencialmente, no seio da família, ou, ainda, em instituição pública ou privada, ficando as instituições que abrigarem idosos obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei. Ao Ministério Público também foi conferida a legitimidade para instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

Além da tutela do direito de moradia como uma garantia difusa, a Constituição Federal, no inciso IX do art. 23, é mais ampla e estabelece o dever de promover os programas de construção de moradias e da melhoria das condições habitacionais e de saneamento.

1.2. Atividade de fomento como mecanismo de implementação do direito de moradia.

O Estado atravessa, ao longo deste século, três fases bem distintas. A primeira delas, identificada como pré-modernidade ou Estado Liberal, exibe um Estado de funções bem reduzidas, confinadas à segurança, justiça e serviços essenciais. É a fase em que foram reconhecidos direitos como liberdade de contrato, propriedade privada e livre iniciativa.

Na segunda fase, referida como modernidade ou Estado Social, o Estado assume diretamente alguns papéis econômicos, tanto como condutor do desenvolvimento como outros de cunho distributivista. Novos conceitos são

introduzidos, como os de função social da propriedade e da empresa, assim como a consolidação dos chamados direitos sociais.

A quadra final do século XX corresponde à terceira fase, a pós-modernidade, em que o discurso passa ser a desregulamentação, a privatização e das organizações não-governamentais. No plano dos direitos sociais, ganham corpo os conceitos de direitos difusos: proteção do meio ambiente, ao consumidor e os bens e valores históricos e paisagísticos¹²².

Com muita precisão adverte Héctor Jorge Escola¹²³, que, após traçar um interessante panorama sobre a evolução das atividades estatais, desde a fase inicial de concepção nitidamente abstencionista, demonstra que

Sin embargo, com el correr del tiempo y como resultado de la complejidad siempre creciente de las relaciones sociales y económicas, se pudo advertir que la posición abstencionista, que había generado un derecho administrativo también limitado, servía para asegurar el efectivo goce de las libertades y derechos individuales, sino que, por el contrario, posibilitaba que, en la realidad, esas libertades y derechos fueran muchas veces desconocidos, vulnerados o restringidos impunemente.

Nacen las primeras formas del intervencionismo estatal, y la administración pública irrumpe en terrenos que antes le habían estado claramente vedados, tomando a su cargo no sólo realizar obras, servicios y actividades, sino también regular, dirigir, limitar, fomentar, prohibir, y actuar sobre los particulares de una forma cada vez más directa, aunque siempre dentro del marco de la Constitución y de las leyes.

El Estado, que en el pasado se concentraba en garantizar al hombre su derecho de existir, mediante las libertades civiles y políticas, y su derecho a poseer, mediante la formulación de su derecho a la propiedad, debe ahora garantizarle la afirmación de su personalidad, mediante el reconocimiento y goce de su derecho a ser feliz, su derecho a ser, en su condición plena de hombre, con todo lo que ello significa (Caio Tácito).

(...)

Ya todos sabemos y admitimos que cada uno de nosotros, por si mismo, no puede proveer a su sustento de una manera adecuada, ni atender a su educación y cultura, ni salvaguardar su salud, etc., por lo que se hace imprescindible la intervención estatal para realizar obras y prestar servicios, y dirigir, regular, controlar, fomentar y actuar de modo que cada individuo pueda alcanzar aquello que le es menester para lograr ese bienestar, y, como transunto, el de la comunidad en que vive.

Nesse contexto, o Estado, no exercício da atividade administrativa, tem por missão constitucional promover o fomento das atividades materiais definidas no artigo

¹²² Luís Roberto Barroso. *Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica*. RTDP-18.

¹²³ Héctor Jorge Escola. *El Interes Público como fundamento del derecho administrativo*, p. 22 e 23.

23 da CF, especialmente quanto ao incentivo de programas de construção de moradias e da melhoria das condições habitacionais, facilitando e estimulando a participação da sociedade na implementação de políticas públicas voltadas ao acesso a um teto onde se abrigue com a família de modo permanente e em condições de habitabilidade.

Várias são as posições doutrinas que procuram sistematizar as formas de intervenção do Estado na economia. Há autores que se referem a intervenção (a) pela disciplina, (b) pelo fomento e (c) pela atuação direta.

O Professor Eros Roberto Grau¹²⁴ adota as seguintes formas de intervenção do Estado na ordem econômica: intervenção por absorção ou participação (a); intervenção por direção (b) e a intervenção por indução (c).

Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção. É a atuação em regime de monopólio (artigo 177, Constituição Federal).

Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção. É a atuação em regime de competição (artigo 173, Constituição Federal). Aqui, todavia, é necessário distinguir duas possibilidades: a) prestação de serviços públicos; e b) a exploração de atividade econômica em sentido estrito.

No caso das normas de intervenção por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia com mecanismos compulsórios (tributação extrafiscal).

Quando o faz por indução, o Estado atua através de instrumentos como o tabelamento de preços ou congelamento.

De qualquer forma, o Estado deve atuar no domínio econômico de modo a incentivar a iniciativa privada a agir em atividades de interesse público.

1.2.1. Conceito de atividade de fomento.

A atividade administrativa de fomento é definida pelo Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha¹²⁵ como

¹²⁴ Eros Roberto Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. p. 148.

¹²⁵ Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro Setor*, p. 24.

a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, ou, mais concretamente, a atividade administrativa que se destina a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo as atividades dos particulares, sem empregar a coação.

A própria Constituição Federal, no seu art. 5º, XXVI, confere importante instrumento de fomento e proteção da moradia ao assegurar a impenhorabilidade da pequena propriedade rural, desde que trabalhada pela família, impondo ao legislador ordinário o dever dispor sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento.

O Professor Sílvio ressalta, ainda, que a atividade de fomento deve sempre buscar a incentivar ou preservar uma atividade privada que satisfaça necessariamente um interesse geral. A atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral, não é lícita.

1.2.2. Princípios.

Como atividade administrativa, o fomento deve obediência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que impõem limites à configuração normativa de sua atividade, exigindo que ela se revele adequada, necessária e ponderada aos valores constitucionais.

O princípio da proporcionalidade é aquele que veda o excesso, compatibilizando meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com violação aos direitos e garantias fundamentais¹²⁶.

O princípio da proporcionalidade pode ser entendido como a adequação entre meios e fins da atuação administrativa, de modo a evitar a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

A melhor e a mais adequada escolha do administrador têm relevância no exercício de competência discricionária, quando a norma legal confere margem de

¹²⁶ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 86.

liberdade ao agente na aplicação da lei ao caso concreto, valorando, com seu subjetivismo, o preenchimento das lacunas existentes. No aspecto da atuação discricionária convém trazer à colação o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹²⁷ demonstrando que a razoabilidade “*atua como critério, finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto*”. Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de conveniência.

A atividade de fomento, ainda, encontra-se orientada pelo princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado, o que impede considerar que a atividade de fomento seja suportada por apenas uma das partes envolvidas no exercício da atividade, exigindo uma substancial participação da iniciativa particular em contrapartida aos incentivos efetuados pelo Poder Público.

1.2.3. Análise crítica da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP: a penhorabilidade do bem de família como atividade de fomento estatal.

Parece equivocada a decisão do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 407.688/SP, que, ao reconhecer a constitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8009/90, admite a penhora do único imóvel do fiador, sob o fundamento de que o direito constitucional de moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou com o direito de ser proprietário de imóvel e que, na verdade, a Lei do Bem de Família atua como estímulo ou incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante o reforço das garantias contratuais dos locatários.

Ao que parece, a decisão da mais alta Corte do País afrontou a garantia do mínimo existencial, além dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e do compartilhamento dos riscos da atividade¹²⁸.

¹²⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito de Direito Administrativo*, p. 40.

¹²⁸ RE 407688/SP, rel. Min. Cezar Peluso, j. 8.2.2006. No julgamento ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, que davam provimento ao recurso ao fundamento de que a exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família não teria sido recepcionada pela CF. O Min. Marco Aurélio fez consignar que entendia necessária a audiência da Procuradoria-Geral da República, tendo em vista a questão constitucional.

No corpo do acórdão, o Ministro Carlos Ayres Britto, com a propriedade que lhe é peculiar, asseverou que a Constituição Federal utiliza o termo “moradia” em três oportunidades: a primeira, no artigo 6º, para dizer que a moradia é direito social; a segunda, no inciso IV do artigo 7º, para dizer, em alto e bom som, que a moradia se inclui entre as “necessidades vitais básicas” do trabalhador e da sua família; e, na terceira, a Constituição usa o termo “moradia” como política pública, inserindo-a no rol de competências materiais concomitantes do Estado, da União, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, IX). Conclui o Ministro Ayres que a garantia da moradia como necessidade vital do trabalhador e de sua família afasta a possibilidade de penhora sobre bem de feições nitidamente indisponíveis.

Do mesmo modo e em abono à tese da impenhorabilidade do imóvel do fiador, o Ministro Celso de Mello ressaltou a essencialidade do direito de moradia e o seu reconhecimento, inclusive, em sede das Declarações Internacionais de Direitos Humanos. O Ministro utilizou como um de seus fundamentos o inciso IX do artigo 23 da Constituição Federal e o conseqüente dever imposto ao Estado de dispensar tutela efetiva às pessoas em geral, notadamente àquelas postas à margem das grandes conquistas sociais, assegurando-lhes, mediante adoção de medidas apropriadas, a proteção do patrimônio mínimo fundada em postulados inderrogáveis, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que representa - enquanto um dos fundamentos da República (CF, art. 1º, III) - valor revestido de centralidade em nosso sistema constitucional.

O princípio da proporcionalidade deve ser observado na definição do conteúdo e na imposição de limitações sobre o direito de propriedade. No caso, o legislador estará obrigado a concretizar um modelo social fundado, de um lado no reconhecimento da propriedade privada; de outro, no princípio da função social, não restringindo a liberdade além do estritamente necessário¹²⁹. O direito de moradia não pode ser flexibilizado em detrimento de interesses puramente econômicos, mas sempre que conflitar com outro direito fundamental de maior intensidade, uma vez observados os critérios de ponderação entre os valores em colisão, a exemplo da proteção constitucional do meio ambiente como valor que transcende gerações (art. 225, da CF).

¹²⁹ Gilmar Mendes, *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. Revista Diálogo Jurídico, Vol. I- nº 5- agosto de 2001.

Igualmente, o princípio da razoabilidade deixa de ser observado quando se cria um mecanismo de proteção muito mais severo em relação ao imóvel do fiador do que aquele incidente sobre o próprio bem do devedor interessado e objeto de garantia pela fiança.

Assim, atende melhor aos anseios da dignidade da pessoa humana, o recente acórdão prolatado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹³⁰, após a decisão do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO JULGADOS IMPROCEDENTES - APELAÇÃO - EFEITO SUSPENSIVO - PENHORA - IMÓVEL DO FIADOR - BEM DE FAMÍLIA - DIREITO À MORADIA - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA E IGUALDADE - IRRENUNCIABILIDADE. A partir da Emenda Constitucional nº. 26/2000, a moradia foi elevada à condição de direito fundamental, razão pela qual a regra da impenhorabilidade do bem de família foi estendida ao imóvel do fiador, caso este seja destinado à sua moradia e à de sua família. No processo de execução, o princípio da dignidade humana deve ser considerado, razão pela qual o devedor, principalmente o subsidiário, não pode ser levado à condição de penúria e desabrigo para que o crédito seja satisfeito. Por tratar-se de norma de ordem pública, com status de direito social, a impenhorabilidade não poderá ser afastada por renúncia do devedor, em detrimento da família.

1.2.4. Alguns exemplos de atividade de fomento ao direito de moradia.

Como ensina Ingo Wolfgang Sarlet¹³¹, como direito a prestações, a efetivação do direito à moradia depende tanto de medidas normativas (como se dá conta, entre nós a edição do assim designado Estatuto da Cidade) como de prestações materiais, que podem abranger a concessão de financiamentos a juros subsidiados para a aquisição de moradias, como até mesmo o fornecimento de material para a construção de uma moradia própria.

1.2.4.1. Redução da taxa de financiamento do setor imobiliário.

Como exemplo de atividade de fomento no setor de moradia pode ser mencionado a Lei 8.692, de 28 de julho de 1993, que, no seu art. 25, fixa a taxa de juros máxima de 12% ao ano para os financiamentos concedidos aos adquirentes da casa própria celebrados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

¹³⁰ Agravo de Instrumento nº 1.0480.05.076516-7/002, rel. Des. Viçoso Rodrigues, j 19 de fevereiro de 2008.

¹³¹ *op. cit.*, p. 352.

1.2.4.2. Políticas públicas e as entidades do terceiro setor¹³².

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são conceituadas pela Lei 9.790/99 como pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, instituídas com objetivos sociais e voltadas à pelo menos uma das finalidades elencadas pelo art. 3º, dentre as quais destacam-se a promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza e os estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito a uma das finalidades definidas em lei. É perfeitamente viável pensar em uma entidade sem fim lucrativo atuando no setor imobiliário, complementando as atividades estatais.

1.2.4.3. Cooperativismo do setor imobiliário.

Interessante atividade de fomento estatal encontra-se na Constituição do Estado do Paraná (arts. 212 e 213), que, de forma expressa, reconhece a necessidade de se promover uma política habitacional voltada à solução da carência de moradia daquele Estado, trazendo como mecanismos de fomento o estímulo e incentivo à formação de cooperativas populares de habitação e a formação de programas habitacionais pelo sistema de mutirão e autoconstrução, dotando as entidades da Administração direta e indireta, responsáveis pelo setor habitacional, com recursos orçamentários próprios e de outras fontes, exatamente, com vistas à implantação da política habitacional do Estado.

1.2.4.4. Participação estatal na pesquisa de materiais e outros recursos empregados na construção de moradias.

Outra atividade estatal de fomento pode ser aquela relacionada ao desenvolvimento de pesquisas de materiais e sistema de construção alternativa e de padronização de componentes, visando garantir a qualidade e o barateamento da construção, atuando no próprio setor econômico de modo a garantir o acesso pelas pessoas de baixa renda aos materiais empregados na construção de moradias populares, como expressamente reconhece a Constituição do Rio Grande do Sul (art. 175, par. ún).

¹³² Maria Tereza Fonseca Dias, *Políticas Públicas e terceiro setor*, p. 261.

2. A Gestão de Bens Públicos e a Proteção do Direito de Moradia.

2.1. Conceito de bem público.

Num primeiro momento, o conceito de bem público esteve atrelado à “teoria da destinação” ou “teoria da finalidade”, onde se considerava bem público todo aquele empregado no atendimento a interesses públicos. Já no Código Civil de 1916, o art. 65, introduziu a “teoria do domínio” considerando-se bem público todo aquele pertencente à União, Estados e Municípios.

O mesmo foi mantido pelo atual Código Civil, que, no seu art. 98, manteve a teoria do domínio, mas saneou a falha do Código antigo, incluindo-se entre os bens públicos aqueles de domínio das pessoas políticas e, também, aqueles pertencentes às respectivas autarquias e fundações.

São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

No mesmo sentido, leciona o Professor José dos Santos Carvalho Filho¹³³, quando conceitua os bens públicos como:

todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, com as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.

2.2. Distinção entre os bens públicos e os bens difusos (bens ambientais).

Adotamos, nesse particular, a distinção doutrinária e constitucional existente entre bem público e bem de natureza difusa do patrimônio ambiental, conforme se extrai do artigo 225 da Constituição Federal.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

¹³³ Nesse sentido Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Manual de Direito Administrativo*, p. 964.

De fato, os bens que possuem as características de bem ambiental (de uso comum do povo e indispensável à sadia qualidade de vida) não são de propriedade de qualquer dos entes federados, o que significa dizer que os incisos III, IV, V e VII do art. 20¹³⁴ e incisos I, II e III do art. 26¹³⁵, todos, da Constituição Federal, na verdade, atuam como simples distribuição constitucional de administração de bens que pertencem à coletividade, devendo geri-los sempre com a participação direta da sociedade.¹³⁶

Com efeito, a Constituição Federal, ao atribuir o `domínio´ de alguns bens à União ou aos Estados, não quis atribuir a eles a titularidade de bens ambientais, mas apenas outorgou a esses entes federativos a condição de seus gestores, porquanto responsáveis pela `administração´ do bem e pelo dever de zelar pela sua preservação.

É possível fazer tal distinção, posto que os bens públicos são titularizados pelos entes federativos e demandam o cumprimento de uma função social específica e determinada, ao passo que o bem de natureza difusa repousa sua titularidade no próprio povo e a sua função social independe de qualquer iniciativa, pois decorre de um processo natural, do só fato de existir. A Constituição Federal, no seu artigo 225, fixa a existência de uma norma vinculada ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, reafirmando que *todos* são titulares desse direito e marcados pelo atributo da transgeracionalidade.

2.3. Classificação dos bens públicos.

2.3.1. Bens de uso comum do povo

São os bens destinados à população em geral de forma impessoal, para uso democrático de acesso aberto a todos em geral.

¹³⁴ Art. 20. São bens da União: III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

¹³⁵ Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; II - as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União;

¹³⁶ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, p. 65.

Em regra esta destinação decorre da própria natureza do bem (ex.: avenidas, viadutos), mas, excepcionalmente, pode ser definida por lei (ex.: parques urbanos).

Estes, em regra, não admitem reclassificação, contudo, mediante lei, podem sofrer especialização de afetação, sofrendo restrição de uso e acesso. Ex.: praças transformadas em santuários ecológicos;

2.3.2. Bens de uso especial do Estado

São aqueles bens sobre posse e uso privativos da administração direta ou indireta, seus delegados ou outorgados e que possuem uma destinação específica.

O acesso é restrito e controlado, e esta afetação decorre de lei.

Enquanto afetados estarão proibidos de alienação.

Estes são reclassificáveis para “*uso comum do povo*” mediante alteração da lei de afetação (ex.: área privativa do exército transformada em parque), e também mediante revogação de afetação passará a ser “*dominial*”.

Exemplos desses bens: repartições, fóruns, delegacias etc.; e,

2.3.3. Bens dominiais

São aqueles desafetados (ou inafetados – aqueles que a administração recebe do particular por expropriação ou dação em pagamento ainda sem destinação pública). São os bens disponíveis, bens do patrimônio disponível.

Conforme Código de Contabilidade da União estes são os “*bens de domínio privado*” do Estado, pois formam seu patrimônio disponível.

Podem ser alienados desde que haja prévia autorização legislativa, avaliação de mercado e licitação em regra na modalidade concorrência (mediante leilão alienam-se os móveis e os imóveis recebidos pela administração por dação em pagamento ou ação judicial).

Estes bens são livremente reclassificáveis mediante edição de lei de afetação para “*uso especial*” ou “*uso comum*”.

2.4. Regime Jurídico dos bens públicos.

O Regime Jurídico compreende o conjunto de regras de proteção especial aos bens públicos e que revela a natureza pública dominial.

2.4.1. Inalienabilidade

É a indisponibilidade do bem pela Administração Pública, que impede a mutação subjetiva do bem para terceiros. Tal atributo marca o bem público afetado a uma destinação pública (afetado). O art. 100 do Código Civil preceitua a inalienabilidade do bem público, asseverando que “Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, na forma que a lei determinar”.

2.4.2. Imprescritibilidade

É a impossibilidade de usucapir um bem público. Preceitua a Constituição Federal de 1988 que os imóveis públicos não são usucapíveis (arts. 183, § 3º, 191) e o Novo Código Civil confirmou o mandamento constitucional ao prever que “*os bens públicos não estão sujeitos a usucapião*”.

2.4.3. Impenhorabilidade e não-oneração

A impenhorabilidade é a impossibilidade de submeter um bem público a uma execução forçada, conforme estabelece o art. 100 da Constituição Federal, quando prevê que os créditos de terceiros contra a Fazenda Pública são pagos pelo sistema de precatórios, inviabilizando a possibilidade da penhora recair sobre um bem público como forma de garantia patrimonial sobre a dívida, devendo a execução ser processada na forma do art. 730 do Código de Processo Civil. Do mesmo modo, nenhum ônus real pode recair sobre um bem público.

Contudo, compartilho do entendimento do Professor Clovis Beznos no sentido de que a regra da impenhorabilidade dos bens públicos não é absoluta,

vez que o §3º do artigo 100 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 30, de 13 de setembro de 2000, excepciona da execução contra a Fazenda Pública o disposto no caput do artigo, no que tange à expedição de precatórios para o pagamento de obrigações definidas pela lei como de pequeno valor.

Prossegue o ilustre Professor, alertando que para essa modalidade de execução aplica-se a regra geral da execução preconizada pelo Código de Processo Civil,

parecendo perfeitamente possível a penhora de bens públicos dominicais, ainda mais em se considerando que, em nível federal, a Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, prevê a possibilidade de seqüestro de dinheiros públicos, com caráter satisfativo de pagamentos ordenados pelo juiz da execução e não cumpridos no prazo de sessenta dias.

2.5. Distinção entre propriedade e domínio

Adotamos a posição do ilustre civilista Ricardo Aronne¹³⁷, que reconheceu a distinção entre os termos, porquanto estão numa relação de complementariedade. O direito subjetivo de propriedade é a relação jurídica que se forma entre aquele que detém a titularidade do bem (proprietário) e a coletividade de pessoas, gerando, por via de consequência, o dever de abstenção.

O domínio, por sua vez, repousa na relação material de submissão direta e imediata da coisa ao poder do seu titular, mediante o senhorio, pelo exercício legítimo das faculdades conferidas ao seu titular (usar, gozar, reaver, dispor e cumprir a função social).

Concordamos com Nelson Rosendal¹³⁸, quando leciona que o proprietário exercita ingerência sobre coisas (domínio) e pede a colaboração de pessoas (propriedade). Somente na propriedade plena é possível observar que o direito de propriedade e todos os poderes do domínio se concentram em uma só pessoa.

Assim, o domínio é instrumentalizado pelo direito de propriedade. Ele consiste na titularidade do bem. Aquele se refere ao conteúdo interno da propriedade. O

¹³⁷ *Propriedade e Domínio*, p. 67.

¹³⁸ *Direitos Reais*, p. 177.

domínio, como vínculo real entre o titular e a coisa, é absoluto. Mas, a propriedade é relativa, posto intersubjetiva e orientada à funcionalização do bem pela imposição de deveres positivos e negativos de seu titular perante a coletividade. Um existe em decorrência do outro. Cuida-se de conceitos complementares e comunicantes que precisam ser aparatados.

De tal modo, é possível perceber que a Constituição Federal, nos seus arts. 183, § 3º e par. ún. do art. 191, quando afastou a possibilidade da usucapião dos bens públicos, na verdade, desejou confirmar o caráter absoluto do domínio exercido pelos entes públicos sobre os bens de sua titularidade, afastando a possibilidade da perda pelo abandono prolongado do bem.

Os dispositivos mencionados, contudo, não são conflitantes com o dever de assegurar a função social da propriedade pública, muito ao contrário, a exceção confirma a regra de que os demais efeitos da posse podem ser validamente invocados, tais como o direito de retenção, a indenização por benfeitorias e a defesa da posse na reivindicação do bem público.

De outra parte, os efeitos da posse não podem ser validamente invocados em face dos bens difusos ou ambientais. A natureza transindividual do interesse tutelado afasta qualquer relação jurídica com o bem ambiental que possa implicar a possibilidade do exercício de outras prerrogativas individuais ou mesmo coletivas (tais como as de gozar, dispor, fruir, destruir, fazer com o bem ambiental, de forma livre, tudo aquilo que for da vontade, do desejo da pessoa humana, no plano individual ou metaindividual), além do direito de usar o bem ambiental, de forma ampla, geral e irrestrita, aquilo que permite fazer com outros bens em face do direito de propriedade¹³⁹.

2.6. Gestão dos bens públicos e o exercício da função social “*pro moradia*”.

Os bens públicos destinam-se a atenderem interesses públicos. Excepcionalmente podem ser destinados ao atendimento de interesses privados específicos, mas sempre voltados à consecução de um interesse público primário subjacente. A utilização do bem público para satisfazer interesses públicos secundários,

¹³⁹ Celso Antônio Pacheco Fiorillo, *op. cit.*, p.66.

totalmente divorciados dos interesses primários, importa em uso abusivo do direito de propriedade.

Conforme os interesses atendidos, será definida a regra de repasse da posse do bem, seu regime jurídico e a segurança do particular:

2.6.1. Autorização de uso para fins urbanísticos

Destinado ao atendimento exclusivo de interesses do particular autorizado, mas nunca completamente dissociada da satisfação de interesses públicos.

O regime de repasse se dá por ato simples, unilateral, precário e não oneroso. Portanto, como não há licitação nem contrato, admite-se a revogação a qualquer tempo sem direito de retenção ou indenização.

Exemplos desse tipo de ato administrativo são as autorizações de uso de terrenos baldios, de área de estacionamento, de retiradas de fontes não abertas ao público, de fechamento de ruas para festas comunitárias ou para a segurança de moradores.

Especificamente relacionada ao direito de moradia, o art. 9º da MP 2.220, de 4 de setembro de 2001 criou a *autorização de uso de imóvel público de natureza urbanística*.

Com efeito, dispõe o art. 9º ser facultado ao Poder Público competente dar autorização de uso àquele que, até 30 de junho de 2001, *possuiu como seu*, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para fins comerciais, de forma gratuita, sendo permitido ao possuidor, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

Percebe-se que na autorização de uso de imóvel para fins urbanístico é preciso que o indivíduo possua o imóvel *como seu*, o que significa que o fato jurídico que o liga ao imóvel corresponde indubitavelmente *à posse*, desde que seja esta ininterrupta e sem oposição.

A proteção ao meio ambiente também está assegurada pela MP 2.220/01, ao facultar ao Poder Público assegurar o exercício do direito de que tratam os arts. 1º e 2º em outro local na hipótese de ocupação de imóvel de interesse da defesa nacional, da preservação ambiental e da proteção dos ecossistemas naturais e reservado à construção de represas e obras congêneres.

2.6.2. Permissão de uso

Esta atende concomitantemente o interesse público e o particular permissionário (ex.: banca de jornal, pois será a fonte de sustento do jornalista atendendo ao interesse público de divulgação da mídia jornalística impressa, que goza de imunidade tributária constitucional e liberdade de imprensa etc.).

Em regra a permissão decorre de ato simples, oneroso ou não, que preveja o atendimento aos dois interesses, formalizado por “termo permissionário”.

Excepcionalmente pode-se exigir licitação (exs.: box de mercado municipal ou Ceagesp, bares e restaurantes de rodoviária etc.), e, em tais casos a permissão é formalizada por contrato.

Admite-se a permissão qualificada, e esta confere segurança jurídica equiparada ao contrato.

2.6.3. Concessão de uso:

Sempre mediante licitação na modalidade concorrência, em regra onerosa, exigindo do concessionário grandes investimentos em recursos ou tecnologia. Assim, atende-se ao interesse privado de forma mediata e condicionado, e ao interesse público de forma imediata.

O regime de concessão exige contrato administrativo formal, com cláusulas exorbitantes em favor da administração, fiscalizados em regra por agências reguladoras.

Ao contrário do que ocorre com os atos anteriores, a concessão de uso não dispõe de da precariedade, conferindo a segurança jurídica necessária para incentivar grandes investimentos.

2.6.4. Concessão de direito real de uso

É o contrato administrativo pelo qual o Poder Público confere ao particular o direito real resolúvel de uso de terreno público ou sobre o espaço aéreo que o recobre, para os fins que, prévia e determinadamente, o justificaram. É a forma regulada pelo Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1967.

O artigo 7º, expressamente, reconhece que a concessão de uso pode ser instituída *sobre terrenos públicos ou particulares remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável das várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social em áreas urbanas*. Poderá ser contratada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial. Desde a inscrição da concessão de uso, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins estabelecidos no contrato e responderá por todos, os encargos civis, administrativos e tributários que venham a incidir sobre o imóvel e suas rendas.

Exemplo dessa figura é a concessão de direito real de uso de terrenos públicos quando o Município deseja incentivar a edificação em determinada área, ou concessão do uso de área estadual quando o Estado pretende implantar região industrial para desenvolver a economia em seu território¹⁴⁰.

2.6.5. Direito de superfície:

É aquele direito pelo qual o proprietário concede a outrem o direito de utilizar, no mínimo, a superfície de seu imóvel na forma pactuada no respectivo contrato. Há um

¹⁴⁰ José dos Santos Carvalho Filho, *op. cit.*, p. 999.

fenômeno de superposição de duas propriedades distintas, no qual o superficiário adquire a propriedade resolúvel das acessões (construções e plantações), e o proprietário mantém a titularidade sobre o solo.

Adverte Nelson Rosenvald¹⁴¹ que uma das maiores utilidades do direito de superfície está na sua grande densidade econômica. Uma pessoa poderá construir ou plantar em solo alheio, sem a necessidade de adquirir o terreno e despender grandes somas de capital, propiciando a concessão de função social à propriedade. O proprietário do terreno conserva a sua titularidade, percebe uma renda pela concessão da superfície e ainda evita que o imóvel seja atingido pelas sanções municipais decorrentes da subutilização da propriedade, atuando como importante mecanismo de implementação das políticas públicas de ordenação do espaço urbano.

O direito de superfície é perfeitamente cabível no processo de revitalização de edificações mal conservadas, abandonadas pelo tempo, ou até mesmo para a continuidade de obras já paralisadas por desídia ou carência de recursos financeiros do proprietário. É a denominada concessão de “superfície por cisão”, expressamente reconhecida pelo Enunciado nº 250 das Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

Embora seja contrato de direito privado, nada impede que ente público, desde que haja lei autorizadora, conceda ao administrado o direito de utilizar a superfície do imóvel público. Aliás, o art. 1.377 do Código Civil é expresso em reconhecer a instituição do direito de superfície por pessoa jurídica de direito público interno.

2.6.6. Concessão de uso especial para fins de moradia

O art. 183 da CF instituiu o usucapião àquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esse diploma, porém, direcionou a usucapião especial para imóveis urbanos de propriedade privada. Como os imóveis públicos não são suscetíveis de serem adquiridos

¹⁴¹ *Direitos Reais*, p. 398.

por usucapião, sentiu-se a necessidade de adotar para eles outro instrumento que guardasse similitude com aqueles instituto, sempre tendo em mira atender à necessidades reclamadas pela política urbana. Foi então instituída *a concessão de uso especial para fins de moradia*, disciplinada pela Medida Provisória nº 2.220, de 04 de setembro de 2001¹⁴².

Diferencia-se da concessão de direito real de uso prevista no Decreto-Lei nº 271/678 pela circunstância de que é ela conferida para a *finalidade exclusiva de moradia*, o que não ocorre nesta última, em que há outras finalidades de uso.

O título de concessão de uso especial para fins de moradia será obtido pela via administrativa perante o órgão competente da Administração Pública ou, em caso de recusa ou omissão deste, pela via judicial. A Administração Pública terá o prazo máximo de doze meses para decidir o pedido, contado da data de seu protocolo.

Na hipótese de bem imóvel da União ou dos Estados, o interessado deverá instruir o requerimento de concessão de uso especial para fins de moradia com certidão expedida pelo Poder Público municipal, que ateste a localização do imóvel em área urbana e a sua destinação para moradia do ocupante ou de sua família.

Em caso de ação judicial, a concessão de uso especial para fins de moradia será declarada pelo juiz, mediante sentença.

O título conferido por via administrativa ou por sentença judicial servirá para efeito de registro no cartório de registro de imóveis.

¹⁴² José dos Santos Carvalho Filho, *op. cit.*, p. 1000.

V) A PROTEÇÃO DO DIREITO DE MORADIA E O EXERCÍCIO DA POSSE NÃO TITULADA.

1. Distinção entre Posse e Detenção (ou ocupação) de Bem Público.

A detenção é a posse juridicamente desqualificada pelo ordenamento jurídico vigente. Coube ao legislador determinar em quais situações a relação física sobre a coisa não é capaz de qualquer repercussão jurídica, a ponto de ser negado ao detentor os efeitos da tutela possessória.

De fato, a detenção decorre da relação de mera servidão da posse, dos atos de permissão ou tolerância e dos atos derivados de violência ou clandestinidade.

Os servidores da posse são aquelas pessoas que apreendem fisicamente o bem, mas em cumprimento de um vínculo de subordinação para com terceiros, em cumprimento de ordens ou instruções emanadas dos proprietários. Tal relação não recebe a tutela possessória em razão do disposto no art. 1198 do Código Civil, visto que não há desdobramento da posse, mas uma só posse que é exercitada mediante a atuação do detentor, que é mero executor material do direito do possuidor. O possuidor e o detentor estão unidos por uma relação jurídica de autoridade e subordinação¹⁴³.

Não induzem posse os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

Do mesmo modo, não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância (art. 1208, *1ª parte*, do CC). Enquanto a permissão nasce de autorização expressa do verdadeiro possuidor para que terceiro utilize a coisa, a tolerância resulta de consentimento tácito ao seu uso, em verdadeiro estado de sujeição. Em um Estado de Direito, o dispositivo deve ser interpretado dentro de uma visão sistemática e garantista, não acobertando o exercício abusivo do direito de propriedade (art. 187 do CC) em detrimento da boa-fé objetiva.

Com isso, a relação será de mera detenção quando o particular ocupa um bem público de uso comum do povo ou de uso especial. Admite-se, porém, posse por particulares sobre os chamados bens dominiais. No caso, os primeiros estão afetados a

¹⁴³ Luiz Guilherme Loureiro, *Direitos Reais*, p. 58.

uma finalidade pública e toda e qualquer relação física sobre o bem se presume derivada de mera tolerância por parte da Administração Pública, enquanto os últimos encontram-se desafetados e o abandono prolongado é capaz de assegurar direitos possessórios aos seus ocupantes, que dão destinação social ao bem público pelo exercício sério e ininterrupto do direito de moradia.

2. A Função Social da Posse.

O Professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha, em sua tese de livre-docência na PUC/SP¹⁴⁴, apresenta seguinte indagação aos seus leitores: “*pode o princípio da função social justificar a permanência dos ocupantes em área pública, mesmo que eles não tenham o direito ao denominado direito real de moradia?*”.

No caso, é evidente a relação de tensão entre o domínio estatal e o direito de moradia dos administrados. Na verdade, a colisão ocorre entre deveres igualmente estatais, quais sejam, de um lado o Estado tem o dever de garantir, na maior medida possível, a operacionalidade da gestão dos bens públicos para a satisfação dos interesses sociais; de outro lado, ao próprio Estado compete promover o direito de moradia. Ao que parece, deve prevalecer o direito de moradia já concretizado em face de uma garantia de interesse público ainda não implementado ou concretizado. É solução que busca estabelecer uma relação de precedência condicionada, com base nas circunstâncias do caso concreto.

O Professor Sílvio parece compartilhar do mesmo entendimento, quando leciona que, na verdade, haveria a suspensão ou rejeição da pretensão reintegratória do Poder Público relativa a bem público em consideração a outros interesses juridicamente relevantes envolvidos e relacionados com o exercício do direito de propriedade de acordo com o princípio da função social.

De fato, a propriedade alijada de sua função social, posto que subtilizada ou abandonada, falece de fundamento constitucional de merecimento de tutela e, na escala de preponderância entre as garantias constitucionais, deve ceder passo frente à função social da posse decorrente do direito de moradia, como garantia ao mínimo existencial, desde que demonstrada a fixação séria no imóvel por longo período de tempo. Enfim, na propriedade moderna a titularidade isoladamente considerada é secundária; em sentido diverso, prepondera a sua legitimidade e destinação.

Em verdade, é preciso tutelar a posse como um direito especial, pela própria relevância de possuir, em atenção à superior previsão constitucional do direito fundamental à moradia (art. 6º da CF), e o acesso aos bens vitais mínimos hábeis a

¹⁴⁴ Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Função Social da Propriedade Pública*, p. 132.

conceder dignidade à pessoa humana (art. 1º, III, da CF). A oponibilidade *erga omnes* da posse não deriva da condição de direito real patrimonial, mas do atributo extrapatrimonial da proteção da moradia como local de resguardo da privacidade e desenvolvimento da personalidade do ser humano e da entidade familiar.

Como assevera Nelson Rosenthal¹⁴⁵, citando as lições de Luiz Edson Fachin, na função social da posse o possuidor não é mais inserido entre os *erga omnes*, como mero sujeito passivo universal de um dever de abstenção, difusamente titulariza o direito subjetivo de exigir que o proprietário cumpra suas obrigações perante a coletividade. Aqui, o possuidor adquire individualmente e busca acesso aos bens que assegurem a si e a sua família o passaporte ao mínimo essencial. São casos em que a propriedade recebe função social, mas quem a concede não é o proprietário, porém um possuidor. Na eventual colisão entre a abusiva gestão do bem público e o direito de moradia, o último deve prevalecer como exigem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A jurisprudência, em larga medida, acompanha esse posicionamento, a exemplo do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁴⁶, que deixou consignado que no caso dos autos

a área em questão, mesmo sendo pública, não estava atingindo a sua finalidade social já há muitos anos, conforme se constata da prova testemunhal, havendo somente a intenção de se implantar programas habitacionais no local. Enquanto isso, de outro lado, temos uma família que, diante do déficit habitacional e das poucas condições econômicas, não teria onde morar se não fosse a casa que construíram no terreno objeto da presente ação.

Certo é que o Poder Público não precisa deter fisicamente a posse ou habitar e praticar atos de vigilância permanentemente, mas há de dar uma destinação ao bem, até mesmo na forma de um projeto concreto, do contrário, não há falar, na prática de esbulho por quem enfrenta verdadeiro estado de necessidade, ausente o direito à moradia, assegurado pela própria Carta Magna no seu art. 6º, no capítulo “*Dos Direitos Sociais*”, a ser providenciado pelo Poder Público.

Se é certo que a Constituição Federal, em seu art. 5º XXII, garante o direito de propriedade, no mesmo artigo 5º, no inciso XXIII, dispõe que esta deve atender sua função social. Mais. Está previsto no art. 1º da mesma Carta, que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E em seu art. 6º, garante como direito social a moradia e a assistência aos desamparados.

¹⁴⁵ Nelson Rosenthal, *op. cit.*, pp. 40/42.

¹⁴⁶ Apelação Cível nº 70016241440, da Comarca de Esteio

E, *in casu*, o réu provou ser possuidor e sua posse está atendendo à função social como acima explicitado. E o autor não provou a posse anterior, além disso, está a desatender a função social da posse.

Do mesmo modo, o E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁴⁷ deu provimento ao recurso interposto contra a decisão liminar de 1ª instância, que determinava a retirada dos moradores de uma área do município de Itaara. Na oportunidade, o relator ressaltou o aspecto político social do caso, a condição de miserabilidade dos ocupantes da área e a necessidade do Poder Judiciário garantir um mínimo de dignidade do ser humano, qual seja, o mínimo existencial associado ao direito de moradia.

No corpo do acórdão, o Ilustre relator resalta que

(...) diante da realidade fática que se apresenta, cuja controvérsia envolve questão social, não solucionada através de simples ação de reintegração de posse acolhida em primeiro grau, mas sim, demanda esforço da Administração Municipal na implementação de políticas públicas que garantam à população carente direito à moradia digna, ao encontro da política de desenvolvimento urbano preconizada nos arts. 182 e 183 da CF/88 e regulamentada pela Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade), entendo não ser possível aplicar-se meramente os dispositivos dos Códigos Civil e de Processo Civil.

Nesse contexto, o entendimento esposado pelo eminente Desembargador José Francisco Pellegrini, do E. Tribunal de Justiça gaúcho¹⁴⁸ ao tratar do cuidado e da sensibilidade do julgador quando envolve a questão da moradia, *verbis*:

(...).

Tenho tido especial cuidado nessas ações de reintegração de posse, quando a parte autora é exatamente aquela a quem deferida a tarefa de encaminhar o problema habitacional na sua seara. Também porque, muito embora singela a decisão no sentido de demolir moradia e se afastar do local, trata-se de providência de extrema gravidade para a parte atingida que, é verdade, atinge o direito constitucional de moradia e agride o ser humano na sua dignidade. Então, só em situações excepcionais, bem evidenciado o direito da parte autora é que, em circunstâncias tais, defiro a reintegração.

Sobre a temática das liminares, vejam-se os seguintes arestos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISAO ATACADA: LIMINAR QUE CONCEDEU A REINTEGRACAO DE POSSE DA EMPRESA ARRENDATARIA EM DETRIMENTO DOS "SEM TERRA".

Liminar deferida em primeiro grau suspensa através de despacho proferido nos autos do agravo, pelo desembargador de plantão. Competência da

¹⁴⁷ Agravo de Instrumento nº 70011797305, relator o Desembargador Mário Rocha Lopes Filho.

¹⁴⁸ Apelação Cível nº 70009761727, julgada em 08 de março de 2005.

justiça estadual. Recurso conhecido, mesmo que descumprindo o disposto no art-526 CPC, face dissídio jurisprudencial a respeito e porque demanda versa direitos fundamentais. Garantia a bens fundamentais com mínimo social. Prevalência dos direitos fundamentais das 600 famílias acampadas em detrimento do direito puramente patrimonial de uma empresa. Propriedade: garantia de agasalho, casa e refugio do cidadão. Inobstante ser produtiva a área, não cumpre ela sua função social, circunstancia esta demonstrada pelos débitos fiscais que a empresa proprietária tem perante a união. Imóvel penhorado ao inss. Considerações sobre os conflitos sociais e o judiciário. Doutrina local e estrangeira. Conhecido, por maioria; rejeitada a preliminar de incompetência, a unanimidade; proveram o agravo por maioria. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 598360402, DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ELBA APARECIDA NICOLLI BASTOS, JULGADO EM 06/10/1998).

ACAO POSSESSORIA. SEM TERRA OU SEM TETO. LIMINAR.

Pelos termos da lei, no ponto liminar do litígio o juiz tem duas opções: deferir ou indeferir o pedido liminar. Logo, as duas soluções (o deferimento e o indeferimento do pedido liminar), estão rigorosamente dentro da lei. Vale a pena notar, tratar-se apenas de uma decisão liminar (tão rápida e transitória como toda decisão liminar) e não a decisão definitiva. (alias, nestes casos, a solução liminar demeritória e que tem se tornado definitiva). O direito é fato, valor e norma. Nos casos de ocupação de área por grupos de famílias de (sem teto ou sem terra) o valor social e tão relevante do que o valor da lei. Por isso, a melhor solução sempre tem vindo pela via conciliatória. Ora, em sede de decisão liminar o projeto conciliatório fica totalmente frustrado. Assim, resta importante oportunizar-se a formação do contraditório e a possibilidade de maior participação do juiz na avaliação das razões de ambas as partes e na busca de uma solução negociada. (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 197193535, QUINTA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE ALÇADA DO RS, RELATOR: RUI PORTANOVA, JULGADO EM 26/03/1998).

Em síntese, a função social da posse legítima a relação física do titular sobre a coisa, sancionando a conduta ilegítima de um proprietário (ou ente federativo) que não cumpre com o seu dever constitucional de atuar na satisfação de interesses públicos primários, omitindo-se o Estado durante longo tempo, estimulando, em contrapartida, o direito de moradia como direito fundamental de índole existencial, concretizando os objetivos de redução das desigualdades sociais e de erradicação da pobreza.

3. A Desapropriação Judicial.

O papel da função social em relação à moradia é o de conceder um espaço de vida e liberdade a todo ser humano, independente da questão da propriedade. A tensão entre a função social da posse e o direito de propriedade, será concretamente dimensionada em duas passagens do Código Civil: a) no art. 1.228, §4º, ao cuidar da denominada desapropriação judicial indireta em prol da coletividade que dê função social à posse; b) nos parágrafos únicos dos arts. 1.238 e 1.242, ao premiar com a usucapião os possuidores que concedam função social à posse¹⁴⁹.

A desapropriação judicial encontra-se no §4º do art. 1.228 do Código Civil com a seguinte redação:

O proprietário também poderá ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

Tal modalidade de desapropriação é fruto da ocupação do bem por considerável número de pessoas, sem prévio ato expropriatório, mas fruto de decisão judicial em reconhecimento de defesa em sede de ação reivindicatória. O juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário, valendo a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Parte da doutrina não admite a invocação desse dispositivo nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, invocando que a interpretação contrária poderia conduzir a uma situação de usucapião de bens públicos. Nesse sentido, inclusive, o Enunciado 83 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: *“nas ações reivindicatórias propostas pelo Poder Público, não são aplicáveis as disposições constantes dos §§4º e 5º do art. 1.228 do novo Código Civil”*.

Contudo, compartilho da posição do Professor Nelson Rosenvald¹⁵⁰ no sentido de que o terreno público abandonado ou devoluto que não recebe utilização e não cumpre a sua destinação não pode servir de meio de exclusão de acesso à moradia. O titular do direito subjetivo à moradia pode invocá-la contra o Estado, como contra

¹⁴⁹ Nelson Rosenvald, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵⁰ *op. cit.*, p. 48.

qualquer particular, posto que os cidadãos atingidos por atos do Poder Público que façam tabula rasa do art. 170, III, da Constituição, poderão invocá-lo para obstar aos atos agressivos ao comando constitucional, principalmente, quando terras públicas sem qualquer utilização por decênios são transferidas a pessoas abonadas em detrimento de modestos posseiros que ali residam¹⁵¹.

¹⁵¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, p. 38.

4. A Urbanização de Favelas.

O art. 2º, XIV, da Lei 10.257/01 estabelece como objetivo da política urbana o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, fixando como uma de suas diretrizes a regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.

Desse modo, o município tem por missão promover programas de regularização e urbanização de loteamentos irregulares na cidade, prevendo a realização de obras de infra-estrutura como pavimentação de ruas, drenagem, implantação de redes de água e de esgoto, criação de praças, quadras poliesportivas, além de espaços para equipamentos sociais como creche e escola. Somente após a urbanização é possível realizar a regularização fundiária da área.

No município de São Paulo, por exemplo, compete ao Departamento de Regularização do Parcelamento do Solo (Resolo) a regularização urbanística e fundiária dos loteamentos irregulares ou clandestinamente implantados.

Durante os anos de 2005 e 2006, o Resolo regularizou 7.250 lotes que envolvem uma área total de 2.416.154,25 m². A regularização de todas estas áreas beneficiou diretamente 10 mil famílias. Ao todo, foram 30 autos de regularização emitidos.

Com recursos próprios e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Prefeitura de São Paulo, através de Resolo, urbanizou, na 1º fase, 69 loteamentos na cidade que beneficiou 50 mil famílias, cujos lotes estão em processo de regularização fundiária. Em 2007, a Prefeitura de São Paulo regularizou 6.474 lotes em 29 loteamentos.

Em 2008, mais de 20.107 lotes em 59 loteamentos estão em processo de regularização. Com a regularização dos lotes, cerca de 30 mil famílias serão beneficiadas¹⁵².

¹⁵² Dados disponíveis no endereço eletrônico da Prefeitura de São Paulo: www.prefeitura.sp.gov.br, consultado em 19/12/2008.

Claro está, portanto, que o Estado tem o dever de proporcionar direta ou indiretamente que todos tenham acesso a uma moradia digna e adequada, respeitando, como leciona Sérgio Iglesias Nunes de Souza¹⁵³, os princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que estão esculpidos no texto constitucional.

Uma moradia adequada deve dispor de certos serviços essenciais para a saúde, segurança, acesso à água potável, à serviço de iluminação, instalações sanitárias e de lavagem, meios de armazenamento do alimento, de eliminação de resíduos, de drenagem do local e serviços de emergência. O acesso à moradia digna, necessariamente, deve vir acompanhado dos serviços públicos essenciais à própria sobrevivência do titular. Além do que, deve encontrar-se em um lugar que permita o acesso às opções de emprego, ao transporte, aos serviços de saúde, às escolas, às creches.

Não basta assegurar o direito à moradia, é preciso que ela seja habitável, oferecendo aos seus habitantes o espaço adequado e protegido do frio, da umidade, do calor, da chuva, do vento ou de outras ameaças à saúde, dos perigos estruturais e dos vetores de doença. É fato notório que as condições inadequadas e deficientes de moradia e de vida são associadas, invariavelmente, às taxas mais elevadas de doenças e mortalidade.

¹⁵³ *Direito à moradia e de habitação – análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade.*, p. 119.

5. Indenização por Benfeitorias e Direito de Retenção.

A garantia do mínimo existencial igualmente será preservada quando o Poder Judiciário, ainda que não reconheça o exercício possessório frente aos bens públicos em estado de prolongado abandono, assegure, ao menos, uma indenização pela respectiva construção a ser demolida, conferindo a possibilidade da pessoa dotada de poucos recursos financeiros reunir condições para a sua nova instalação em outra localidade.

Nesse sentido vale trazer à colação interessante acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais¹⁵⁴, com a seguinte ementa:

EMENTA: INTERDITO PROIBITÓRIO - ART. 932 DO CPC - IMÓVEL PÚBLICO - INSUSCETÍVEL DE POSSE.

Os bens públicos são insuscetíveis de posse pelo particular, sendo passíveis de permissão de uso, a título precário. - Evidenciada a boa-fé do particular que edifica em imóvel público, e transcorrido vasto lapso temporal sem qualquer fiscalização ou contrariedade da Administração Pública, impõe-se assegurar àquele o direito à indenização pela respectiva construção, a ser demolida, 'ex vi' do art. 547 do CC/1916.

No corpo do acórdão em exame percebe-se que o Poder Judiciário, sob a alegação de que os bens públicos são insuscetíveis de serem adquiridos por usucapião, afastou o pleito da autora de permanecer no imóvel litigioso, que é, indubitavelmente, de propriedade do Município de Belo Horizonte, mas reconheceu a desídia da municipalidade e o conseqüente estado de boa-fé do morador proporcionado pelo longo abandono do imóvel, inclusive, quanto ao direito de retenção por benfeitorias até que sobrevenha a indenização devida.

O fundamento para a indenização das benfeitorias é a omissão do Poder Público, que tolerou uma situação contrária aos seus interesses. Ao Estado não é conferido um dever apenas genérico de fiscalização, mas efetivo, e, ainda, o dever de exploração efetiva do imóvel, conferindo a ele uma função social, sendo abusiva a omissão no cumprimento de tais deveres¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Processo nº 1.0024.03.041508-7/001, relator Des. Silas Vieira, julgado em 02 de março de 2004.

¹⁵⁵ Nilma de Castro Abe, *Gestão do patrimônio público imobiliário*, p. 206.

6. Limites à Auto-Executoriedade do Poder de Polícia.

A desídia do Poder Público conivente com ocupações de áreas públicas reflete o mau uso do poder de polícia, que, além de trazer conseqüências em relação ao dever de indenizar benfeitorias realizadas, consolida no tempo a garantia do direito de moradia, atingindo diretamente o atributo da auto-executoriedade da atividade administrativa, cabendo ao Poder Judiciário efetivar a reintegração de posse do bem público.

Com efeito, o tema relativo ao poder de polícia envolve o confronto entre dois importantes aspectos: de um lado, o cidadão quer exercer com plenitude seus direitos e garantias; de outro, o poder público que tem o dever de condicionar o exercício daquele direito ao atingimento do bem estar coletivo.

O poder de polícia foi conceituado pelo Professor Clovis Beznos como

a atividade administrativa, exercida sob previsão legal, com fundamento numa supremacia geral da Administração, e que tem por objeto ou reconhecer os confins dos direitos, através de um processo, meramente interpretativo, quando derivada de uma competência vinculada, ou delinear os contornos dos direitos, assegurados no sistema normativo, quando resultante de uma competência discricionária, afim de adequá-los aos demais valores albergados no sistema, impondo aos administrados uma obrigação de não fazer¹⁵⁶.

Para o Professor Celso Antônio¹⁵⁷, no entanto, há uma ordem de casos em que se excepciona o caráter de abstenção do poder de polícia. É a que respeita ao condicionamento do uso da propriedade imobiliária a fim de que se conforme ao atendimento de sua função social. Com efeito, o artigo 182, § 4º, da Constituição Federal disciplinado pela Lei 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto das Cidades) impõem ao proprietário uma atuação positiva em prol de ajustar o uso de sua propriedade à função social. De fato, no caso, não se está diante da imposição de abstenções aos particulares, mas, ao contrário, o dispositivo Constitucional impõe a seqüência necessária de ações até que se ultime, se necessário, com a desapropriação privada em prol da função social da propriedade urbana.

O Poder de Polícia não se confunde com a sua função social. Os limites e os condicionamentos da atividade de polícia recaem sobre o proprietário; a função social,

¹⁵⁶ Clovis Beznos, *Poder de Polícia*, p. 76

¹⁵⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *op. cit.* 517.

por outro lado, diz respeito à própria estrutura do direito de propriedade. O Texto Constitucional, ao estabelecer expressamente que a propriedade deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII) e, especialmente, quando reputou como princípio da ordem econômica a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), provocou o surgimento de uma nova estrutura interna do conceito de propriedade¹⁵⁸.

As limitações do poder de polícia, que também constituem parâmetros para delinear o próprio direito de propriedade, atuam externamente, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, em benefício do interesse coletivo.

Para dar cumprimento à tarefa de garantir a harmônica convivência entre as pessoas, o poder de polícia é dotado de atributos que lhe são próprios, quais sejam: a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade. Pelo atributo da auto-executoriedade, a Administração tem o poder de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem a necessidade de recorrer previamente ao Poder Judiciário.

Com bem lembrou o Professor Clovis Beznos¹⁵⁹, a executoriedade não é monopólio das medidas da polícia administrativa, pois tal característica pode ser encontrada no direito privado, a exemplo da legítima defesa da posse.

A auto-executoriedade, contudo, não existe em todas as medidas de polícia. Para que a Administração possa compelir materialmente o particular, é necessário que a lei autorize expressamente, ou que se trate de medida urgente, sem a qual poderá ser ocasionado prejuízo maior para o interesse público. Não há dúvida, porém, de que mesmo nas situações de urgência, o Poder Público deve agir em conformidade com o ordenamento jurídico e com os princípios próprios da atuação administrativa.

É inegável o dever do Estado de fiscalizar os imóveis públicos e atuar sempre que identificar uma ocupação ilícita atual ou iminente. Contudo, a omissão do dever estatal e o abandono do bem público por longo período de tempo acabam por consolidar

¹⁵⁸ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 281-283.

¹⁵⁹ *Ibidem.*, p. 39.

uma situação de fato, que não pode ser revertida rapidamente em detrimento dos particulares, que exercem o direito fundamental de moradia.

Interessante questão foi submetida à apreciação do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região acerca do confronto entre o direito de moradia e o poder de polícia de segurança nas margens de rodovia federal. No caso, o TRF-4 negou provimento ao recurso de apelação para reconhecer a prevalência do direito constitucional de moradia, impondo ao Poder Público Federal o dever de assegurar a manutenção dos ocupantes no bem público até que sejam adotadas as providências necessárias para a alocação dos moradores em outra propriedade.

No mesmo sentido, dispõe a emenda do acórdão do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁶⁰:

CIVIL. AÇÃO DEMOLITÓRIA. EDIFICAÇÕES EM FAIXA DE DOMÍNIO. EXTENSÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INVASÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA. DIREITO À MORADIA. PREVALÊNCIA NO CASO CONCRETO.

- Evidencia-se no feito dois interesses públicos distintos. O primeiro relativo à segurança no trânsito, invocado pelo DNER para embasar o pedido de demolição e retirada dos réus das casas edificadas na faixa de domínio da rodovia federal (BR - 53). O segundo diz respeito ao direito social à moradia, consagrado no art. 6º, caput, da Constituição Federal, e que não se trata, como quer fazer crer o apelante, de mero interesse de cada um dos réus, mas verdadeiro direito fundamental.

- Diante do inequívoco conflito entre os interesses expostos, cumpre ao juiz fazer preponderar aquele que no caso concreto atenda aos critérios de justiça e razoabilidade, conferindo-lhe, assim, a respectiva tutela.

- A perícia realizada nos autos constatou que as casas edificadas à margem da rodovia encontram-se dentro da faixa de domínio e da área *non-aedificandi*. Dessa forma, em se tratando de edificação em áreas de segurança, nada impede que o Poder Público promova a desocupação da área e a demolição da edificação com fundamento no exercício regular do poder de polícia.

- No entanto, a extensão de 50,00m para faixa de domínio no sentido Sul-Norte do trecho em comento configura medida não razoável, mesmo porque do outro lado da pista, a mesma faixa possui distância de 30,00m. Não obstante a alegada existência de estudos técnicos para motivar a largura das faixas, a falta de apresentação de tais estudos não permite definir a legitimidade do ato, visto que o ônus da juntada cabia ao apelante, a teor do art. 333, I, do CPC.

- Deve ser afastado o argumento de que o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito do ato administrativo sob pena de ofensa ao princípio

¹⁶⁰ Apelação nº 200272030008247/SC, 3ª Turma, rel. Des. Federal Vânia Hack de Almeida, acórdão datado de 18 de janeiro de 2006,

constitucional da Separação de Poderes. Em face do princípio da universalidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CF), não há óbice para o controle judicial dos atos discricionários que transmudam-se em verdadeiras ilegalidades.

- O que é vedado ao Judiciário é a substituição da discricionariedade da Administração por um juízo de oportunidade e conveniência levado a efeito no processo, hipótese inócua neste feito. Com efeito, limita-se o julgado a reconhecer que a extensão da faixa de domínio em 50,00m constitui medida desarrazoada, e, portanto, ilegítima. A invasão do mérito administrativo estaria caracterizada se o Juiz determinasse a extensão da faixa de domínio para aquele local.

- O direito à moradia, direito fundamental de 2ª geração, acarreta ao Poder Público o dever de adotar as medidas necessárias para implementar um programa que conceda aos cidadãos o direito a uma vida digna (art. 1º, III, CF).

- No entanto, a implantação de um programa efetivo torna-se extremamente tormentosa em um país de poucos ou mal aplicados recursos como o nosso, de modo que não cabe ao Poder Judiciário eximir-se da análise da questão.

- Conferindo a devida eficácia ao direito fundamental à moradia, conclui-se por sua prevalência sobre a segurança no trânsito no caso concreto.

- Embora possa causar espanto a manutenção de estranhos em faixa de domínio de rodovia federal, especialmente ante a impossibilidade de usucapião de bens públicos, os postulados de justiça social impõem que os réus permaneçam no local nesse momento visto que a ocupação é situação consolidada ao longo dos anos.

Outrossim, a rejeição do pedido no mérito (art. 269, I, do CPC: poderia levar a conclusão que os réus permanecessem indefinidamente no local. Todavia, creio que a melhor solução é que o Poder Público, através de um procedimento prévio, defina o destino dos requeridos, com o eventual assentamento em outro lugar, para que ajuíze nova ação demolitória posteriormente. Saliento que os efeitos negativos da coisa julgada estarão afastados já que se formará nova demanda, com causa de pedir diversa.

Apelação improvida.

Comunga do mesmo entendimento o E. Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁶¹ ao reconhecer que a convivência da Municipalidade de São Paulo com uma ocupação irregular em área pública acarretou deveres ao Poder Público, que deve promover a adequada instalação das famílias lá existentes antes de se efetivar a desocupação do próprio municipal.

¹⁶¹ Apelação nº 350.940-5/6-00, da 13ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Ferraz de Arruda, acórdão datado de 23 de maio de 2007.

Se não vejamos:

REINTEGRAÇÃO DE POSSE- OCUPAÇÃO DE BEM PÚBLICO PARA MORADIA- LOCAL DE ALTO RISCO- MUNICIPALIDADE CONIVENTE COM A ACUPAÇÃO POR MUITOS ANOS- DESOCUPAÇÃO DETERMINADA- INSTALAÇÃO DAS FAMÍLIAS EM LOCAL APROPRIADO- NECESSIDADE.

Do acórdão pode ser extraída as seguintes considerações feitas pelo relator:

(...).

Acontece que se o bem é de domínio da Municipalidade, como de fato é, além do mais de ocupação classificada como sendo de alto risco, jamais poderia a Municipalidade ter permitido a ocupação, como de fato permitiu conforme se verifica dos autos em que os réus estão por mais de cinco anos. Isso significa que a Municipalidade foi conivente com a irregularidade por muitos anos deixando que famílias miseráveis habitassem um local de domínio público e que o pior de alto risco. É manifesto e evidente que essa conivência política do Município não pode passar em branco à vista do Direito Público.

A razão jurídica parece-me clara: **se houve conivência da Municipalidade a desocupação só será efetivada depois desta instalar temporariamente as famílias lá existentes ao tempo da propositura da ação e que lá ainda permanecem, em local apropriado.**

De tal modo, não basta a mera invocação da satisfação do interesse público, é preciso que o administrador público esteja pautado em perseguir um dado e específico interesse público, definido, atual ou potencial, mas determinado. A invocação abstrata do interesse público afasta-se do dever de satisfação do interesse público primário para aproximar-se do interesse público secundário, ou melhor, do interesse pessoal do administrador, em evidente desvio de poder ou de finalidade.

A atuação abusiva do agente público coloca-o em posição de igualdade com o particular, não podendo invocar o exercício das potestades ou das prerrogativas públicas, que são, na verdade, instrumentos de concretização da dignidade da pessoa humana. Com isso, mostra-se desarrazoada e abusiva a atuação do administrador público que não cumpre a função social da propriedade pública, colocando-a em verdadeiro estado de abandono prolongado, invocar a supremacia do interesse público sobre o particular e sob o manto da auto-executoriedade do poder de polícia retirar uma família que, com sua moradia, confere ao bem público uma função social constitucionalmente assegurada e que foi imputada pela Constituição ao próprio ente estatal como competência material de proteção.

Com mesmo sentido de proteção aos hipossuficientes, o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello considera defesa hábil e suficiente, de direito, a invocação da função social para a garantia, em juízo, dos economicamente desamparados em situação de ocupação de áreas abandonadas. É que o Poder Judiciário estará dando cumprimento a sua missão específica de fulminar, com fundamento na Carta Constitucional, providências incompatíveis com o sentido da norma¹⁶².

¹⁶² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*, p. 38.

VI) CONCLUSÕES FINAIS

1. A função administrativa é eminentemente teleológica, porquanto está adstrita a satisfazer interesses públicos primários e, para tanto, encontra-se lastreada em dois princípios basilares, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade dos interesses públicos.

2. Pela primeira vez na história constitucional do Brasil, a Constituição Federal de 1988, abriu um artigo específico para as finalidades do Estado brasileiro, cuja consecução deve figurar como vetor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos, dispondo no seu artigo 3º: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3. A consecução de tais objetivos deve nortear toda atividade estatal, em especial no exercício de suas funções mais relevantes: legislativa, executiva e judiciária.

4. O administrado tem o direito subjetivo público de exigir do administrador omissis a conduta comissiva imposta pelos princípios e regras constitucionais, quer na via administrativa, o que pode fazê-lo pelo exercício do direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”, CF), quer na via judicial, formulando na ação pedido de natureza condenatório de obrigação de fazer, seja de cunho individual, seja para tutela de valores difusos ou metaindividuais.

5. As atribuições constitucionais de natureza administrativa ou material (art. 23 da CF), a exemplo do inciso IX, que impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o dever de promover programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico, quando não são atendidas pelo administrador público ganham o “status” de omissões específicas, porquanto estão ocorrendo mesmo diante de expressa imposição no sentido do *facere* administrativo, seja no prazo previamente determinado, seja pelo transcurso de prazo superior ao razoavelmente aceitável.

6. A moradia está inserida no contexto do dever-poder do Estado, eis que incluída no âmbito do piso vital mínimo ou do mínimo existencial para a efetividade do direito subjetivo a uma vida digna (art. 6º, CF).

7. A Ação Civil Pública constitui importante mecanismo de controle judicial da política pública de moradia, na medida em que atinge o interesse de titulares indeterminados que ficariam inviabilizados se fossem exercidos em tutela individual ou coletiva em litisconsórcio multitudinário.

8. Os princípios da eficiência, da moralidade e da proporcionalidade trazem o debate do controle judicial das políticas pública do cenário político para o jurídico, orientado pelos deveres de racionalidade e de motivação.

9. Não basta a mera invocação da satisfação do interesse público, é preciso que o administrador público esteja pautado em perseguir um dado e específico interesse público, definido, atual ou potencial, mas determinado. A invocação abstrata do interesse público afasta-se do dever de satisfação do interesse público primário para aproximar-se do interesse público secundário, ou melhor, do interesse pessoal do administrador, em evidente desvio de poder ou de finalidade. A atuação abusiva do agente público inviabiliza a invocação do exercício das potestades ou das prerrogativas públicas.

10. É indiscutível a proteção constitucional do bem público em face da usucapião, mas tal garantia não afasta os demais efeitos da posse, como o direito de indenização por benfeitorias e o direito de retenção.

11. Afigura-se desarrazoada e contraditória a atuação do administrador público que não cumpre a função social da propriedade pública, colocando-a em verdadeiro estado de abandono prolongado, invocar a supremacia do interesse público sobre o particular e, sob o manto da auto-executoriedade do poder de polícia, suprimir o direito fundamental de moradia.

VII) BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. **Direito Administrativo**. Milano: Dott, A. Giuffré Editore, 1949.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ARANHA BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 1 ed. Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “princípio da supremacia do interesse sobre o particular”**, RTDP-24.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira, **O princípio da Impessoalidade da Administração Pública. Para uma Administração Imparcial**. São Paulo, Rio de Janeiro e Recife: Renovar, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 4 ed. Porto Alegre: Globo, 1963.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRETO, Derly. **Controle Jurisdicional dos atos políticos do Poder Executivo**. São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, vol. 8, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. , 4ª tiragem. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

_____. **Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica.** São Paulo: Revista Trimestral de Direito Público, vol. 18, 1998.

BEZNOS, Clovis. **Poder de Polícia.** São Paulo.

_____. **Aspectos Jurídicos da Indenização na Desapropriação.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

BIELSA, Rafael. **Ciencia de la administracion.** Buenos Aires: Rosario Universidad Nacional del Litoral, 1937.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade- Para uma teoria geral da política,** 14ª ed., Paz e Terra, p. 26, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas- Reflexões sobre o conceito jurídico** (Organizadora). São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa e a função administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 4 ed, Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

_____. **Estudos sobre os Direitos Fundamentais, Tomemos a sério os direitos fundamentais.** Coimbra: Livraria Almedina.

CARLOS DIAS, Jean. **O Controle Judicial de Políticas Públicas.** São Paulo: Editora Método, 2007.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO FILHO, José do Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

CASTRO ABE, Nilma. **Gestão do patrimônio público imobiliário**. São Paulo: Mizuno Editora Distribuidora, 2006.

CAUPERS, João. **Introdução ao Direito Administrativo**. 8ª ed. Âncora Editora. Lisboa.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. **O princípio da publicidade no Direito Administrativo**. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte: ano 1, n.2, 2003.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na Sociedade Anônima**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Políticas Públicas e terceiro setor**, in Políticas Públicas-possibilidades e limites. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El Interes Público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma., 1989.

ENTERRÍA, Eduardo García e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo I**. Civitas Ediciones, S.L.. Madrid, 2002.

FERREIRA DA ROCHA, Sílvio Luís. **Função Social da Propriedade Pública**, Coleção Temas de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Terceiro Setor**, Coleção Temas de Direito Administrativo. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Ação Civil Pública- Ação Popular- A defesa dos interesses difusos e coletivos- Posição do Ministério Público**. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, Boletim de Direito Administrativo, 1996.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo e PONTES FILHO, Valmir (organizadores). **Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. 1ªed. São Paulo: Malheiros editores.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública**. Malheiros, 2007.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca. **A atuação do Ministério Público na implantação de políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal**. *Jornal da Ajufesp- Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul*, set. 1998.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. Madrid: Civitas, 1999.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do Direito Administrativo**, RTDP-26.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7ª ed., revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. Malhieros.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Direitos Reais**. São Paulo: Método, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em Defesa do meio ambiente, do Patrimônio Cultural e dos consumidores**. 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar. **O Princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras**. Revista Diálogo Jurídico, Vol. I- nº 5- agosto de 2001.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente- doutrina, jurisprudência e glossário**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais- Teoria Geral**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MUKAI, Tochio. **O direito administrativo e o regime jurídico das empresas estatais**, 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo**. Coimbra Editora, Limitada, 1940.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O Direito à vida digna** (Coordenadora). Editora Fórum. Belo Horizonte, 2004.

ROSEVALD, Nelson e CHAVES DE FARIAS, Cristiano. **Direitos Reais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **Algumas Anotações a Respeito do Conteúdo e Possível Eficácia do Direito à Moradia na Constituição de 1988**. RTDP 42/55.

_____. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma Teoria. Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer.** RT, São Paulo: 2001.

ZANCANER ZOCKUN, Carolina. Temas de Direito Administrativo. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social.** São Paulo: Malheiros, 2009.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)